

DIREITOS AUTORAIS NA INTERNET  
E O USO DE OBRAS ALHEIAS



SÉRGIO VIEIRA BRANCO JÚNIOR

DIREITOS AUTORAIS NA INTERNET  
E O USO DE OBRAS ALHEIAS

EDITORA LUMEN JURIS  
Rio de Janeiro  
2007



Para meus pais, Sérgio e Luci, que me deram sempre a liberdade de escolher o caminho a trilhar sem o ônus de percorrê-lo sozinho.



## Agradecimentos

Tanto há a agradecer, tantos foram aqueles que de alguma forma contribuíram para que este trabalho fosse concluído.

Inicialmente, agradeço à generosidade da Professora Dra. Maria Celina Bodin de Moraes em aceitar meu convite para orientar-me nesta dissertação, em meio a todas as tarefas que desempenha em suas atividades cotidianas.

Aos professores do Mestrado em Direito Civil da UERJ, Drs. Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Gomes Barboza, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Luís Roberto Barroso e Bethânia Assy, pela dedicação e exemplo.

Aos meus colegas da turma de Mestrado, em especial à Maria Theresa Werneck Mello, grande amiga e companheira de todas as disciplinas, além de conselheira para assuntos aleatórios.

Preciso agradecer particularmente ao carinho e à amizade dos professores Teresa Negreiros, Bruno Lewicki, Carlos Néelson Konder, Gisela Sampaio, Ronaldo Lemos, Carlos Affonso Pereira de Souza, Bruno Magrani, Pedro de Paranaguá Moniz, Pablo de Camargo Cerdeira e Marcelo Thompson Mello Guimarães, por terem me auxiliado e orientado, alguns antes mesmo das provas de ingresso no Mestrado, bem como na escolha e condução das matérias durante o curso e, sobretudo, no desenvolvimento desta dissertação.

Aos meus colegas e amigos no ITI – Instituto Nacional de Tecnologia da Informação, Bruno Sátiro Palmeira Ramos e Renata Cedraz Ramos Felzemburg, pelos debates diários e opiniões valiosas.

Às minhas diletíssimas amigas da Fundação Getúlio Vargas, Thayana Félix e Joanna Noronha e à Simone Mendonça Araújo, do ITI, por toda a ajuda prática durante a elaboração deste trabalho.

É indispensável lembrar o apoio e o amor incondicional que me tem dado minha família, cujo acolhimento torna mais suave a jornada: meus pais, meus irmãos, Diego e Fabrício, minhas avós Alda e Jessi, meus afilhados Ricardo e Sabrina. Por fim, preciso agradecer a alguns de meus amigos por me lembrarem diariamente que aquilo que nunca foi posto à prova nunca foi provado: Ângela, Bia, Cândida, Clarisse, Cristiana, Lidice, Luís Eduardo, Maithé, Maria Alice, Maria Fernanda, Mariana, Marilene, Ricardo, Roberta, Ruth, Tiago, Tônico e Vinícius. E ao Sebastião e à Renata, é claro: por tudo.



*Il faut être absolument moderne.*

Jean-Nicolas Arthur Rimbaud



## Sumário



## Prefácio

Esta obra se estrutura em torno de um problema. De um fundamental e crescente problema contemporâneo que extrapola os limites da normatividade dogmática. E vai além das questões hermenêuticas jurisprudenciais. Aponta para o impacto do desenvolvimento tecnológico e suas inesperadas, e ainda não totalmente identificadas, consequências para o mundo jurídico. Não um mundo jurídico abstrato, mas um mundo jurídico como conduta social, como o mundo dos nossos hábitos, proibidos e permitidos, legais e ilegais. Em suma, trata-se de um problema civilizatório, uma vez que seus efeitos são sentidos tanto em escala global e na estrutura da sociedade, quanto em problemas cotidianos, do dia-a-dia de cada um.

Em Sergio Branco, a estrutura deste problema é clara. Em primeiro lugar, descreve didaticamente a atual legislação brasileira de direito autoral, sobretudo a Lei dos Direitos Autorais – LDA e a Constituição Federal, de maneira simples e compreensível. É o arcabouço normativo do problema.

Em segundo lugar, enumera as dificuldades por que passa este arcabouço nos dias de hoje. Trata-se de legislação e práticas interpretativas de uma cultura jurídica ´defasada inspirada numa realidade social, econômica e tecnológica que não mais existe. Ou que começa a deixar de existir, baseada em um mundo de imprensas mecânicas e papel, de suporte físico material. No fundo, e para não deixar de citar um clássico, estamos assistindo ao aceleramento do processo que Emile Durkheim identificou como característico da sociedade contemporânea: a passagem da homogeneidade, que caracterizava a sociedade antiga, para heterogeneidade.

Sergio indica as dificuldades da atual legislação em lidar com o *mundus novus* (*Mundus Novus: Por um Novo Direito Autoral*, Joaquim Falcão, Revista Direito GV – V.1, N.2 – jun-dez/2005. São Paulo: Fundação Getulio Vargas), que surge deste acelerado processo de transformação tecnológica – a *internet* em foco -, da globalização e, sobretudo, da heterogeneidade de valores, hábitos, usos, desejos, formas de produção, circulação e distribuição de bens virtuais e não mais do bem material apenas.

Estas dificuldades são de múltiplas naturezas. Envolve questões doutrinárias como a constitucionalização do direito civil, um tema tradicional agora em moda em determinadas escolas de direito; e vai até questões relacionadas à eficácia da lei, ou efetividade, como assim prefere Nelson Jobim. Os juristas, queiram ou não, terão que incluí-las em sua pauta profissional e teórica, devendo também constar dos currículos das faculdades, além da legalidade, as questões de eficácia e de legitimidade. Este alargamento epistemológico, indispensável ao fenômeno jurídico, encontra-se obrigado a se voltar para uma axiologia da legitimidade e para uma pragmática de resultados.

Para podermos ter melhor percepção destas dificuldades, enumeramos apenas algumas aqui presente. Por exemplo: o direito autoral pode ainda se sustentar na teoria clássica, entendido como um direito estritamente vinculado ao direito da personalidade? E, como tal, pode ainda ser sustentado por um substrato moral - a criatividade - a justificar remuneração indispensável para que se dê continuidade ao processo criativo? É ainda um direito que protege o indivíduo enquanto criador, de modo a lhe prover recursos para continuar criando? Tais argumentos sustentam-se nos dias de hoje?

O direito do autor se transformou no direito do produtor, do distribuidor e do comercializador, muito mais do que do autor. Em nome do substrato moral deste, remuneram-se aqueles. Basta ler qualquer contrato de cessão de direitos autorais para se constatar isso.

Mas talvez nem mesmo a remuneração financeira, o dinheiro, o lucro, figurem como o objetivo primordial exclusivo do direito autoral. De Américo Vespúcio até Santos Dumont, outros valores, além do dinheiro, prevalecem. E se refletem hoje, explicitamente, em nomes como o de Linus Torvalds, Lawrence Lessig e outros líderes do mundo digital.

Dentre alguns dos milhares de valores, a contribuição para a humanidade, o desenvolvimento tecnológico, a conquista da influência, a divulgação de determinada cultura, a identidade de sua nação, o exercício a cidadania participativa movem os jovens. Comovem os criadores. Mobilizam a criação. Quando assumimos e reconhecemos esta perspectiva além do texto legal vemos que a LDA de hoje paga um excessivo tributo a uma ideologia liberal individualista e capitalista extremada, focada apenas numa única remuneração, a financeira.

Só que, como afirma Sérgio, o mundo da criação atual dificilmente pode ser individualizado; e cita formas colaborativas de criação e distribuição de conteúdo, como os *blogs*, os *fotologs*, sites de relacionamentos como o *Orkut*, *e-mails*, redes *p2p*, e tantas outras tecnologias

da web 2.0, como exemplos claros de tal fenômeno. Tudo aponta para a necessidade de se repensar e se adaptar o arcabouço lógico-dogmático a este novo mundo. Como fazê-lo é então a terceira parte do problema enfrentado por Sérgio.

São três as opções aqui analisadas, duas com menos extensão, uma mais profundamente. A primeira opção para adaptar o arcabouço legal à nova realidade tecnológica foca a interpretação judicial, o caminho norte-americano, onde através do *topos* “*fair use*” o legislativo cria um sistema normativo aberto a ser completado pelo caso concreto, baseado na interpretação discricionária do juiz. Esta opção tem múltiplas dificuldades. Além de não ser intensivo da cultura jurídica brasileira, embora possa vir a se tornar, é fragmentário e difuso, criando uma multiplicidade de caminhos e não-caminhos os quais dificilmente redundariam em padrões jurídicos consolidados no *timing* necessário pela volátil e sempre mutante vida social de hoje.

A segunda opção seria a elaboração de nova legislação. Surpreendentemente, os próprios Estados Unidos tendem agora a preferir novas leis em detrimento do caminho da jurisprudência para o equacionamento de conflitos. É, por exemplo, o que se depreende da reforma do currículo da Faculdade de Direito da Universidade de Harvard, quando expressamente a Professora Martha Minow afirmou que regulações e leis na maioria das vezes têm um papel mais importante na criação e elaboração do direito do que as decisões das cortes (*Harvard Law Today*, Harvard Law School, December 2006, Cambridge, p. 5).

As dificuldades de se criar uma nova legislação são enormes. Toda mudança gera oposição. A principal delas é a oposição dos interesses econômicos estabelecidos e protegidos pela atual legislação. Interesses econômicos fortes, e que, em vez de convergir para novos modelos de negócios mais competitivos sob novas leis, preferem mumificar modelos de negócios não mais competitivos, como no caso da indústria fonográfica, às custas de campanhas publicitárias intimidadoras, propagação da desinformação e repressão policial. Desenvolvem uma estratégia do medo com base em ações judiciais (*A indústria fonográfica e o marketing do medo*, Joaquim Falcão, Correio Braziliense, 19.10.2006).

Nos EUA, chama-se tal ação de propagação de FUD – fear, uncertainty and doubt – medo, incerteza e dúvida. Em vez de sentarem-se à mesa e pensar o futuro do direito autoral, com outros parceiros e novos atores políticos, preferem a solidão, numa oração monocórdica em louvor de um passado que não mais voltará. Parecem se esquecer de que, em suas origens, a proteção do direito autoral era apenas acessório

para a comercialização de aparelhos para a execução de discos, mostrando-se viável em economia de escala somente décadas depois. Steve Jobs soube ocupar os espaços nesse admirável mundo novo e com certeza não encontrou as criaturas monstruosas narradas nas campanhas antipirataria que circulam por todo o globo.

E será possível, nos dias de hoje, sob uma Constituição democrática, decididamente a favor do desenvolvimento tecnológico, do acesso à cultura, da mais ampla liberdade de expressão, e da inclusão social, defender uma lei de direito autoral que dificulta o acesso à cultura, o acesso à educação, o desenvolvimento tecnológico, a liberdade de expressão e a inclusão? Quais valores estão invertidos, e por quem?

Será que somos tão pobres em invenção jurídico-institucional que não somos capazes de imaginar novas compensações ao direito autoral sem que tenhamos de pagar o preço de processar o aluno que tirou fotocópias de um livro para estudar; livro cujo preço calculado em padrões internacionais é inacessível a eles? Será possível que não podemos conciliar um novo arcabouço lógico-dogmático com um direito autoral mais democrático?

A terceira opção então explorada por Sérgio Branco tenta reconciliar um direito de propriedade clássico, através da liberdade que têm as partes contratantes na formulação de seus direitos e obrigações, com objetivos sociais além daqueles diretamente ligados aos contraentes. Sérgio enfatiza então os contratos de licença, em especial os conhecidos como *Creative Commons* – contratos atípicos extremamente úteis para harmonizar um direito autoral ainda centrado no indivíduo com a difusão social de sua criação, sem a qual civilização não há.

Sérgio utiliza a *internet* para propor uma reimaginação do direito autoral que, seja através da jurisprudência, seja através de nova legislação, seja através de contratos de licenciamento, atenda aos novos anseios da sociedade. Este é o tema, e possível solução do problema, deste livro.



## Introdução

*Quando chegam à China, os estrangeiros logo pensam em escrever grandes tratados. Chegam cheios de idéias. No final de um ano, já não conseguem escrever mais que umas poucas linhas. A realidade é muito mais complexa do que parece.*

Bernardo Carvalho  
Mongólia

Um jovem insere, em seu próprio *website*, foto publicada, naquele mesmo dia, em endereço eletrônico de periódico de grande circulação nacional. Uma aluna universitária digitaliza, na íntegra, livro técnico com edição esgotada, para estudar em casa e o encaminha a uma amiga por *e-mail*. Finalmente, alguém copia para seu computador, por meio de *download*, exclusivamente com o intuito de assisti-lo em casa, filme que não existe disponível em nenhuma locadora de vídeos de seu país.

Diante dos termos estritos da lei brasileira de direitos autorais, não resta dúvida: todas as condutas acima descritas potencialmente violam direitos autorais alheios. A lei brasileira de direitos autorais, Lei 9.610/98 (doravante designada LDA), é tida pelos especialistas no assunto como uma das mais restritivas de todo o mundo e mesmo condutas que se afiguram corriqueiras no mundo contemporâneo são, a rigor, contrárias à lei.

Na verdade, todo o sistema de proteção dos direitos autorais se funda na defesa do autor e na não utilização de sua obra, exceto mediante expressa autorização legal ou com seu consentimento.<sup>1</sup> O fundamento principal é a importância de fornecer ao autor mecanismos de proteção à sua obra de modo a permitir que seja o autor devidamen-

---

<sup>1</sup> O Brasil se filia ao sistema continental de direitos autorais. Este se diferencia do sistema anglo-americano do direito autoral porque “[o] *common law* manteve-se dentro da visão dos privilégios de impressão; não foi basicamente afectado pela Revolução Francesa. Isso conduziu a uma certa materialização do direito de autor. A base do direito era a obra copiável; a faculdade paradigmática era a da reprodução (*copyright*). O *copyright* assenta assim principalmente na realização de cópias, de maneira que a utilidade econômica da cópia passa a ser mais relevante que a criatividade da obra a ser copiada”. ASCEN-SÃO, José de Oliveira. Direito do Autor e Desenvolvimento Tecnológico: Controvérsias e Estratégias. **Revista de Direito Autoral** – Ano I – Número I, agosto de 2004. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

te remunerado e possa, diante dos proventos auferidos com a exploração comercial de sua obra, seguir produzindo intelectualmente.<sup>2</sup>

Naturalmente, a vedação total e incontornável à utilização de obras protegidas por direitos autorais por parte de terceiros criaria uma sociedade limitada em seu desenvolvimento cultural, científico e tecnológico.<sup>3</sup> Afinal, se assim fosse, apenas mediante autorização expressa do autor seria possível fazer, por exemplo, citação de obra alheia em trabalho científico, o que caracteriza, *per se*, absurdo inaceitável.

Com o intuito de impedir que situações contrárias ao desenvolvimento social sejam legitimadas pela lei, a LDA previu as hipóteses em que o uso de obras protegidas por direitos autorais, ainda que sem autorização de seus respectivos titulares, é legalmente aceito.

No entanto, uma vez que a regra é impedir a livre utilização<sup>4</sup> das obras sem consentimento do autor, as exceções previstas pela LDA em seu artigo 46 são interpretadas como constituindo rol taxativo,<sup>5</sup> como se verá adiante.

A LDA, ao instituir limitações aos direitos autorais, não legitima diversas condutas que são diariamente verificadas. Muitas dessas condutas, embora sejam, sob a leitura rigorosa da lei, violadoras de direitos autorais, na verdade estão a serviço da liberdade de expressão<sup>6</sup> e do acesso à cultura,<sup>7</sup> ou seja, de princípios constitucionalmente protegidos.

A situação se torna ainda mais grave quando analisadas questões relativas aos direitos autorais em obras disponíveis na *internet*.

---

2 É importante esclarecermos desde o início que quando se fala em proteção legal de direitos autorais, em nenhum momento se cogita de se verificar a qualidade da obra. Os direitos autorais existem para a proteção das obras que cumpram com os requisitos legais, e não apenas as obras consideradas de qualidade. A definição da qualidade da obra compete à crítica especializada e escapa aos princípios jurídicos. Ao direito compete apenas verificar a presença dos requisitos indispensáveis à proteção do bem intelectual. Se presentes, o bem será protegido, independentemente de sua qualidade intrínseca como obra intelectual.

3 Vamos nos referir, ao conjunto abrangendo o desenvolvimento cultural, científico e tecnológico, como “desenvolvimento social”.

4 Fala-se em utilização de modo amplíssimo, incluindo-se, neste conceito, o uso privado da íntegra da obra, por parte de terceiros, sem qualquer intuito de lucros.

5 Nesse sentido, entre outros, ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. São Paulo: Ed. do Brasil, 2002. p. 146.

6 Constituição Federal, art. 5<sup>º</sup>. IX: É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

7 Constituição Federal, art. 215, *caput*: 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 estado da arte da tecnologia permite, atualmente, a difusão rápida e a custo praticamente nulo de obras protegidas por direitos autorais, com a peculiaridade de que, na maioria das vezes, não há distinção qualitativa entre o original e as cópias, sendo comumente impossível distinguir aquele destas.

É natural que, sendo a *internet* uma mídia bastante recente, o Direito não tenha tido ainda tempo de regulá-la da maneira adequada, e assim acaba havendo grande descompasso entre a disciplina jurídica dos fatos e os fatos em si.<sup>8</sup>

Também em razão disso, observa-se que tantas das disposições legais da LDA que serão analisadas *não* encontram respaldo social, e sabe-se que o Direito deve servir, primordialmente, a proteger as condutas socialmente aceitas.<sup>9</sup>

Em muitos casos, entretanto, não apenas não se verifica essa aceitação como o *senso comum* indica que não há, nessas condutas, qualquer violação aos direitos autorais de obras protegidas. Pode-se dar como exemplo recorrente o envio de textos de autores famosos (protegidos por direitos autorais) para *e-mails* pessoais ou a publicação de fotos ou textos (especialmente textos curtos, letras de músicas e poesias) protegidos por direitos autorais em *blogs*, fatos corriqueiros que são, de modo geral, por todos aceitos.

Acreditamos que muito dessa aceitação social de determinadas condutas decorre do fato de que, na maior parte dos casos, não há prejuízo econômico ao autor, nem aproveitamento econômico indevido

---

8 No dizer de Demócrito Ramos Reinaldo Filho: "O desenvolvimento da Internet e demais meios de comunicação, influenciando tão profundamente em nossas vidas, não desencadeou apenas uma revolução tecnológica, mas trouxe também a seu lado uma *revolução jurídica*. De fato, não se poderia pretender que o Direito ficasse indiferente a esse magnífico fenômeno humano. A todo impacto nas relações humanas corresponde igual reação do Direito. O avanço das tecnologias da informação na verdade está provocando o obsolescência de muitos institutos jurídicos e a necessidade de reformulação em tantos outros. A necessidade de ajustamento dos sistemas jurídicos nacionais para enfrentar a realidade do mundo *on-line* é hoje o grande desafio para o Direito" (*grifos do autor*). REINALDO Filho, Demócrito Ramos. **Responsabilidade por Publicações na Internet**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005. p. 2.

9 "Por definição, o Direito deve ser uma expressão da vontade social e, assim, a legislação deve apenas assimilar os valores positivos que a sociedade estima e vive. O Direito não é, portanto, uma fórmula mágica capaz de transformar a natureza humana. Se o homem em sociedade não está propenso a acatar os valores fundamentais do bem comum, de vivê-los em suas ações, o Direito será inócuo, impotente para realizar sua missão". NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 22ª. Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002. pp. 16-17.

por parte de terceiros nem tampouco desestímulo ao desenvolvimento social.<sup>10</sup>

Muito pelo contrário. O que se verifica é a possibilidade de difusão da cultura, do acesso ao conhecimento, do aumento da produção intelectual e até a divulgação das obras de terceiros, podendo haver mesmo um incremento em suas vendas, e necessariamente não uma diminuição.

É lógico que todas essas questões devem ser (serão) tratadas com extremo cuidado, analisando casuisticamente as situações apresentadas, diante das peculiaridades abrangidas pelo tema.

Além do problema legal *in abstracto*, muito importante também é a reflexão sobre a adequação dos mecanismos protetivos das obras protegidas por direitos autorais diante das novas tecnologias e as necessidades de se promover o desenvolvimento cultural, em um mundo irremediavelmente globalizado.

Nesse sentido, assim se manifesta Manoel Joaquim Pereira dos Santos:<sup>11</sup>

O desenvolvimento das técnicas e meios de comunicação ao longo do século XX, sobretudo com o surgimento da tecnologia da informação e da Internet, trouxe alguns dos mais difíceis desafios para o Direito Autoral. O processo de reprodução da obra intelectual tornou-se extremamente fácil, rápido e eficiente, permitindo a geração de cópias que em nada se distinguem do chamado “*original*”. Além disso, a circulação das criações intelectuais pode ser feita atualmente a custo insignificante, sem limitação de fronteiras e praticamente sem barreiras técnicas.

Por essa razão, afirmou-se que a tecnologia da informação e a Internet modificaram o núcleo central da proteção autoral, que teria deixado de ser o direito de reprodução e o direito de comunicação pública, para se converter no direito de utilização da obra. Muito se discutiu a permanência do Direito Autoral nesse novo ambiente, havendo até quem sugerisse que esse sistema de proteção não sobreviveria a todas essas dificuldades.

10 Sobre a importância da análise da função econômico-social da propriedade intelectual e do direito autoral em particular, discorreremos no item 2.1 abaixo.

11 SANTOS, Manoel J. Pereira dos. O Futuro do Uso Privado no Direito Autoral. **Revista de Direito Autoral** – Ano I – Número II, fevereiro de 2005. Rio de Janeiro: Lumen Juris. pp. 43-44.

Diante da discrepância entre o disposto na LDA e as práticas de uso da *internet*, algumas reflexões são necessárias, o que fazemos em retrospecto aos argumentos até o momento apresentados:

- a) a LDA tem como um de seus princípios proteger a criação intelectual a fim de evitar a reprodução indevida de obras protegidas por direitos autorais. Como se sabe, o privilégio temporário<sup>12</sup> que a LDA cria em favor do autor tem como um dos objetivos permitir que o autor se remunere a partir da exploração comercial de suas obras e possa financiar novas investidas intelectuais;
- b) o desenvolvimento da cultura se auto-alimenta, na medida em que os autores se valem do repositório cultural comum para efetivar suas criações particulares e, nessa medida, haveria uma verdadeira “dívida moral” dos autores com o resto da sociedade, já que foi a partir do legado social disponível que ao autor foi permitido criar sua obra. Assim, quanto mais restrito for o acesso à cultura disponível (quanto mais rigorosa for a proteção às obras intelectuais), mais restrito será o âmbito de sua reutilização e, conseqüentemente, menor o desenvolvimento cultural;
- c) a tecnologia permite, como nunca antes fora possível, a reprodução fiel de obras intelectuais, sobretudo literárias, fotográficas e audiovisuais, sem que se possa, em muitos casos, identificar o “original” e a “cópia”. Da mesma forma, a tecnologia e a *internet* permitem que, numa abrangência jamais imaginada, a qualquer pessoa conectada à rede mundial de computadores seja possível criar uma obra intelectual original, protegível por direitos autorais, a partir da criação de terceiros – que, como visto no item anterior, é a regra e não a exceção;
- d) muitas vezes, a utilização de obras de terceiros protegidas por direitos autorais não significa uma diminuição no patrimônio do autor nem caracteriza enriquecimento indevido por parte de terceiros ou lucros cessantes para o autor – pelo contrário, pode significar difusão da obra protegida e significar, em última análise, incremento nos proventos auferidos pelo autor;

---

12 ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. Cit., p. 145.

- e) embora a LDA preveja hipóteses em que os direitos autorais são limitados, tais situações não são suficientes para abarcar todas as condutas sociais em que o aproveitamento de obras alheias deve ser tolerado, sendo muitas delas já socialmente aceitas embora estejam, a rigor, ferindo o disposto na LDA;
- f) em razão dessa discrepância entre a LDA e as condutas sociais, faz-se necessário aprofundar o estudo de alternativas para tornar legítimo o uso de obras de terceiros na *internet* sem que haja violação de direitos autorais.

Algumas alternativas se nos afiguram possíveis para acertar esse descompasso. Mesmo sendo a solução juridicamente mais segura, sabe-se, intuitivamente, que obter autorização dos titulares de direitos autorais para cada utilização da obra seria absurdo por impossível.

Dessa forma, a primeira alternativa realmente passível de corrigir este descompasso seria por meio de reforma legislativa apta a abranger, de maneira positiva, as condutas socialmente aceitáveis como não violadoras de direitos autorais. No entanto, a concepção de novo texto legal envolve o estudo de políticas legislativas, a análise de experiências estrangeiras, a contraposição de interesses os mais diversos possíveis e, portanto, seria pouco científica para os propósitos intentados com este trabalho. Além disso, seria medida que só a médio ou longo prazo supriria a necessidade premente de encontrarmos soluções práticas para os problemas sob análise.

Outra possibilidade seria, em exercício de hermenêutica, interpretar a lei atual de modo a acomodar, no bojo de seus próprios dispositivos legais, a permissão para que condutas que, numa interpretação literal, seriam contrárias à lei, estejam de acordo com princípios constitucionais hierarquicamente superiores à LDA e que, por isso, deveriam ser observados. Assim, desta possibilidade trataremos brevemente no Capítulo 3.

Finalmente, numa análise menos ambiciosa, pode-se tentar discurrir sobre soluções que já hoje estão disponíveis em nosso ordenamento jurídico, a partir da análise do contrato de direitos autorais, especialmente das licenças públicas.

Assim é que esta dissertação será dividida em três partes, conforme segue.

No primeiro capítulo, tratar-se-á brevemente da nossa atual sistemática legal dos direitos autorais e sua aplicação à *internet*. Após brevíssimo panorama histórico e apresentação das bases constitucionais

da matéria, será analisada a natureza jurídica dos direitos autorais, como podem ser integrados dentro do sistema de direito civil e como se aplicam às obras disponíveis na *internet*. Ainda aqui serão mencionadas as espécies de transmissão de direitos autorais, notadamente a cessão e a licença.

O segundo capítulo será destinado a apresentar o problema que se pretende analisar. Inicialmente, será feita uma abordagem sobre aspectos econômico-sociais das obras protegidas pelos direitos autorais e como a LDA trata das limitações aos direitos autorais. Então, como tema central, serão analisados os grandes problemas envolvendo o uso de obras alheias na *internet*, a partir dos dois âmbitos de abordagem: (i) o conteúdo que pode ser utilizado (textos, fotos, música, filmes etc) e (ii) os meios para sua utilização (*websites, e-mails, download* etc.).

O terceiro capítulo tratará da necessária interpretação das leis protetivas dos direitos autorais sob o prisma constitucional e as possíveis soluções para o uso de obras protegidas por direitos autorais por terceiros, especialmente as licenças públicas. Assim, algumas alternativas práticas já adotadas em alguns países, inclusive no Brasil, são apresentadas como mecanismos de fomentar a utilização de obras alheias sem que haja violação de direitos autorais.

Acredita-se que tais medidas são aptas a disciplinar o assunto sem, contudo, limitar a circulação de idéias nem a criatividade, de modo a preservar, de maneira amplíssima, os dispositivos constitucionais de proteção à liberdade de expressão e à disseminação da cultura. A título de exemplo, podemos citar o uso de licenças *Creative Commons* e o incentivo a desenvolvimento de projetos de elaboração colaborativa.

Acreditamos que a importância desta dissertação reside no fato de discutirmos o que **acontece diariamente** em todos os lugares do mundo. A utilização de obras alheias – protegidas por direitos autorais – pelos usuários da *internet* e as proibições legais limitadoras desse uso geram um conflito que a todos interessa. Em um mundo inevitavelmente globalizado, onde todos somos usuários da *internet*, é indispensável refletirmos sobre os limites do uso das ferramentas à nossa disposição, já que todos participamos de uma forma ou de outra da comunidade global,<sup>13</sup> ora como autores, ora como usuários de trabalhos desenvolvidos por terceiros.

---

13 Guilherme Carboni, citando Pierre Lévy, informa que, para este, “na *Internet*, tudo ocorreria como se os usuários estivessem em construção, de maneira ininterrupta, de uma única e imensa obra coletiva (...)”. CARBONI, Guilherme C.. **O Direito de Autor na Multimídia**. São Paulo: Quartier Latin. 2003. p. 174.

Diante desta globalização inevitável – e como meio de abranger o espectro mais interessante possível – valemo-nos, sempre que possível, de uma perspectiva jurídica multilateral, enfrentando questões notadamente relacionadas ao direito civil e ao direito constitucional mas não exclusivamente a partir da experiência brasileira, de modo que serão freqüentes os conceitos e as soluções estrangeiras. Afinal, tratamos de problemas universais.

Também por isso, optamos por consultar as fontes mais diversas. Uma vez que tratamos de assuntos que se encontram na ordem do dia, decidimos nos valer de argumentos jurídicos, mas também recorremos a suplementos literários, revistas de cinema, *websites* jornalísticos, periódicos de variedades. Tratamos do que existe, e o que existe está em toda parte.

Finalmente, ressaltamos que, didaticamente, usaremos as expressões “direito de autor” e “direito autoral”, bem como suas variantes no plural, como sinônimos, já que os autores especialistas na matéria não apresentam qualquer justificativa para tratá-los como se assim não o fossem.



# Capítulo 1

## A Lei Brasileira de Direitos Autorais e a Internet

*A literatura, como toda a arte, é uma confissão de que a vida não basta.*

Fernando Pessoa

O estudo, ainda que breve, da história trilhada pelos direitos autorais desde os tempos remotos até os dias atuais é de suma importância para este trabalho. Não se trata – ainda que à primeira vista assim possa parecer – de curiosidade histórica nem do cumprimento de formalidade metodológica normalmente seguida em trabalhos acadêmicos.

O sistema jurídico em que atualmente se ampara o direito autoral, não só no Brasil, mas em todo o mundo, foi erigido principalmente no fim do século XIX,<sup>1</sup> tendo-se em vista sobretudo a proteção das obras escritas, quer fossem literárias, artísticas ou científicas. Entretanto, o século XX foi testemunha dos mais revolucionários avanços tecnológicos promovidos pelo ser humano. E é inevitável: “se analisarmos atentamente a história, verificaremos que sempre que ocorreram grandes e significativas transformações científicas e tecnológicas, estas, de certa forma, geraram efeitos, repercutindo nas relações sociais”.<sup>2</sup> E, conseqüentemente, podemos concluir, nas relações jurídicas.

Esse sistema secular resistiu com poucas modificações às investidas tecnológicas do século passado e encontra-se, atualmente, a proteger de maneira nem sempre adequada todo tipo de criação humana passível de acolhida pelos direitos autorais.<sup>3</sup>

---

1 “O direito da propriedade intelectual é um bom exemplo dessa relação entre a manutenção da dogmática jurídica e a transformação da realidade. Apesar do desenvolvimento tecnológico que fez surgir, por exemplo, a tecnologia digital e a *internet*, as principais instituições do direito de propriedade intelectual, forjadas no século XIX com base em uma realidade social completamente distinta da que hoje presenciamos, permanecem praticamente inalteradas”. LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura**. Rio de Janeiro: ed. FGV, 2005. p. 8.

2 LEITE, Eduardo Lycurgo. A História do Direito de Autor no Ocidente e os Tipos Móveis de Gutenberg. **Revista de Direito Autoral**, São Paulo, Ano I, n. II, fevereiro de 2005. p. 108.

3 Guilherme C. Carboni critica a lei brasileira de direitos autorais ao afirmar, com relação a ela, que “já nasceu defasada com relação à realidade tecnológica atual, pois tentou

São precisas as palavras de Fernando Carbajo Cascón a respeito do tema:<sup>4</sup>

La legislación sobre propiedad intelectual se encuentra aún claramente imbuida de la tradición, en el sentido de que piensa preferentemente en la explotación comercial de una obra protegida mediante su publicación, entendiendo por tal la reproducción masiva de una obra en múltiples ejemplares (mayormente en forma de libro, folleto, periódico o revista) para su distribución entre el público mediante fórmulas negociales convencionales como son la compraventa o el alquiler, permitiendo su disfrute individualizado por cada miembro del público consumidor mediante la posesión permanente o temporal del soporte material donde aparece plasmada la obra.

Sabe-se, entretanto, mesmo intuitivamente – ou seja, sem que se necessite de formação jurídica para tanto –, que as obras criadas no âmbito da *internet*, ou nela disponíveis, apresentam características muito peculiares, que as distinguem substancialmente das demais obras intelectuais. Assim, é de se indagar, inicialmente, se os princípios protetivos dos direitos autorais, erigidos e consolidados mais de cem anos atrás, devem ser os mesmos a se aplicarem às obras disponíveis na rede mundial de computadores. Mais: indagamos se isso é possível.

Por tal motivo, iniciamos este trabalho com a necessária digressão histórica a respeito dos princípios fundantes da proteção aos direitos autorais no mundo e sua incorporação pelo direito brasileiro. Apenas assim poderemos compreender, de maneira ampla, por que é tão difícil aplicar às obras disponíveis na *internet* os mecanismos desenvolvidos ao curso da história a fim de resguardar os direitos dos autores.

Em seqüência, teceremos comentários a respeito das bases constitucionais dos direitos autorais e sua interpretação sistemática com os demais princípios constitucionalmente protegidos, o que será fundamental para o desenvolvimento do terceiro capítulo deste trabalho.

---

transportar para as obras digitais os mesmos princípios que até hoje foram válidos e eficazes para as obras analógicas, quando, na verdade, tais princípios são incompatíveis (...)”. CARBONI, Guilherme C. **O Direito de Autor na Multimídia**. Cit., p. 51.

4 CASCÓN, Fernando Carbajo. **Publicaciones Electrónicas y Propiedad Intelectual**. Madrid: Colex, 2002, p. 19.

Nos itens que se seguem, analisaremos a natureza jurídica dos direitos autorais, fundamental para compreendermos os aspectos patrimoniais e morais envolvidos nas intrincadas questões que nos propomos enfrentar. Em seguida, trataremos de alguns aspectos da lei brasileira de direitos autorais, sobretudo no que diz respeito à licença para uso de obras alheias e as limitações previstas legalmente para o uso de obras de terceiros independentemente de autorização do titular do direito.

Finalmente, após trilharmos estes passos iniciais, nos voltaremos especificamente à área da *internet* para tentarmos responder à indagação a que nos propusemos desde logo: devem as obras criadas no âmbito da internet, ou em seu espectro disponíveis, receber o mesmo tratamento das demais obras protegidas por direitos autorais?

## 1.1. Antecedentes históricos e bases constitucionais

### 1.1.1. No Mundo

A antigüidade não conheceu o sistema de direitos autorais como ele é concebido contemporaneamente. De fato, “das monumentais civilizações antigas que floresceram, anterior ou contemporaneamente à formação dos estados gregos, pouco nos revela a ciência a respeito das possibilidades de existência dos direitos de autor”.<sup>5</sup>

Os antigos impérios grego e romano, como é notoriamente sabido, foram o berço em que nasceu a cultura ocidental em virtude do espetacular florescimento das mais variadas formas de expressão artística, principalmente nos campos do teatro, da literatura e das artes plásticas. Era comum a organização de concursos teatrais e de poesia em que os vencedores eram aclamados e coroados em praça pública, sendo a eles também destinados alguns cargos administrativos de relevo.

No entanto, verifica-se, nas civilizações grega e romana, a inexistência dos direitos de autor como atualmente conhecidos, protegendo as diversas manifestações da obra, tais como sua reprodução, publicação, representação e execução. Concebia-se, nesse época, que o homem que criasse intelectualmente não deveria ‘descer à condição de comerciante os produtos de sua inteligência’.<sup>6</sup>

5 LEITE, Eduardo Lycurgo. A História do Direito de Autor no Ocidente e os Tipos Móveis de Gutenberg. Cit., p 115.

6 LEITE, Eduardo Lycurgo. A História do Direito de Autor no Ocidente e os Tipos Móveis de Gutenberg. Cit., p. 116.

Já nessa época, no entanto, surgem as primeiras discussões acerca da titularidade dos direitos autorais.<sup>7</sup> A opinião pública desprezava os plagiadores,<sup>8</sup> embora a lei não dispusesse de remédios eficazes contra a reprodução indevida de trabalhos alheios.<sup>9</sup>

A rigor, “os produtos da inteligência e da arte não eram considerados mais do que uma ‘coisa’, que pertencia a seu autor”.<sup>10</sup> E a liberdade de negociação e de transmissão desse bem intelectual abrangia limites muito mais extensos do que os de agora.

Curiosos exemplos nos são trazidos pelos autores que tratam do tema. Daniel Rocha, por exemplo, relata que Euforion, filho de Ésquilo, conquistou por quatro vezes a vitória nos concursos de tragédia apresentando peças inéditas de seu pai como se fossem suas. Assim, supõe-se que o filho herdava também a obra intelectual como se esta fosse uma *res* comum.<sup>11</sup>

O domínio do autor sobre sua obra é tão grande que era possível negociar até mesmo a sua autoria. Daniel Rocha relata,<sup>12</sup> ainda, interes-

7 “O mais remoto desses testemunhos (pelo menos no estado actual dos conhecimentos) encontra-se referido no Tratado de Architectura de Vitruvius e diz respeito a um concurso literário realizado em Alexandria, no qual foi premiada uma obra reconhecidamente de menor valia por se ter provado que todas as restantes eram cópias servis de obras preexistentes, o que levou à punição dos seus autores pelo delito de furto com expulsão, por ignomínia, da cidade. E cinco séculos antes de Cristo fala-se de um discípulo de Platão, Hermodórus, que transcreveu as lições do mestre e as vendeu em território estrangeiro, o que lhe acarretou a condenação geral. É interessante verificar que, nestes dois exemplos, se nos deparamos embrionariamente os dois aspectos estruturantes do Direito de Autor, tal como hoje o concebemos: o aspecto patrimonial (a reprodução) e o aspecto moral (a contrafação), bem como a ideia de que o mérito de uma obra é irrelevante para a sua proteção”. REBELLO, Luiz Francisco. **Introdução ao Direito de Autor – Vol. 1**. Lisboa: Sociedade Portuguesa de Autores – Publicações Dom Quixote, 1994. pp. 29-30.

8 “A palavra *plagium* é latina, mas constituía em Roma o correspondente do vocabulário grego que tinha o sentido de ‘oblíquo’, isto é, de ‘doloso’. Para os romanos, o plagiador era o mesmo que roubava ou seqüestrava um homem, ou vendia como escravo um homem livre”. ROCHA, Daniel. **Direito de Autor**. São Paulo: Irmãos Vitale, 2001. p. 13.

9 José Carlos Costa Netto disserta a respeito do tema: “Piola Caselli comenta que seria possível que o direito de autor em seus aspectos morais já fosse amparado pelo Direito romano, tendo em vista o *actio injuriarium*. [...] Mediante a *actio injuriarium*, considera Pedro Isamel Medina Perez, podem se reprimir todos os atentados contra o direito moral dos nossos dias. E entre os direitos morais de autor tutelados pelo Direito Positivo encontra-se o atributo do criador intelectual de assegurar a integridade de sua obra, ‘opondo-se a quaisquer modificações, ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-lo, ou atingi-lo, como autor em sua reputação ou honra’”. NETTO, José Carlos Costa. **Direito Autoral no Brasil**. São Paulo: Ed. FTD, 1998. pp. 30-31.

10 CHAVES, Antônio. **Direito de Autor - Princípios Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 23.

11 ROCHA, Daniel. **Direito de Autor**. Cit., p. 14.

12 ROCHA, Daniel. **Direito de Autor**. Cit., p. 15.

sante caso em que o poeta Marcial discute com Fidentino, suporto plagiador de sua obra, os meios de aquisição de seus trabalhos. Marcial teria argumentado: “segundo consta, Fidentino, tu lês os meus trabalhos ao povo como se fossem teus. Se queres que os digam meus, mandar-te-ei de graça os meus poemas; se quiseres que os digam teus, compra-os, para que deixem de ser meus”.

Depois, afirmaria que “quem busca a fama por meio de poesias alheias, que lê como suas, deve comprar não o livro, mas o silêncio do autor”.<sup>13</sup>

Como se sabe, atualmente, os princípios mais elementares das leis de direitos autorais vedam a transmissão da autoria da obra, independentemente do meio por que se dê a cessão. Mesmo quanto às obras caídas em domínio público, o nome do autor, se conhecido, deve permanecer a elas vinculado eternamente. Exemplos eloqüentes são a referência, ainda hoje, à autoria de “A Odisséia” (Homero) e de “A Eneida” (Virgílio), mesmo que se tratem de poemas épicos escritos provavelmente nos séculos VIII a.C. e I a.C.,<sup>14</sup> respectivamente.

A invenção da tipografia e da imprensa, no século XV, revolucionou os direitos autorais porque os autores passaram a ter suas obras tornadas disponíveis de maneira muito mais ampla. Nessa época, surgem os privilégios concedidos aos livreiros e editores, verdadeiros monopólios, sem que se visasse, entretanto, a proteger os direitos dos autores.

A Renascença, incipiente no fim da Idade Média, mas florescida vastamente na Idade Moderna, recuperou o gosto pelas artes e pela ciência, que haviam ficado latentes e sobejamente esquecidos ao longo de toda a Idade Média.

Ao mesmo tempo que a invenção da tipografia por Gutemberg foi capaz de popularizar os livros como nunca antes se imaginara possível, teve como consequência despertar o temor da classe dominante, representada, à época, pela igreja e pela monarquia. Afinal, o que antes levava tempo para ser feito – eram os escribas que copiavam, um a um, a alto preço, as obras escritas –, agora, com o processo tipográfico, era obtido em pouco tempo, a custo reduzido e com muito maior repercussão social. A classe dominante perdia, assim, controle sobre as informações que estavam sendo propagadas.

<sup>13</sup> ROCHA, Daniel. **Direito de Autor**. Cit., p. 15.

<sup>14</sup> Cf. [www.wikipedia.org](http://www.wikipedia.org).

Naturalmente, o temor da igreja quanto a idéias perigosamente hereges e da monarquia quanto a motins políticos acarretou, em pouco tempo, represálias de natureza política.<sup>15</sup>

Eduardo Lycurgo Leite aponta outra conseqüência, extremamente relevante, atrelada ao surgimento da prensa no século XV:<sup>16</sup>

A partir dos tipos móveis, tornou-se mais fácil fazer a afirmação de que um determinado texto seria a representação estrita do espírito e propriedade de uma só pessoa, sendo que, através da idéia de fixação, a associação da obra como uma fonte particular de criação, a qual, através de associação virtual, poderia reivindicar a propriedade daquela obra, passou a ser mais facilmente realizada.

Essa associação, aliada ao crescimento do mercado de obras intelectuais, em especial, das obras literárias, fez surgir dentre os autores a visão de que os mesmo poderiam ser reconhecidos e suas obras valoradas dependendo da fama que obtivessem.

Com isso, os autores, em razão da fama que buscavam e da valorização de suas criações intelectuais, passam a exigir que a autoria de suas obras seja apontada e sua propriedade reconhecida. Nasce assim, para os Autores, o sentimento que podemos chamar de individualismo possessivo e o qual representa o desejo de se elevar e prestigiar o trabalho intelectual. (grifo do autor)

Dessa forma, os autores passam a se interessar pela aposição de seus nomes nos trabalhos escritos com a finalidade de ser atribuída a eles a fama e a notoriedade a que fariam jus.

Já nesse primeiro momento, surgem práticas de concorrência desleal. Os livreiros normalmente arcavam com custos altíssimos para a edição das obras escritas. Além disso, faziam incluir, nas obras, gravu-

---

15 “Em 1585, por força de um decreto do rei, passou-se a impor o licenciamento e autorização obrigatórios de todo livro, e a se proibir a impressão, por quem quer que fosse, de qualquer livro, trabalho ou cópia contrária, na forma ou no conteúdo, a qualquer restrição contida nos estatutos ou leis do reino, ou ainda, em qualquer proibição feita pela rainha, ou seu Conselho Particular; ou contra a verdadeira intenção e significado de qualquer carta patente, comissão, ou proibição contida em documento que contivesse o selo real, ou contrária à permissão conferida à Stationers'Company e que interferisse com os negócios desta”. LEITE, Eduardo Lycurgo. A História do Direito de Autor no Ocidente e os Tipos Móveis de Gutenberg. Cit., p 143-144.

16 LEITE, Eduardo Lycurgo. A História do Direito de Autor no Ocidente e os Tipos Móveis de Gutenberg. Cit., p 130-131.

ras e informações adicionais ao texto original. Não era raro, entretanto, que tais obras fossem copiadas por terceiros, que as reproduziam e imprimiam sem terem todos os cuidados necessários e sem precisarem arcar com os custos da edição original.<sup>17</sup>

Por isso, também os livreiros passaram a se preocupar com sua atuação no mercado, e decidiram pressionar as classes dominantes de modo a terem seus direitos resguardados.

Com o passar do tempo, os livreiros começaram a obter lucro com sua atividade, enquanto remuneravam os autores de maneira exígua. E também os autores passaram a entender ser detentores de direitos que mereciam ser protegidos.

É nesse cenário de temor por parte das classes dominantes em razão das idéias que poderiam vir a ser veiculadas, de insatisfação por conta dos livreiros que viam suas obras copiadas sem licença e também de insatisfação dos autores quanto à remuneração recebida que surgem os primeiros privilégios.

Vê-se, com clareza, que o alvorecer do direito autoral nada mais é que a composição de interesses econômicos e políticos. Não se queria, então, proteger prioritariamente a “obra” em si, mas sim os lucros que dela podem advir. É evidente que ao autor interessava também ter a obra protegida em razão da fama e da notoriedade de que poderia vir a desfrutar, mas essa preocupação vinha, sem dúvida, por via transversa.

No século XVI começam a ser atribuídas licenças aos livreiros para que publiquem determinados livros.<sup>18</sup> Do mesmo modo, exige-se do livreiro que tenha autorização do autor para publicar sua obra.

Conforme menciona José Carlos Costa Netto, “a primeira iniciativa organizada respeitante à tutela jurídica dos direitos de autor não

---

17 Vê-se, assim, que a chamada “pirataria” não é prática exclusivamente contemporânea. É evidente que o avanço da tecnologia permite que a contrafação seja prática difundida e lucrativa, já que a cópia de obra alheia resulta em exemplares muitas vezes idênticos ao original e a custo muito reduzido, prejudicando-se, portanto, a qualidade da obra bem como o investimento dispendido em sua concepção, manufatura e distribuição.

18 Informa Eduardo Lycurgo Leite: “O Estado poderia conceder uma licença de impressão para que uma determinada tipografia (gráfica) publicasse um determinado assunto, tal como a Bíblia e poderia conceder a outra Imprensa o direito de impressão sobre outro assunto, tal como gramáticas latinas. A segmentação do mercado permitiu uma maior regulamentação deste, porém, normalmente, as licenças de impressão (privilégios de impressão) não eram concedidas àqueles que tivessem criado as obras intelectuais a serem impressas, isto é, aos autores ou criadores, mas sim àqueles que as imprimiam ou publicavam, ou seja, à Imprensa”. LEITE, Eduardo Lycurgo. A História do Direito de Autor no Ocidente e os Tipos Móveis de Gutenberg. Cit., p 139.

nasceu de seus titulares originários – os autores –, mas sim de intermediários: comerciantes interessados na exploração econômica das obras intelectuais”.<sup>19</sup>

A crescente insatisfação dos autores e o desenvolvimento da indústria editorial acabam por enfraquecer o sistema de censura legal. Assim, na Inglaterra, a censura acaba em 1694 e, com ela, o monopólio. Os livreiros ficam enfraquecidos e decidem mudar sua estratégia: começam a pleitear proteção não mais para eles próprios, mas sim para os autores, de quem esperavam a cessão dos direitos sobre as obras.<sup>20</sup>

Assim é que, em 1710, foi publicado o notório *Statute of Anne* (Estatuto da Rainha Ana), que concedia aos editores o direito de cópia de determinada obra pelo período de 21 (vinte e um) anos. Ainda que incipiente, trata-se de evidente avanço na regulamentação dos direitos de edição, por consistir em regras de caráter genérico e aplicável a todos, e não mais privilégios específicos garantidos a livreiros individualmente.

Na França, logo após a Revolução Francesa, um decreto-lei regulou, de maneira inédita, direitos relativos à propriedade de autores de obras literárias, de obras musicais e de obras de artes plásticas como pinturas e desenhos.

A despeito desses esforços iniciais, a verdade é que, até a primeira metade do século XIX, havia um verdadeiro “direito à contrafação” reinante na Europa – mesmo que informalmente, como é óbvio. Maristela Basso leciona:<sup>21</sup>

A contrafação integrava a indústria nacional e até os monarcas favoreciam a sua prática, nos seus Estados. Em cada país se praticava a contrafação estrangeira, em alguns mais, em outros menos. O que, de uma certa forma, contemporizava a prática da contrafação, em alguns países, era a censura. Na Holanda se podia publicar o que na França, às vezes, a censura real não permitia e isso acontecia também em outros países. Nos países divididos em várias províncias, como Holanda, Itália e Alemanha, os autores sofriam ainda maiores constrangimentos. Uma obra impressa em Roma ou em Florença poderia ser reimpressa em Turim, Nápoles

19 NETTO, José Carlos Costa. **Direito Autoral no Brasil**. Cit., p. 33.

20 ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. Cit., p. 29.

21 BASSO, Maristela. **O Direito Internacional da Propriedade Intelectual**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2000. pp. 86-87.



ou em qualquer outro lugar, sem que isso fosse considerado fraude e sem pagamento de direitos autorais. Países de língua e de literatura mais conhecidas, como a França, viam seus autores sofrerem a contrafação de forma ainda mais marcante e aberta.

E continua:<sup>22</sup>

Nos países cujos autores foram mais saqueados nos seus direitos, surgiu o movimento a favor do reconhecimento e da proteção dos seus direitos:

- 1) Inicialmente, os autores e editores buscam os privilégios concedidos pelo Papa, imperador, reis (da França e Espanha), ou príncipes, que implicavam monopólio por certo período;
- 2) Numa segunda etapa, os particulares se dão conta da repercussão internacional de seus direitos e da continuidade da sua personalidade jurídica, e começam a apresentar propostas com vistas a uma conferência internacional sobre a matéria.

É, inclusive, curioso o comentário de Eugène Robin, proferido na primeira metade do século XIX e transcrito pela autora:<sup>23</sup>

Existe alguma coisa de monstruoso no contraste que apresenta a propriedade das coisas materiais comparadas àquelas do espírito. Uma é reconhecida pelo direito civil, por toda sociedade cristã, inteiramente distinta dos direitos políticos, a ponto do indivíduo poder possuir bens móveis e imóveis, em vinte países, ao mesmo tempo, e reclamar os benefícios de vinte leis nacionais diversas, unânimes somente sobre a santidade de seu título; enquanto que um poeta, um historiador, um filósofo, cujo trabalho eleva as almas e expande as fronteiras do espírito humano, não são admitidos, até este dia, a colher os frutos de seu pensamento – de um pensamento que não tem valor em si mesmo.

A despeito dessa insatisfação por parte dos autores e de normas legais que apenas atenuavam os problemas práticos, não foi senão em

---

<sup>22</sup> BASSO, Maristela. **O Direito Internacional da Propriedade Intelectual**. Cit., p. 87.

<sup>23</sup> BASSO, Maristela. **O Direito Internacional da Propriedade Intelectual**. Cit., p. 86.

1886 que surgiram as primeiras diretrizes para a regulação ampla dos direitos autorais. Foi nesse ano que representantes de diversos países se reuniram na cidade de Berna, Suíça, para definir padrões mínimos de proteção dos direitos a serem concedidos aos autores de obras literárias, artísticas e científicas. Assim, celebrou-se a Convenção de Berna, que serviu, desde então, como base para a elaboração das diversas legislações nacionais sobre a matéria.

A Convenção de Berna impõe verdadeiras normas de direito material, além de instituir normas reguladoras de conflitos.

No texto da Convenção de Berna encontramos a definição de obra literária, artística ou científica,<sup>24</sup> além da referência à proteção das traduções, adaptações e de arranjos, duração mínima de proteção por toda a vida do autor mais cinquenta anos, entre outras tantas acolhidas por nossa legislação.

Mais relevante para o objetivo deste trabalho é informar que é na Convenção de Berna que encontramos, por exemplo, dispositivo determinando que aos autores compete o direito exclusivo de autorizar a reprodução de suas obras, de qualquer modo ou sob a forma que seja<sup>25</sup>. Estabelece, ainda, o mesmo artigo, que “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”.<sup>26</sup> Assim, compete a cada país regulamentar o chamado “*fair use*”, ou “uso justo”,<sup>27</sup> de obras alheias.

24 Art. 2º: Os termos ‘obras literárias e artística’ abrangem todas as produções do domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o modo ou a forma de expressão, tais como os livros, brochuras e outros escritos; as conferências, alocuções, sermões e outras obras da mesma natureza; as obras dramáticas ou dramático-musicais; as obras coreográficas e as pantomimas; as composições musicais, com ou sem palavras, as obras cinematográficas e as expressas por processo análogo ou da cinematografia; as obras de desenho, de pintura, de arquitetura, de escultura, de gravura e de litografia; as obras fotográficas e as expressas por um processo análogo ao da fotografia; as obras de arte aplicada; as ilustrações e os mapas geográficos; os projetos, esboços e obras plásticas relativos à geografia, à topografia, à arquitetura ou às ciências.

25 Art. 9º: (1) Os autores de obras literárias e artísticas protegidas pela presente Convenção gozam do direito exclusivo de autorizar a reprodução destas obras, de qualquer modo ou sob qualquer forma que seja.

26 Convenção de Berna, art. 9º, (2).

27 Eduardo Vieira Manso menciona que na França a expressão “*fair use*” foi traduzida como “*usage loyal*” e propõe a tradução para o vernáculo como “uso razoável”. Optamos, não obstante, pela expressão “uso justo”. MANSO, Eduardo Vieira. **Direito Autoral – Exceções Impostas aos Direitos Autorais (Derrogações e Limitações)**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1980. p. 226.

O que de fato impressiona é que ainda que com as constantes adaptações em razão das revisões de seu texto,<sup>28</sup> a Convenção de Berna continua, mais de 110 anos após sua elaboração, a servir de matriz para a confecção de leis nacionais (dentre as quais a brasileira) que irão, dentro do âmbito de seus Estados signatários, regular a matéria atinente aos direitos autorais. Inclusive no que diz respeito a obras disponíveis na *internet*.

### 1.1.2. No Brasil

Antônio Chaves divide a história do direito de autor no Brasil em três fases: de 1827 a 1916; de 1916 a 1973 e deste ano aos nossos dias.<sup>29</sup>

Dessa forma, o primeiro diploma que contém uma referência à matéria é dos mais nobres e reverenciados: a própria lei de 11 de agosto de 1827, que “*crêa dous Cursos de sciencias jurídicas e sociaes, um na cidade de São Paulo e outro na cidade de Olinda*”.<sup>30</sup>

Disserta Antônio Chaves:<sup>31</sup>

Depois de especificar as matérias a serem ensinadas “no espaço de cinco anos, e em nove cadeiras”, de determinar que para a regência das mesmas nomeasse o Governo “nove Lentes proprietários”, com o ordenado que tivessem os Desembargadores das Relações, e gozassem das mesmas honras, e cinco substitutos, vencendo o ordenado anual de 800\$000, consignava:

Art. 7º: Os Lentes farão a escolha dos compêndios da sua profissão, ou os arranjarão, não existindo já feitos, com tanto que as doutrinas estejam de accordo com o systema jurado pela nação. Estes compêndios, depois de aprovados pela Congregação, servirão interinamente; submettendo-se porém a approvação da Assembléa Geral, e o Governo fará imprimir e fornecer às escolas, competindo aos seus autores o privilégio exclusivo da obra por dez anos.

28 A Convenção de Berna foi revista em oito ocasiões: em 1896 (em Paris), 1908 (em Berlim), 1914 (em Berna), 1928 (em Roma), 1948 (em Bruxelas), 1967 (Estocolmo), 1971 (em Paris) e 1979 (quando foi emendada).

29 CHAVES, Antônio. **Direito de Autor - Princípios Fundamentais**. Cit., p. 27.

30 CHAVES, Antônio. **Direito de Autor - Princípios Fundamentais**. Cit., p. 28.

31 CHAVES, Antônio. **Direito de Autor - Princípios Fundamentais**. Cit., p. 28.

Embora o Código Criminal de 1830 previasse o crime de violação de direitos autorais,<sup>32</sup> a primeira lei brasileira voltada especificamente para a proteção autoral foi a Lei 496/1898, também chamada Medeiros e Albuquerque, em homenagem a seu autor.

Até o advento dessa lei, no Brasil, a obra intelectual era terra de ninguém.<sup>33</sup> Tanto era assim que Pinheiro Chagas, escritor português, reclamava de ter no Rio de Janeiro um “ladrão habitual” que teve ainda a audácia de lhe escrever dizendo: “Tudo que V. Ex<sup>a</sup> publica é admirável! Faço o que posso para o tornar conhecido no Brasil, reimprimindo tudo!” O que ocorria é que, nessa época, era comum pensar-se que a obra estrangeira, ainda mais do que a nacional, podia ser copiada indiscriminadamente.<sup>34</sup>

A Lei 496/1898 foi, entretanto, logo revogada pelo Código Civil de 1916, que classificou o direito de autor como bem móvel, fixou o prazo prescricional da ação civil por ofensa a direitos autorais em 5 (cinco) anos e regulou alguns aspectos da matéria nos capítulos “Da Propriedade Literária, Artística e Científica”, “Da Edição” e “Da Representação Dramática”.

Desde a edição de Lei Medeiros de Albuquerque até o advento da lei de direitos autorais, em 1973, o Brasil viu surgirem diversos diplomas legais que visavam a regular não só os direitos autorais bem como temas correlatos. Assim é que, exemplificativamente, o Decreto 4.790 de 1924 definiu os direitos autorais, o Decreto 5.492 de 1928 regulou a organização das empresas de diversão e a locação de serviços teatrais, o Decreto-Lei 21.111, de 1932, deu normatividade à execução de serviços de radiocomunicação em todo o território nacional.<sup>35</sup> A lista é extensa.

Foi apenas em 1973 que o Brasil viu publicado um estatuto único e abrangente que regulasse o direito de autor. “Não correspondendo mais os dispositivos do CC, promulgados no começo do século, sem

32 “Art. 261. Imprimir, gravar, lithographar ou introduzir quaisquer escriptos ou estampas, que tiverem sido feitos, compostos ou traduzidos por cidadãos brasileiros, em quanto estes viverem, e dez annos depois de sua morte, se deixarem herdeiros. Penas. Perda de todos os exemplares para o autor ou traductor, ou seus herdeiros, ou, na falta d’elles, do seu valor e outro, e de multa igual ao tresdobro do valor dos exemplares. Se os escriptos ou estampas pertencerem a corporações, a prohibição de imprimir, gravar, lithographar ou introduzir durará somente por espaço de dez annos”. Cf. CHAVES, Antônio. **Direito de Autor - Princípios Fundamentais**. Cit., p. 28.

33 ROCHA, Daniel. **Direito de Autor**. Cit., p. 23.

34 ROCHA, Daniel. **Direito de Autor**. Cit., p. 23.

35 CHAVES, Antônio. **Direito de Autor - Princípios Fundamentais**. Cit., p. 30.

embargo de sua atualização através de numerosas leis e decretos que sempre colocaram nossa legislação entre as mais progressistas, às imposições decorrentes dos modernos meios de comunicação, foi sentida a necessidade de facilitar seu manuseio de um único texto”.<sup>36</sup>

A Lei 5.988, de 14 de dezembro de 1973, vigorou até a aprovação, pelo Congresso Nacional, da Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, atual lei regulamentadora, em nosso território nacional da proteção aos direitos autorais.

### 1.1.3. Bases Constitucionais e Perspectiva Civil-Constitucional

*Technology lawyers and especially intellectual property lawyers have discovered the Constitution. They are filing suits to invalidate statutes and interposing constitutional defenses to intellectual property claims at an unprecedented rate.*<sup>37</sup>

Como informa Denis Borges Barbosa, “não é em todo sistema constitucional que a propriedade intelectual tem o prestígio de ser incorporada literalmente no texto básico. Cartas de teor mais político não chegam a pormenorizar o estatuto das patentes, do direito autoral e das marcas; nenhuma, aparentemente, além da brasileira, abre-se para a proteção de outros direitos”.<sup>38</sup>

Em um sistema integrativo de normas civil-constitucional, a evocação direta de princípios constitucionais na defesa dos direitos autorais é possível e torna-se mais efetiva na medida em que a Constituição preveja, explicitamente, a proteção a tais direitos.

Na definição dos direitos fundamentais, a Constituição Federal brasileira de 1988 determina, em seu art. 5º:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

<sup>36</sup> CHAVES, Antônio. **Direito de Autor - Princípios Fundamentais**. Cit., p. 32.

<sup>37</sup> Mark Lemley, Berkeley technology Law Journal. Citado por BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 87.

<sup>38</sup> BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. Cit., p. 87.

[...]

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;

Analisada detalhadamente, a proteção conferida pela Constituição é bastante ampla, mas nem sempre foi assim.

A primeira constituição brasileira, a Constituição do Império, de 1824, não tratou dos direitos autorais.

A primeira constituição a garanti-los foi a Constituição de 1891, promulgada dois anos após o nascimento da república em nosso país. Conforme ensina Eliane Y. Abrão:

A disposição consubstanciada em seu artigo 72, parágrafo 26, é o gérmen do arcabouço jurídico que definiu os direitos autorais em todos os anos posteriores. Assim dispunha: 'aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar'. Encontram-se aí fincadas as três principais características da matéria: o conceito de obra associado ao de reprodução mecânica, o de exclusividade do autor e o da sua transmissibilidade.<sup>39</sup>

A partir de então, e à exceção da Carta de 1937 (editada sob o regime autoritário do Estado Novo), todas as Constituições brasileiras garantiram os direitos autorais, inclusive a de 1967 e sua Emenda Constitucional nº. 1 de 1969, que assegurava aos autores de obras literárias, artísticas e científicas o direito exclusivo de utilizá-las, sendo este direito transmissível por herança, pelo tempo que a lei fixasse.<sup>40</sup>

39 ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. Cit., p. 62.

40 "A primeira abordagem constitucional sobre o direito do autor deu-se com a promulgação da 1ª Constituição Republicana, em 1891, uma vez que no Império não tinha consa-

Sob a égide desse dispositivo constitucional surgiu a Lei 5.988/73, que regulou a matéria pela primeira vez de maneira completa em nosso país.

Com a edição da Constituição de 1988, os direitos autorais encontraram guarida ampla, nos termos dos dispositivos constitucionais acima indicados e nos termos da LDA, que, ao revogar a lei anterior, regula atualmente a matéria no Brasil.

Dessa forma, é fundamental analisarmos, ainda que brevemente (o tema será detalhado no Capítulo 3), a perspectiva civil-constitucional e sua importância para a compreensão do tema em estudo.

Como se sabe, diante das inúmeras questões com que a vida contemporânea nos tem desafiado, que se refletem no caráter cada vez mais específico que as soluções a problemas práticos precisam apresentar, o Código Civil se tornou absolutamente insuficiente para abranger toda a regulamentação da vida do homem comum.<sup>41</sup> Desse modo, várias são as matérias que passaram a ser inteiramente reguladas fora do âmbito do Código Civil, por meio de leis específicas.

De fato, “assistimos, entre as duas grandes guerras, a um movimento de socialização do direito, seguido de novos ramos do direito privado e público, dotados de princípios próprios, reconhecidos como ‘-microssistemas’”.<sup>42</sup>

Caio Mário da Silva Pereira assim se manifesta acerca do tema:<sup>43</sup>

Não mais se pode reconhecer ao Código Civil o valor de direito comum. É tempo de se reconhecer que a posição ocupada pelos princípios gerais de direito passou a ser preenchida pelas normas constitucionais, notadamente, pelos direitos fundamentais.

Ressalto, especialmente, os estudos de Perlingieri, ao afirmar que o Código Civil perdeu a centralidade de outrora e que o papel unificador do sistema, tanto em seus aspectos mais tradicional-

---

gração constitucional a garantia autoral; esta era estabelecida pela lei ordinária (Código Criminal de 1830, artigo 261). Todas as Constituições da República – à exceção da elaborada em 1937 – jamais olvidaram-se da matéria e sem qualquer equívoco declaram a proteção”. AMARAL, Cláudio de Souza. Os Direitos Autorais nas Constituições Brasileiras. **Revista de Direito Autoral**, São Paulo, Ano I, n. II, fevereiro de 2005. p. 59.

41 “(...) como se sabe, os códigos civis perderam a posição central que desfrutavam no sistema, verdadeiras constituições em que se configuravam, acarretando a redução do espaço reservado ao contrato e à propriedade”. MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil**, v. 65. p. 23.

42 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Vol. I**. 20ª ed. Atualização: Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004. p. 23.

43 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Vol. I**. Cit., p. 23.

mente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional.

Não obstante o declínio da centralidade do Código Civil e o surgimento de microssistemas reguladores de matérias específicas, sabe-se que o sistema jurídico é unitário,<sup>44</sup> e sob essa perspectiva deve ser compreendido. Conforme esclarece Maria Celina Bodin de Moraes:<sup>45</sup>

A unidade do ordenamento é característica reconhecidamente essencial (*rectius*, lógica) da estrutura e da função do sistema jurídico. Ela decorre da existência (pressuposta) da norma fundamental (Grundnorm), fator determinante da validade de toda a ordem jurídica, e abrange a intolerabilidade de antinomias entre as múltiplas proposições normativas (constituindo-se, assim, em um sistema). A relação entre a norma fundamental e a Constituição, quanto à questão de fundamento de validade do ordenamento, é também lógica, configurável através do mecanismo do silogismo jurídico; possibilita que se considere o documento constitucional como conjunto de normas objetivamente válidas e, concomitantemente, coloca-o como a instância a que foi dada a legitimidade para “revalidar” a ordem jurídica.

Acolher a construção da unidade (hierarquicamente sistematizada) do ordenamento jurídico significa sustentar que seus princípios superiores, isto é, os valores propugnados pela Constituição, estão presentes em todos os recantos do tecido normativo, resultando, em conseqüência, inaceitável a rígida contraposição direito público-direito privado. Os princípios e valores constitucionais devem se estender a todas as normas do ordenamento, sob pena de se admitir a concepção de um “*mondo in frammenti*”, logicamente incompatível com a idéia de sistema unitário.

44 Afirma Pietro Perlingieri: “A questão da aplicabilidade simultânea de leis inspiradas em valores diversos (...) resolve-se somente tendo consciência de que o ordenamento jurídico é unitário. A solução para cada controvérsia não pode mais ser encontrada levando em conta simplesmente o artigo de lei que parece contê-la e resolvê-la, mas, antes, à luz do inteiro ordenamento jurídico, e, em particular, de seus princípios fundamentais, considerados como opções de base que o caracterizam”. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002. p. 5.

45 MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. Cit., p. 24.



Por isso é que nenhum tópico pode ser contemporaneamente estudado alheio ao todo. Não existe mais autonomia absoluta entre as matérias jurídicas (se é que alguma vez tal autonomia existiu), e mesmo a bipartição direito público-direito privado vem há muito sendo contestada.<sup>46</sup> Assim, o estudo a que este trabalho se propõe não estaria completo se não enfrentássemos as questões que a interdisciplinariedade nos impõe. A respeito do assunto – a análise dos direitos autorais dentro do ordenamento jurídico brasileiro, notadamente diante das normas constitucionais – remetemos o leitor para o capítulo terceiro deste trabalho.

## 1.2. Natureza jurídica dos direitos autorais

Pode-se entender por natureza jurídica a categorização, dentro do ordenamento jurídico, que levará à regulação de determinado bem ou direito por algumas regras jurídicas e não outras. Nesse sentido, a aferição da natureza jurídica é fundamental para a aplicação das regras jurídicas concretamente.

Sobre a importância da categorização esclarece Teresa Negreiros:<sup>47</sup>

De fato, o saber jurídico, através da dogmática, especializa-se na formulação de classificações e sistematizações que, no entanto, muito além de servirem como orientação didática baseada em mecanismos de pura lógica, constituem um eficaz instrumento para a resolução de casos concretos. Nos meandros dos labirintos classificatórios, ao invés do rigor lógico, se encontra em seu lugar o fundamento ideológico que dá origem à tipologia em causa (...).

Mais adiante, conclui:<sup>48</sup>

Assim é que a classificação dos contratos (...) e a classificação dos bens (...) constituem ambas um importante recurso a serviço da legitimação de decisões concretas.

(...)

46 Ver, por todos, GIOGIANNI, Michele. O Direito Privado e suas Atuais Fronteiras. **Revista dos Tribunais**, n. 747. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, janeiro, 1998.

47 NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato – Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002. pp. 339-340.

48 NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato – Novos Paradigmas**. Cit., pp. 340-342.

(...) as classificações jurídicas, se, por um lado, pecam por tentar reduzir a categorias abstratas fenômenos complexos, por outro lado, têm a importante função de sistematizar o conhecimento jurídico e, como se tentará explorar adiante, podem inclusive apoiar importantes reformulações no tratamento dogmático dos institutos e na sua aplicabilidade concreta. Assim, juntamente com Ruggiero, entendemos que o esforço classificatório nunca é vão.

Da mesma forma, Pietro Perlingieri argumenta a respeito da necessidade de interpretação a partir de categorização:<sup>49</sup>

A natureza diversa do objeto deve incidir sobre a técnica da interpretação, e isso equivale a dizer que interpretação e qualificação devem proceder sem distinções dos momentos lógicos ou cronológicos. A qualificação, de resto, pelo menos no campo do direito, não tem um fim teórico, mas, sim, prático, isto é, aquele de individuar a normativa adequada.

A fim de perquirir a natureza jurídica dos direitos autorais, observamos, preliminarmente, que a disciplina jurídica do aproveitamento das obras intelectuais sempre foi resultado da escolha legislativa entre dois interesses contrapostos: **(i)** a utilização imediata pela coletividade das obras criadas, com a finalidade de promoção e desenvolvimento social e **(ii)** a manutenção, por parte do autor, da possibilidade de aproveitamento econômico de sua obra.

Assim, das mais controvertidas – e das mais úteis – é a questão da definição da natureza jurídica dos direitos autorais.

Controvertida certamente porque os múltiplos aspectos peculiares dos direitos autorais, que os aproximam mas igualmente os afastam dos direitos de propriedade bem como dos direitos da personalidade, sem nunca se enquadrarem com precisão em qualquer das categorias.

Por outro lado, extremamente útil essa análise, talvez na justa razão da controvérsia que dela se origina. Afinal, é apenas a partir das categorias pré-ordenadas que será possível definir as regras jurídicas aplicáveis ao caso concreto. Enquanto não se define a natureza jurídica do direito autoral, não é possível se lhe atribuir os efeitos jurídicos adequados.

---

49 PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Cit., p. 102.

Numa investigação histórica, Antônio Chaves, citando Clóvis Beviláqua, informa a existência de 3 (três) correntes diferentes de opiniões no que diz respeito à natureza jurídica dos direitos autorais e sua classificação:<sup>50</sup>

- a) não passaria de uma forma particular pela qual se manifesta a personalidade;
- b) não haveria no caso, propriamente, um direito, mas um simples privilégio concedido para o incremento das artes, das ciências e das letras;
- c) modalidade especial da propriedade.

José Carlos Costa Netto, valendo-se dos ensinamentos de Henry Jessen, indica a existência de diversas teorias que pretendem explicar a natureza jurídica dos direitos autorais, que seriam na verdade variantes das 5 (cinco) principais:<sup>51</sup>

- a) teoria da propriedade (concepção clássica dos direitos reais) - a obra seria um bem móvel e o seu autor seria titular de um direito real sobre aquela;
- b) teoria da personalidade - a obra é uma extensão da pessoa do autor, cuja personalidade não pode ser dissociada do produto de sua inteligência;
- c) teoria dos bens jurídicos imateriais - reconhece ao autor um direito absoluto *sui generis* sobre sua obra, de natureza real, existindo - paralelamente - o direito de personalidade, independente, que consiste na relação jurídica de natureza pessoal entre o autor e a obra;
- d) teoria dos direitos sobre bens intelectuais - o direito das coisas incorpóreas (obras literárias, artísticas e científicas, patentes de invenção e marcas de comércio) e
- e) teoria dualista - que, segundo Jessen, teria, de certa forma, conciliado as teses anteriores.

De acordo com a teoria dualista, em um único bem - a obra intelectual - coexistiriam 2 (dois) direitos integrados, o direito patrimonial,

<sup>50</sup> CHAVES, Antônio. **Direito de Autor - Princípios Fundamentais**. Cit., p. 9.

<sup>51</sup> NETTO, José Carlos Costa. **Direito Autoral no Brasil**. Cit., p. 47.

transferível onerosa ou gratuitamente, pelo autor ou por seus herdeiros enquanto não cair a obra em domínio público, e o direito moral, que por ser considerado, por muitos autores, uma das emanções dos direitos da personalidade, tem como características gerais, por consequência, ser extrapatrimonial, intransferível, imprescritível, impenhorável, vitalício, necessário, *erga omnes*, entre outras:<sup>52</sup>

Conforme esclarece José Carlos Costa Netto:<sup>53</sup>

A solução pela teoria dualista, defendida pelo jurista Henry Desbois, não é pacífica, mas tem sido considerada como a mais adequada à conceituação do direito de autor na localização de sua natureza jurídica sui generis ou 'híbrida', como considerou Alain Le Tarnec.<sup>54</sup>

Da mesma opinião, Carlos Alberto Bittar:<sup>55</sup>

(...) os direitos autorais não se cingem, nem à categoria dos direitos reais, de que se revestem apenas os direitos denominados patrimoniais, nem à dos direitos pessoais, em que se alojam os direitos morais. Exatamente porque se bipartem nos dois citados feixes de direitos - mas que, em análise de fundo, estão, por sua natureza e sua finalidade, intimamente ligados, em conjunto incindível - não podem os direitos autorais se enquadrar nesta ou naquela das categorias citadas, mas constituem nova modalidade de direitos privados.

E continua:<sup>56</sup>

São direitos de cunho intelectual, que realizam a defesa dos vínculos, tanto pessoais, quanto patrimoniais, de autor com sua

---

52 BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade** - 5ª ed. Atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p.11.

53 NETTO, José Carlos Costa, **Direito Autoral no Brasil**. Cit., p. 49.

54 NETTO, José Carlos Costa, **Direito Autoral no Brasil**. Cit., p. 49. O autor prossegue na explicação: "é inegável a efetiva absorção - pelo direito brasileiro - da noção de 'existência paralela' de dois direitos de natureza diversa: um pessoal (intransferível e irrenunciável) e outro patrimonial (negociável), que nascem, simultaneamente, de um mesmo bem (a obra intelectual) - o que acarretaria a 'hibridez' do direito de autor - e se tornou consagrada, em definitivo, com o advento da Lei 5.988, de 14/12/1973, que regulou os direitos autorais no Brasil, princípio reeditado pela Lei 9.610, de 19/2/1998".

55 BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 11.

56 BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. Cit., p. 11.

obra, de índole especial, própria ou sui generis, a justificar a re-gência específica que recebem nos ordenamentos jurídicos do mundo atual.

Assim é que podemos afirmar que os direitos autorais são compostos, a bem da verdade, por duas parcelas distintas que devem ser levadas em conta: uma, que trata dos direitos morais do autor e que pode ser enquadrada dentro dos direitos de personalidade; outra, que abrange os direitos patrimoniais do autor e que consiste num direito de propriedade com características especiais.<sup>57</sup>

Os direitos morais do autor<sup>58</sup> podem ser definidos como “os vínculos perenes que unem o criador à sua obra, para a realização da defesa de sua personalidade”.<sup>59</sup> Uma vez que se inserem dentro dos direitos da personalidade,<sup>60</sup> revestem-se das características típicas

57 “A propriedade intelectual – à vista do disposto no artigo 2 [da lei espanhola] e concordantes da LPI e à diferença do quanto ocorre com a propriedade ordinária – está integrada (...) por faculdades de índole moral – inédito, paternidade, integridade, arrependimento, que se somam às propriedades patrimoniais – reprodução, distribuição, comunicação pública e transformação – sem confundir-se com elas. É mais, pois, que a propriedade ordinária mas, por outra parte, é menos do que ela, dado que a ordinária é tendencialmente perpétua, enquanto a intelectual é temporária (...)”.VIDE, Carlos Rogel e DRUMMOND, Victor. **Manual de Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 8.

58 Art. 24 da LDA. São direitos morais do autor:

I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

III - o de conservar a obra inédita;

IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-la, como autor, em sua reputação ou honra;

V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;

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;

VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.

59 BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. Cit., p.47.

60 Com o advento da Lei 10.406/02 (Código Civil), os direitos da personalidade passaram a ser regulados em esfera infraconstitucional pelos artigos 11 a 21 do referido diploma legal no que diz respeito aos direitos de personalidade da pessoa humana e pelo artigo 52 quanto à possibilidade de aplicação às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção aos direitos da personalidade. Nenhum dos artigos, entretanto, tratou especificamente-

desses direitos, sendo inalienáveis, irrenunciáveis,<sup>61</sup> imprescritíveis, impenhoráveis.

Quanto aos direitos patrimoniais,<sup>62</sup> “são aqueles referentes à utilização econômica da obra, por todos os processos técnicos possíveis. Consistem em um conjunto de prerrogativas de cunho pecuniário que, nascidas também com a criação da obra, manifestam-se, em concreto, com a sua comunicação ao público”.<sup>63</sup>

Eliane Y. Abrão define os direitos patrimoniais como sendo “direitos exclusivos, porque **dependem de prévia e expressa aprovação do autor e só dele**, ou de quem o represente, para que possam ser reproduzidos,

---

dos direitos morais do autor, embora a doutrina seja unânime em incluir tais direitos entre aqueles integrantes da personalidade.

61 Art. 27 da LDA: Os direitos morais são inalienáveis e irrenunciáveis.

62 Art. 29 da LDA: Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

I - a reprodução parcial ou integral;

II - a edição;

III - a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações;

IV - a tradução para qualquer idioma;

V - a inclusão em fonograma ou produção audiovisual;

VI - a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra;

VII - a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário;

VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante:

a) representação, recitação ou declamação;

b) execução musical;

c) emprego de alto-falante ou de sistemas análogos;

d) radiodifusão sonora ou televisiva;

e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva;

f) sonorização ambiental;

g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado;

h) emprego de satélites artificiais;

i) emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados;

j) exposição de obras de artes plásticas e figurativas;

IX - a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero;

X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.

63 BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. Cit., p. 49.

exibidos, expostos publicamente, transmitidos por meios mecânicos, eletrônicos ou digitais, armazenados, etc".<sup>64</sup> (**grifamos**)

Embora tenham caráter real,<sup>65</sup> os direitos patrimoniais constituem, no mínimo, tipo especial de propriedade. Inserindo-se entre os direitos de propriedade intelectual,<sup>66</sup> apresentam diversas características atribuídas à propriedade: são alienáveis, penhoráveis, prescritíveis. No entanto, e ao contrário do que normalmente ocorre com a propriedade, não podem ser perpétuos, já que a LDA fixa prazo máximo para seu titular e sucessores<sup>67</sup> usufruírem patrimonialmente dos direitos decorrentes da criação intelectual.<sup>68</sup>

Assim, Eliane Y. Abrão remata:<sup>69</sup>

Direitos patrimoniais não podem ser cedidos “em perpetuidade” porque a proteção às obras extingue-se no tempo. Entretanto, a associação entre autor e cessionário ou licenciado de uma determinada edição ou reprodução da obra existirá fisicamente enquanto resistir ao tempo um exemplar dela.

Dessa forma, a natureza híbrida dos direitos autorais, conforme acolhida pela doutrina ao optar-se pela teoria dualista, abrange, necessariamente, os direitos morais atinentes à personalidade do autor e os direitos patrimoniais segundo os quais o criador intelectual se remunera.

64 ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. Cit., p. 80.

65 BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. Cit., p. 50.

66 A doutrina divide a propriedade intelectual em dois ramos distintos: direitos autorais e conexos de um lado e direitos de propriedade industrial de outro. O objeto de estudo da propriedade industrial abrange, nos termos da Lei 9.279/96, de 14 de maio de 1996, invenções e modelos de utilidade, desenhos industriais, marcas, indicações geográficas e concorrência desleal. Internacionalmente, a matéria foi pioneiramente tratada pela Convenção da União de Paris – CUP, de 1883, incorporada em nosso direito por meio do decreto 75.572, de 08 de abril de 1975.

67 Eduardo Pimenta comenta a respeito da origem da transmissão dos direitos autorais aos sucessores, inclusive no que tange ao direito de seqüência: “O exemplo de desigualdade é narrado por diversos doutrinadores e estudiosos dos direitos autorais, fatos da época, em que os filhos de criadores intelectuais mendigavam, dando origem inclusive a direitos específicos como o direito de seqüência – *droit de suite*. E destes fatos destacamos o vivido pela filha de Strauss, que agonizava em conseqüência de um edema provocado pela fome, enquanto uma opereta, calcada nos motivos das obras de seu pai (adaptação), rendia milhões a alguns exploradores. PIMENTA, Eduardo. **Os Direitos Autorais do Trabalhador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 4.

68 Art. 41 da LDA: 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.

69 ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. Cit., p. 81.

Uma vez esclarecida a preferência da doutrina pela teoria dualista,<sup>70</sup> indaga-se, finalmente, se existe um direito natural à proteção aos direitos autorais, ou se essa proteção decorre exclusivamente da lei.

Thomas Jefferson dá como argumento da inexistência de direito natural egoístico e exclusivo às criações intelectuais o fato de que o elemento de partida da criação intelectual é sempre o repositório precedente, cultural e técnico, da humanidade. Seria assim uma apropriação inadequada do domínio comum considerar como exclusivo o que já era de todos.<sup>71</sup>

Denis Borges Barbosa entende que não há direito natural aos bens intelectuais, nascendo a propriedade intelectual meramente da lei. Expõe o autor:

Um dos mais interessantes efeitos da doutrina do *market failure* é evidenciar a natureza primária da intervenção do Estado na proteção da propriedade intelectual. Deixado à liberdade do mercado, o investimento na criação do bem intelectual seria imediatamente dissipado pela liberdade de cópia. As forças livres do mercado fariam com que a competição - e os mais aptos nela - absorvessem imediatamente as inovações e as novas obras intelectuais.

E mais adiante, acrescenta:

Assim é que a intervenção é necessária - restringindo as forças livres da concorrência - e criando restrições **legais** a tais forças. Pois que a criação da propriedade intelectual é - completa e exclu-

---

70 O autor português Luiz Francisco Rebello partilha do mesmo entendimento. Afirma o jurista: "O artigo 9º do Código Português, ao ocupar-se do 'conteúdo' do Direito de autor, diz, logo no seu n.º 1, que este 'abrange direitos de carácter patrimonial e direitos de natureza pessoal, denominados direitos morais', explicitando uns e outros nos dois números seguintes. As diferenças que separam aqueles destes - a transmissibilidade e a finitude dos primeiros, a inalienabilidade e a imprescritibilidade dos segundos - não permitem que, em rigor, se fale de um direito *unitário* a seu respeito. Será mais correcto aludir a uma *síntese* entre aqueles aspectos diversos, no sentido dialéctico do termo. E concluir pelo reconhecimento de que o Direito de Autor se constitui numa categoria autónoma do direito civil, propondo-nos defini-lo como o *conjunto de poderes, faculdades e prerrogativas, de carácter patrimonial e pessoal, que a lei confere ao autor de uma obra literária ou artística, pelo simples facto da sua criação exteriorizada, a fim de livre e exclusivamente utilizar e explorar ou autorizar que terceiros utilizem e explorem essa obra, dentro do respeito pela sua paternidade e integridade, e de extrair vantagens económicas dessa utilização e exploração*". (grifos do autor). REBELLO, Luiz Francisco. **Introdução ao Direito de Autor** - Vol. 1. Cit., pp. 29-30.



sivamente - uma elaboração da lei, que não resulta de qualquer direito imanente, anterior a tal legislação. (*grifo do autor*).<sup>72</sup>

A questão se torna ainda mais evidente quando analisada sob a perspectiva dos direitos morais do autor, integrantes, como vimos, dos direitos da personalidade.

Será diante de circunstâncias históricas que se poderá definir os limites do direito subjetivo e, apenas assim, aferir-se o contorno dos direitos da personalidade. Como ensina Pietro Perlingieri, “os direitos do homem, para ter uma efetiva tutela jurídica, devem encontrar o seu fundamento na norma positiva. O direito positivo é o único fundamento da tutela da personalidade; a ética, a religião, a histórica, a política, a ideologia, são apenas aspectos de uma idêntica realidade (...) a norma é, também ela, noção histórica”.<sup>73</sup>

Ao lembrar que inúmeros contingentes humanos já foram sacrificados em nome da ética, da religião ou da política, de modo a pretender justificar guerras, genocídios, *apartheid* e outras formas de discriminação social, sexual, étnica ou cultura, Gustavo Tepedino critica a teoria naturalista com argumentos praticamente irrefutáveis?<sup>74</sup>

Resulta, em definitivo, assaz difícil para os defensores das teses jusnaturalistas definirem o que seria a expressão de direitos sagrados do homem, quando se pensa na variedade de posições adotadas pela consciência social dos povos nas diversas épocas históricas e pontos geográficos e, que se insere a pessoa humana. A religião muçulmana, com suas penas corporais e cirurgias através das quais milhares de mulheres africanas são mutiladas, ao nascer, nos dias de hoje, os países cristãos e as concepções ideológicas que adotam a pena de morte; o regime de escravidão em sociedades consideradas civilizadas; a prática de torturas e de linchamento como formas de sanção socialmente reconhecidas em diversos estados brasileiros; tudo isso coloca em crise a simplista

71 BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. Cit., p. 92.

72 BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. Cit., p. 88.

73 Pietro Perlingieri, *apud* TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. **Temas de Direito Civil**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 41.

74 TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. **Temas de Direito Civil**. Cit. p. 42.

tese segundo a qual seria a consciência universal a estabelecer os direitos humanos e os direitos da personalidade, cabendo ao ordenamento jurídico apenas reconhecê-los.

Em resumo, pode-se afirmar que, em consonância com a tese defendida por Gustavo Tepedino, os direitos da personalidade são fruto do ordenamento jurídico e não emanam do direito natural, ainda que – podemos afirmar – haja uma *tendência natural*, pelo ser humano, a se dedicar à criação intelectual.

Por todo o exposto, e por qualquer das duas perspectivas analisadas, entende-se que não haveria propriamente um direito natural aos direitos intelectuais. Antes, seria necessária a previsão legal para surgir, a partir daí, sua adequada proteção.

### 1.3. O sistema de direitos autorais brasileiro e o contrato de direitos autorais: cessão e licença

O contrato de direitos autorais é disciplinado na LDA a partir do artigo 49,<sup>75</sup> no capítulo denominado “Da Transferência dos Direitos de Autor”.

A celebração de contratos envolvendo os bens protegidos por direitos autorais é essencial para a disseminação da obra criada por seu autor. Afinal, ainda que possa o próprio autor proceder diretamente à exploração de sua obra, quando esta for destinada ao consumo de massas, não será isso que acontecerá. Nesses casos, o autor terá que,

---

75 Art. 49 da LDA. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações:

I - a transmissão total compreende todos os direitos de autor, salvo os de natureza moral e os expressamente excluídos por lei;

II - somente se admitirá transmissão total e definitiva dos direitos mediante estipulação contratual escrita;

III - na hipótese de não haver estipulação contratual escrita, o prazo máximo será de cinco anos;

IV - a cessão será válida unicamente para o país em que se firmou o contrato, salvo estipulação em contrário;

V - a cessão só se operará para modalidades de utilização já existentes à data do contrato;

VI - não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato.

quase sempre, recorrer a terceiros para que estes pratiquem os atos de utilização da obra e se façam pagar por meio deles.<sup>76</sup>

Antes, entretanto, de procedermos à análise das peculiaridades dos contratos de direitos autorais, faz-se necessário incursionarmos pelos princípios que a própria LDA aponta como norteadores de toda a sistemática protetiva dos direitos autorais no Brasil e que, conseqüentemente, devem se aplicar aos negócios jurídicos envolvendo bens protegidos por direitos autorais.

O art. 3º da LDA determina que os direitos autorais reputam-se, para efeitos legais, bens móveis. Em conformidade com o Código Civil brasileiro, art. 82, são considerados bens móveis aqueles suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

É de se notar, entretanto, que a obra intelectual não deve ser confundida com o suporte material que a encerra.<sup>77</sup> A este é costume chamar-se *corpus mechanicum*, enquanto que à obra, nele materializada, dá-se o nome de *corpus mysticum*.

Dessa forma, sobre o *corpus mechanicum* legitimamente adquirido se exerce direito de propriedade, como qualquer outro e sujeito às mesmas limitações. Assim, será aplicado, sobre o bem material em que se materializa o bem intelectual, o dispositivo do art. 1.226 do Código Civil, que determina que “os direitos reais sobre coisas móveis, quando constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com a tradição”.

A tradição do *corpus mechanicum*,<sup>78</sup> entretanto, não induz a aquisição, por parte do adquirente, de qualquer direito autoral sobre o *corpus mysticum* protegido pela lei. Ao proprietário do bem material serão conferidas, com relação à obra intelectual, apenas as faculdades legalmente previstas, dentro de cujo (estrito) limite poderá atuar.

A LDA determina, ainda, que os negócios jurídicos sobre os direitos autorais devem ser interpretados restritivamente.<sup>79</sup> Dessa forma, “tudo que não estiver expressamente previsto no contrato, ou no negócio, entende-se como não autorizado. Não há possibilidade de se dar

76 ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1997. p. 359.

77 ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Cit., p. 31

78 O ato abarca, conforme se pode imaginar, a aquisição de livros, CDs, DVDs, CD-Roms e de qualquer outro meio físico onde a produção intelectual poderá estar materializada. Podemos incluir, embora não haja propriamente a transferência de meio tangível, a aquisição de bem protegido por direito autoral por meio de transferência eletrônica, como o *download* de arquivos da *internet*, por meio de legítima aquisição por parte do usuário.

79 Art. 4º.: Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais.

efeito extensivo a nenhuma cláusula do contrato, e muito menos a de o contratado transmitir os direitos recebidos do autor a terceiro, sem o seu expresso consentimento nesse sentido”.<sup>80</sup>

Quanto à disciplina específica dos direitos autorais, dispõe o artigo 49 da LDA, *caput*:

Art. 49: Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros,<sup>81</sup> por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações:

(...)

Conforme se depreende da leitura do *caput* do art. 49 da LDA, os direitos de autor podem ser transferidos,<sup>82</sup> por quem de direito, a terceiros, em sua integralidade ou apenas parcialmente. A transferência pode se dar a título universal ou singular e será efetivada sobretudo por meio de licença ou cessão.

Caracteriza-se a cessão pela transferência de titularidade da obra intelectual, com exclusividade para o(s) cessionário(s). Já a licença representa uma autorização por parte do autor para que terceiro se valha da obra, com exclusividade ou não, nos termos da autorização concedida.

Quanto à cessão, assim se manifesta José de Oliveira Ascensão:<sup>83</sup>

A transmissão do direito de autor só se verifica verdadeiramente no caso a que a lei chama de transmissão total; também se fala em cessão global. Dá-se esta quando as várias faculdades que

80 ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. Cit., p. 37.

81 Por meio de interessante construção hermenêutica, Eduardo Pimenta defende que os direitos autorais decorrentes de relação de trabalho não poderiam ser cedidos diante dos termos da Lei 6.533/78. Dispõe o autor: “Em suma, pelo citado art. 13 da Lei nº 6.533/78, os direitos autorais (os direitos de autor e os que lhe são conexos) não podem ser objeto de cessão, quando a criação decorrer de prestação de serviços profissionais, ou seja da relação de trabalho”. PIMENTA, Eduardo. **Os Direitos Autorais do Trabalhador**. Cit., p. 93.

82 Os direitos patrimoniais apenas poderão ser objeto de negócio jurídico enquanto a obra estiver dentro do prazo legal de proteção. Uma vez que venha a cair em domínio público, no prazo estipulado no art. 41 da LDA, os titulares dos direitos autorais incidentes deixam de sê-lo, perdendo, portanto, a faculdade de poder negociar o uso da obra por parte de terceiros.

83 ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Cit., p. 293.

compõem o direito são transmitidas em globo, *uti universi*, portanto sem discriminação de cada faculdade tomada por si. A cessão global é assim compatível com a reserva de faculdades determinadas, ou com a alienação prévia a terceiro de certos poderes: o que interessa é que o conjunto seja transferido, de modo que tudo que não é especificado entre na alienação.<sup>84</sup>

Não obstante, como anteriormente observado, a lei autoriza não apenas a cessão total como também a parcial.<sup>85</sup> No dizer de José de Oliveira Ascensão:<sup>86</sup>

A “cessão parcial” não acarreta transmissão do direito [na íntegra]. O ter-se concedido a alguém o direito de edição, por exemplo, não significa que lhe tenha sido dado o direito de traduzir. Quem pode representar uma peça teatral não pode autorizar a adaptação cinematográfica, e assim por diante. Portanto, o titular originário, se não alienar em globo o seu direito, conserva o poder de alienar parcela por parcela o conteúdo patrimonial deste.

Esta sistemática, entretanto, aponta para a curiosa assunção de que o direito autoral seria um direito *repartível*, composto de diversas parcelas, admitindo-se uma concepção quantitativa do direito de autor, que consistiria na soma de faculdades, de que o titular poderia se desfazer sucessivamente.<sup>87</sup>

Nesse sentido, José de Oliveira Ascensão assim se manifesta:<sup>88</sup>

E aqui pode estranhar-se que, estando o direito de autor tão próximo da propriedade, se adotem esquemas de explicação tão

---

84 Faz o renomado professor português severa crítica ao sistema legal latino que, ao contrário do alemão, autoriza a cessão total de obras protegidas por direitos autorais: “[d]e fato, as transmissões do direito de autor são muitas vezes impostas aos criadores intelectuais pelas empresas a que estes têm de recorrer para a publicação ou comercialização de suas obras. Quando estes não estão em condições de ameaçar com a mudança de empresário, a cláusula de cessão global do direito é uma cláusula a que não podem fugir. Isso significa que, para conseguir as vantagens de uma primeira utilização, o criador intelectual tem de pagar o amargo preço da renúncia a todas as utilizações posteriores.

85 Anotamos que apenas os direitos autorais patrimoniais poderão ser objeto de cessão já que os direitos morais são inalienáveis (art. 27, LDA).

86 ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Cit., p. 305.

87 ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Cit., p. 306.

88 ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Cit., pp. 306-307.

diferenciados. Perante hipóteses análogas, não se diz que há transmissão de poderes contidos na propriedade, diz-se que há oneração da propriedade pela constituição de direitos reais menores. Por que se não falará de uma oneração do direito de autor, e se prefere falar em transmissão parcial deste direito?

Interpretando a LDA, continua Ascensão:<sup>89</sup>

Todavia, como sabemos, as orientações técnicas acolhidas pelo legislador não vinculam o intérprete, que só deve obediência ao regime legal. Lícito é por isso afirmar que aquilo que a lei chama cessão parcial é na realidade uma oneração. São válidas as razões que utilizamos para crítica à teoria do desmembramento, em Direito das Coisas. Assim, não há uma verdadeira fragmentação do direito de autor, porque este conserva sempre a elasticidade em relação do direito derivado. Nomeadamente, se esse direito derivado se extinguir não cai em domínio público, porque a lei não prevê nunca um ingresso parcial do conteúdo do direito no domínio público, antes este é absorvido pelo direito-base. Esta situação é corretamente como a oneração do direito-base pelo direito derivado. O ato é sempre constitutivo de uma oneração do direito-fonte.

A bem da verdade, é comum haver confusão entre cessão parcial e licença, já que ambas têm eficácia menor se comparadas à cessão total. Muito embora a lei não defina licença, é possível defini-la como autorização de uso, de exploração, sem que acarrete uma transferência de direitos.<sup>90</sup>

No entender de Eliane Y. Abrão,<sup>91</sup>

(...) não é na exclusividade que reside o diferencial entre cessão e licença, porque há licenças exclusivas. Na cessão de direitos, qualquer que seja o seu alcance, parcial ou total, a exclusividade outorgada ao cessionário encontra-se subjacente à exploração de uma determinada obra, porque o exercício da cessão implica o da tutela da obra e o da sua oponibilidade *erga omnes*. Na licença exclusiva também. Nas licenças comuns, ao contrário, pode o

89 ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Cit., p. 308.

90 ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. Cit., p. 136.

91 ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. Cit., p. 137.

autor consentir que diversos licenciados explorem pelo tempo convencional diversos aspectos da mesma obra, simultaneamente ou não, e não abdicando de seus direitos em favor do licenciado. O que distingue a cessão de direitos, parcial ou integral, e licenças exclusivas, das licenças não exclusivas é a oponibilidade *erga omnes* das primeiras. No Brasil, exclusividade é condição prevista em lei somente para o contrato de edição.

Dessa forma, vê-se que as licenças constituem uma das modalidades previstas em lei<sup>92</sup> para se efetivar a transferência de direitos autorais a terceiros e que por meio delas não há transferência de direitos, mas tão-somente uma autorização de uso, que manteria a integralidade dos direitos autorais com o titular destes.

De fato, podem ser definidas como autorização de uso por parte do titular dos direitos autorais, a título gratuito ou oneroso. Podem ser conferidas com ou sem cláusula de exclusividade,<sup>93</sup> sendo que quanto ao contrato de edição a lei obriga a exclusividade.

Assim é que os diversos contratos tipicamente relacionados aos direitos autorais, tais como os contratos de edição,<sup>94</sup> de gravação, de tradução, de adaptação etc., serão instrumentalizados por meio da celebração de instrumentos contratuais que preverão, em sua essência, a cessão ou a licença de uso de direitos autorais alheios.

Dessa forma, um autor que queira publicar seu livro celebrará contrato de edição pelo qual cederá ou licenciará – a depender dos termos da negociação – seus direitos autorais sobre a obra criada.<sup>95</sup> Convém observar que, no caso de contrato de edição, a exclusividade será concedida ao editor – independentemente de se tratar de cessão ou de licença – por força do disposto no art. 53, *caput*, da LDA.<sup>96</sup>

---

92 Art. 49, *caput*, da LDA.

93 Como visto, a cláusula de exclusividade acarretaria o surgimento de um direito oponível *erga omnes*, que aproximaria a licença da cessão.

94 O contrato de edição é o único que a LDA prevê em seu texto. Assim é que este tipo contratual será considerado o contrato base para negociações envolvendo direitos autorais.

95 Comenta, nesse particular, Eliane Y. Abrão: “É possível contratar a edição sem a transferência ou cessão dos direitos de reprodução, ou de quaisquer outros direitos patrimoniais. Entretanto o legislador, misturando os conceitos, tratou da edição como uma verdadeira cessão (...)”. ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. Cit., p. 135.

96 Prevê o art. 53, *caput*, da LDA: “Mediante contrato de edição, o editor, obrigando-se a reproduzir e a divulgar a obra literária, artística ou científica, fica autorizado, em caráter de exclusividade, a publicá-la e a explorá-la pelo prazo e nas condições pactuadas com o autor”.

Convém anotar, finalmente, que a cessão, total ou parcial, deverá se fazer sempre por escrito e presume-se onerosa.<sup>97</sup> Já a licença poderá ser convencionalmente oralmente e sobre ela não recai presunção legal de onerosidade.

O mecanismo das licenças, seu uso, seus limites e sua aplicação como modo de solução de problemas envolvendo bens protegidos por direitos autorais serão objeto específico do capítulo terceiro deste trabalho.

#### 1.4. Aplicação dos direitos autorais no âmbito da internet

A história é conhecida de todos: a *internet* surgiu, embrionariamente, em 1969 como parte de um projeto de interesse militar. Denis Borges Barbosa e Nélida Jessen comentam a respeito dos primeiros anos de existência da internet:<sup>98</sup>

De seu início militar, a rede migrou para um sistema de intercomunicação de interesse da pesquisa científica, permitindo acesso a grandes computadores por todos os participantes de seu sistema. Na época, como agora, uma rede local de uma universidade se ligava muitas vezes por linha telefônica dedicada, mas também pela comum, a outras redes de outras universidades na mesma região ou não, e o acesso à informação se dava por qualquer dos caminhos da teia. Assim, uma mensagem entre duas cidades contíguas pode circular por regiões distantes, até mesmo pelo outro lado do mundo, em questões de segundos. Mesmo partes de mensagens, que são separadas em pequenos pacotes, podem circular por caminhos diversos, sendo reunidas no destino, conforme haja congestionamento nas rotas do fluxo.

Da rede original (ARPANET) criaram-se outras similares (BITNET, USENET etc.) que terminaram por unir-se todas umas às outras. Esta pluralidade, e a natureza autônoma da rede em seu conceito básico, resultou em que não haja um dono ou administrador da *Internet*. Centenas de milhares de operadores mantêm suas

<sup>97</sup> LDA, art. 50, *caput*.

<sup>98</sup> BARBOSA, Denis Borges e JESSEN, Nelida Jabik. O Uso Livre de Música Encontrada na Internet. **Revista de Direito Autoral**, São Paulo, Ano I, n. II, fevereiro de 2005. p. 156.



próprias redes elementares de forma independente, tendo entre si apenas protocolos comuns de comunicação e informação. Não há uma central de armazenamento de informações, nem ponto de controle, nem canal de comunicação próprio para a *Internet*, e não há viabilidade técnica para criar tal central.

As dimensões a que a rede foi capaz de chegar são de todos conhecidas. Prosseguem os autores:<sup>99</sup>

A *Internet* não é um local físico: como uma rede gigante que conecta grupos inumeráveis de computadores interligados, é uma rede de redes, constituindo um lugar virtual sem fronteiras físicas nem correlação com o espaço geográfico. Seu tamanho varia a cada momento, e enquanto em 1980 ele compunha-se de 300 computadores, nove anos depois tinha 90.000; em 1993, um milhão; em 1996, 9.400.000; em 1999 estima-se que duzentos milhões de pessoas venham a ter acesso à rede.<sup>100</sup>

A *internet* talvez seja o símbolo maior da globalização, no sentido de que foi capaz de abolir as fronteiras e de unificar o meio de comunicação entre os povos. A bem da verdade, a globalização pode ser encarada como um fato ou, mais sintomaticamente, como uma fatalidade.<sup>101</sup>

Também a partir da disseminação da *internet* foi possível cunhar-se o termo que hoje se nos afigura tão representativo de “sociedade da informação”. Assim se manifesta sobre o tema José de Oliveira Ascensão:<sup>102</sup>

Concentremo-nos agora na sociedade da informação, que tem como instrumento nuclear a *Internet*. Esta última foi objeto de profunda e rápida metamorfose: nascida militar, passou a rede científica desinteressada, depois a meio de comunicação de massas,

99 BARBOSA, Denis Borges e JESSEN, Nelida Jabik. O Uso Livre de Música Encontrada na Internet. Cit., pp. 155-156.

100 A estimativa, hoje, é de que haja quase 1 bilhão de usuários da *internet* no mundo. Informação disponível em <http://www.internetworldstats.com/stats.htm>. Acesso em 02 de novembro de 2005.

101 ASCENSÃO, José de Oliveira. Sociedade da Informação e Mundo Globalizado. **Propriedade Intelectual & Internet**. WACHOWICZ, Marcos (coord.). Curitiba: Juruá Editora, 2004.

102 ASCENSÃO, José de Oliveira. Sociedade da Informação e Mundo Globalizado. Cit., pp. 22-23.

para se tornar hoje sobretudo veículo comercial. Nessa evolução, a informação, que seria o seu conteúdo, vai mudando de natureza.

Passa a abranger qualquer conteúdo de comunicação – de maneira que melhor seria inclusive falar-se em sociedade da comunicação –, e a própria informação se degrada. O saber transforma-se em mercadoria, o conhecimento livre transforma-se em bem apropriável. É cada vez mais objeto de direitos de exclusivo, que são os direitos intelectuais. Estes, por sua vez, são cada vez mais dissociados dos aspectos pessoais para serem considerados meros atributos patrimoniais, posições de vantagem na vida econômica.

A mercantilização geral do direito intelectual é um fato. E uma manifestação flagrante está no fato de a entidade que é hoje decisiva na disciplina dos direitos intelectuais não ser nem a Unesco nem a OMPI, mas a Organização Mundial do Comércio – e isso, tanto no que se refere ao direito de autor e ao direito da informática, quanto aos direitos industriais. São antes de mais nada objeto do comércio internacional.

Bem se sabe que “o destino do Direito de Autor é caminhar sempre lado a lado com a tecnologia, e evoluir na medida em que esta evolui, adaptando-se às alterações e superando contradições, sem, porém, eliminar estas últimas”.<sup>103</sup>

Por isso, indagamos, desde logo: as obras disponíveis na *internet* estão submetidas ao disposto na LDA ou, ao contrário, devem estar sujeitas a regulamento jurídico próprio?

A Convenção de Berna determina, em seu artigo 1º, que “os países constituem-se em uma União para a proteção dos direitos dos autores sobre suas obras literárias e artísticas” e define, a seguir, no § 1º, de seu artigo 2º, que “o termo ‘obras literárias e artísticas’ compreende todas as produções de domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o modo ou a forma de expressão”. São, portanto, normas de direito material a serem observadas por seus países membros.<sup>104</sup>

Se podemos chegar a tal conclusão diante dos termos da Convenção de Berna, assim também devemos entender em face do disposto em nossa legislação reguladora dos direitos autorais. Ao estabelecer

---

103 LEITE, Eduardo Lycurgo. A História do Direito de Autor no Ocidente e os Tipos Móveis de Gutenberg. Cit., p.109

104 BASSO, Maristela. **O Direito Internacional da Propriedade Intelectual**. Cit., p. 91.

quais obras intelectuais serão protegidas pelo direito de autor, o art. 7<sup>o</sup><sup>105</sup> da LDA assim dispõe:

Art. 7<sup>o</sup>: 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:

Da simples leitura do *caput* do artigo acima transcrito, percebe-se que o legislador teve duas grandes preocupações: (i) enfatizar a necessidade de a obra, criação do espírito, ter sido exteriorizada e (ii) minimizar a importância do meio em que a obra foi expressa.

De fato, é relevante mencionar que serão protegidas apenas as obras que tenham sido exteriorizadas. As idéias não são protegíveis por direitos autorais.<sup>106</sup> No entanto, o meio em que a obra é expresso

<sup>105</sup> Art. 7<sup>o</sup> 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, alocuções, 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.

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

§ 2<sup>o</sup> 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.

§ 3<sup>o</sup> 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.

<sup>106</sup> O art. 8<sup>o</sup> da LDA, que versa sobre o que não é objeto de proteção nos termos da Lei, determina, logo em seu inciso I, que não são objeto de proteção como direitos autorais,

tem pouca ou nenhuma importância, exceto para se produzir prova de sua criação ou de sua anterioridade, já que não se exige a exteriorização da obra em determinado meio específico para que a partir daí nasça o direito autoral. Este existe uma vez que a obra tenha sido exteriorizada, independentemente do meio.

A doutrina indica os requisitos para que uma obra seja protegida no âmbito da LDA. São eles:

- a) Pertencer ao domínio das letras, das artes ou das ciências, conforme prescreve o inciso I do art. 7<sup>o</sup>, que determina, exemplificativamente, serem obras intelectuais protegidas os textos de obras literárias, artísticas e científicas.
- b) Originalidade: este requisito não deve ser entendido como “novidade” absoluta, mas sim como elemento capaz de diferenciar a obra daquele autor das demais.<sup>107</sup> Aqui, há que se ressaltar que não se leva em consideração o respectivo valor ou mérito da obra. Dessa forma, “mesmo as obras de mínimo valor intelectual encontram abrigo no plano autoral, desde que revelem criatividade,<sup>108</sup> inclusive se o uso se não inserir no contexto das artes, ciências ou literatura (...). A criatividade é, pois, elemento ínsito nessa qualificação: a obra deve resultar de esforço intelectual, ou seja, de atividade criadora do autor, com a qual introduz na realidade fática manifestação intelectual estética não-existente (o *plus* que acresce ao acervo comum)”.<sup>109</sup>

---

de que trata a lei, as idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais.

107 Neste aspecto, o direito de autor se assemelha ao direito marcário, que tem como um de seus postulados de proteção a novidade relativa – e não absoluta – da marca que se pretende registrar.

108 Eliane Y. Abrão indaga: “Deveria a lei autoral tratar diferentemente o artista ou autor genial, criador de tendência, daquele outro que, igualmente criativo, a segue?”, e responde: “Positivamente não, porque protege a lei qualquer obra que contenha elementos criativos, e não uma obra mais criativa que outra, ou autor mais criativo que outro. Portanto, é a criação fixada a condição de proteção e não a originalidade em relação ao universo das obras criativas, porque todas são dotadas de originalidade relativa”. ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. Cit., p. 96.

109 BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. Cit., p.22.

- c) Exteriorização, por qualquer meio, conforme visto anteriormente, obedecendo-se, assim, ao mandamento legal previsto no art.7º, *caput*, da LDA.
- d) Achar-se no período de proteção fixado pela lei<sup>110</sup>

Uma vez atendidos a estes requisitos, a obra gozará de proteção autoral. Não se exige que a obra que se pretende proteger seja necessariamente classificada entre os treze incisos do artigo 7º, já que a doutrina é unânime em dizer que o *caput* deste artigo enumera as espécies de obra exemplificativamente.

Por outro lado, é necessário que a obra **não** se encontre entre as hipóteses previstas no artigo 8º<sup>111</sup> da LDA, que indica o que a lei considera como não sendo objeto de proteção por direitos autorais.

Sabe-se que a *internet* não é um lugar *físico*:<sup>112</sup> Na verdade, muito mais preciso é dizer-se que a *internet* é um *meio* pelo qual podem ser

110 NETTO, José Carlos Costa, **Direito Autoral no Brasil**. Cit., p. 56. O prazo de proteção dos direitos patrimoniais é de 70 (setenta) anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil, nos exatos termos do art. 41 da LDA.

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

I - as idéias, 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 idéias contidas nas obras.

112 A tarefa de classificar a *internet* é difícil e as soluções são controversas. Demócrito Ramos, ao tratar da matéria, afirma que há aqueles que defendem que a *internet* deve ser tratada como um lugar. Assim esclarece: "Por esta razão, sustentam os defensores dessa corrente, o *cyberspace* deve ser tratado para fins legais como um lugar, separado do mundo tangível, o qual se alcança toda vez em que a pessoa se conecta à rede mundial de comunicação. Não se deve entendê-lo como simples *meio de transmissão* que facilita a troca de mensagens de uma localidade para outra. Aplicar leis de eficácia espacial (territorial) limitada às transações na *Internet*, ou mesmo tentar analisar as consequências legais delas como se fossem relações ocorridas em algum ponto geográfico em particular, é totalmente insatisfatório. As comunicações eletrônicas deixam registros (e mesmo simultaneamente) através de diferentes jurisdições territoriais, não se podendo avaliar qual delas teria legitimidade para resolver os conflitos decorrentes e aplicar suas próprias leis. Com esse sentir, defendem que os problemas surgidos com a comunicação eletrônica, além das fronteiras territoriais podem ser resolvidos através de um princípio

tornadas disponíveis obras intelectuais em formato digital. Por isso mesmo que as regras vigentes no “mundo real” devem ser aplicáveis também às obras tornadas disponíveis na *internet*. Sendo assim, entendemos que tais obras devem se sujeitar aos princípios e regras adotados pela LDA e receberão proteção na medida em que preenchem os requisitos legais.

---

simples: concebendo o *cyberspace* como *um lugar* distinto do mundo real. Por meio dessa convenção, não mais seria necessário inquirir 'onde' no espaço geográfico uma transação realizada por meio da *Internet* deve-se considerar ocorrida". (grifos do autor). REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. **Responsabilidade por Publicações na Internet**. Cit., pp. 155-156.

## Capítulo 2

### Restritividade da Lei Brasileira

*É como se a estabilidade humana transparecesse na permanência da arte, de sorte que certo pressentimento de imortalidade – não a imortalidade da alma ou da vida, mas de algo imortal feito por mãos mortais – adquirisse presença tangível para fulgurar e ser visto, soar e ser escutado, escrever e ser lido.*

Hannah Arendt  
A Condição Humana

Pode-se dizer que o sistema de direitos autorais, forjado no final do século XIX, ampara-se em dois pilares contrapostos: vedações legais e autorizações legais.

É certo que diversos autores têm os direitos autorais como um monopólio concedido em favor do autor, de modo a remunerar-se pelo trabalho desenvolvido. No entanto, fosse o monopólio absoluto, restaria prejudicado o acesso à cultura, ao desenvolvimento, à livre circulação de idéias. Isso contraria frontalmente a prática, já que os autores precisam recorrer ao repositório cultural comum para criar. E limitações severas tornariam a utilização desse repositório ainda mais escassa.

Assim é que a LDA prevê, também, os casos em que excepciona a si mesma. Por isso, determina as hipóteses em que o uso das obras alheias é possível independentemente de autorização de seu autor.

No entanto, essas hipóteses podem restar insuficientes no mundo digital. É isso que passamos a ver neste capítulo.

#### 2.1. Função econômico-social dos direitos autorais

A propriedade intelectual encontra-se tão indissoluvelmente ligada a nossas vidas que mal paramos para refletir sobre seus efeitos em nosso cotidiano. Mas é inevitável: não existe mais possibilidade de existirmos sem os bens criados intelectualmente.

Os exemplos são fartos. Diariamente, deparamo-nos com as mais diversas marcas nos produtos que consumimos e usamos, nas lojas a que vamos e mesmo em nossos lugares de trabalho; utilizamos produ-

tos tecnológicos muitas vezes protegidos por patentes; usamos *softwares* ininterruptamente em nossas tarefas laborais e, finalmente, em nossos momentos de lazer,<sup>1</sup> lemos livros, jornais, vemos filmes, assistimos novelas, ouvimos música. E não custa lembrar: na cultura do século XXI, quase tudo tem um dono.

Assim sendo, a utilização dos bens de propriedade intelectual vem representando cada vez números mais significativos dentro da economia globalizada.<sup>2</sup> Segundo o jornal Valor Econômico, “com o PIB mundial de mais de US\$ 380 bilhões, o comércio de bens culturais foi multiplicado por quatro num período de duas décadas – em 1980, totalizava US\$ 95 bilhões”.<sup>3 4</sup>

- 1 “A compreensão do lazer enquanto conceito antagônico do trabalho perdurou por muito tempo, embora atualmente tal assertiva seja considerada ultrapassada como ressalta Nelson Carvalho Marcellino ao analisar a mútua influência entre o lazer e o trabalho. O autor, na abordagem do conceito de lazer, utiliza uma teoria tridimensional (descanso, divertimento e desenvolvimento) que não restringe ‘o lazer à prática de uma atividade mas também ao conhecimento e à assistência que essas atividades podem ensejar, e até mesmo a possibilidade do ócio, desde que visto como opção, e não confundido com ociosidade, sem contraponto com a esfera das obrigações, no nosso caso, fundamentalmente, a obrigação profissional’. Por outro lado, mister se faz enfatizar a referida possibilidade do ócio propaganda num contexto atual do Domenico De Masi”. (*grifos da autora*). SZTAJNBERG, Deborah. **O Show Não Pode Parar – O Direito do Entretenimento no Brasil**. Rio de Janeiro: Ed. Espaço Jurídico, 2003. p. 11.
- 2 De acordo com Dirceu Pereira de Santa Rosa, “os profissionais de propriedade intelectual estão vivendo um momento sem precedentes em sua prática profissional. Nunca o meio empresarial esteve tão antenado com a necessidade de proteger devidamente as criações intelectuais e obter lucro destes ativos. O gerenciamento de propriedade intelectual deixou de ser um assunto limitado à seara do especialista e ganhou destaque em setores como a administração de empresas e a gestão estratégica de negócios”. Adiante, comenta, citando a publicação americana *MBA Jungle*, que em interessante artigo apontando os “25 maiores erros corporativos no mundo”, foi citado, entre outros relacionados à propriedade intelectual, “o fato de a produtora de cinema 20th Century Fox não ter se interessado em reter os direitos de licenciamento e *merchandising* de produtos associados ao filme *Guerra nas Estrelas*, bem como de suas possíveis seqüências. Aceitou repassar os mesmos, gratuitamente, ao produtor do filme, George Lucas”. ROSA, Dirceu Pereira de Santa. A Importância da *Due Diligence* de Propriedade Intelectual nas Reorganizações Societárias. **Revista da ABPI – n. 60**, set-out/2002. Rio de Janeiro. p. 4.
- 3 BORGES, Robinson. **Valor Econômico**, Rio de Janeiro, 16 de julho de 2004. Caderno Eu & Fim de Semana, p. 10.
- 4 De acordo com a autora Lesley Ellen Harris, advogada atuante no Canadá, a propriedade intelectual responderia por cerca de 20 % (vinte por cento) do comércio mundial, o que significa aproximadamente US\$ 740 bilhões (a autora provavelmente se refere a quantias anuais). No original: “IP accounts for more than 20 percent of world trade, which equals approximately US\$ 740 billion”. HARRIS, Lesley Ellen. **Digital Property – The Currency of the 21st. Century**. McGraw Hill, 1998. p. 17.



Quando falamos de bens culturais, tratamos necessariamente de direito autoral,<sup>5</sup> que é um ramo da chamada propriedade intelectual. Conforme visto no capítulo anterior, o direito autoral apresenta duas manifestações distintas, intrinsecamente conectadas, sendo uma de aspecto moral e outra de aspecto patrimonial, pecuniário ou, se preferirmos, econômico.

Quanto à parcela do direito moral, a doutrina afirma que se trata de direito da personalidade.<sup>6</sup> E como se sabe, os direitos da personalidade têm por característica, entre outras, serem insuscetíveis de avaliação pecuniária. Dessa forma, quando nos referimos aos aspectos do direito autoral relacionados à sua avaliação econômica, não podemos estar nos referindo a outros direitos senão àqueles de caráter patrimonial.

A Constituição Federal prevê, em seu art. 5º, incisos XXII e XXIII, que é garantido o direito de propriedade, sendo que esta atenderá a sua **função social** (grifamos). Adiante, no art. 170, que inaugura o capítulo a respeito dos princípios gerais da atividade econômica, a Carta Magna estabelece que 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 determinados princípios, dentre os quais se destaca a **função social da propriedade** (grifamos).

Ora, se de acordo com a doutrina dominante, o direito autoral é ramo específico da **propriedade** intelectual, há que se averiguar em que medida sobre o direito autoral incide a funcionalização social de sua propriedade. Ressaltamos desde logo que o tema será retomado, numa análise sistemática dos artigos constitucionais, no início do capítulo subsequente. Por este motivo, nos dedicaremos, neste capítulo, ao estudo de aspectos econômicos relativos à matéria, a partir das peculiaridades atinentes aos direitos autorais.

5 Especificamente sobre o tema, José de Oliveira Ascensão escreve: “mesmo no campo do Direito Autoral, os numerosos estudos feitos sobre as chamadas empresas de *copyright* assinalam a fatia volumosa e sempre em crescimento que estas têm no produto interno bruto dos países industrializados”. E mais adiante: “opera-se uma desmaterialização da economia, que vai tornando estratégicos bens cada vez mais abstratos, mais afastados da realidade imediatamente captável. É o que acontece com os direitos intelectuais, que por sua natureza estão perfeitamente adaptados ao caráter predominantemente virtual da vida econômica contemporânea”. Direito do Autor e Desenvolvimento Tecnológico: Controvérsias e Estratégias. Cit., p. 13.

6 Nesse sentido, CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**. Campinas: Romana, 2004. p. 24, entre outros.

A propriedade é direito real, conforme determina o art. 1225, I, do Código Civil.<sup>7</sup> Segundo Orlando Gomes, “o direito real de propriedade é o mais amplo dos direitos reais, - ‘*plena in re potesta*’”<sup>8</sup> (*grifos do autor*).

De acordo com o art. 1.228, *caput*, do Código Civil, o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. Em consonância com os ditames constitucionais, o § 1º do mesmo artigo, determina que “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as finalidades econômicas e sociais (...)”.

A respeito da conceituação de propriedade, Orlando Gomes afirma.<sup>9</sup>

Sua conceituação pode ser feita à luz de três critérios: o *sintético*, o *analítico* e o *descritivo*. Sinteticamente, é de se defini-lo, com Windsched, como a submissão de uma coisa, em todas as suas relações, a uma pessoa. Analiticamente, o direito de usar, fruir e dispor de um bem, de reavê-lo de quem quer que injustamente o possua. Descritivamente, o direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual uma coisa fica submetida à vontade de uma pessoa, com as limitações da lei. (*grifos do autor*)

Em análise substancial à conceituação acima, transcrevemos as palavras do referido autor, uma vez que serão de grande utilidade em nossas considerações posteriores:<sup>10</sup>

A *propriedade* é um *direito complexo*, se bem que unitário, consistindo num feixe de direitos consubstanciados nas faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa que lhe serve de objeto.

*Direito absoluto* também é porque confere ao titular o poder de decidir se deve usar a coisa, abandoná-la, aliená-la, destruí-la, e, ainda, se lhe convém limitá-lo, constituindo, por desmembramento, outros direitos reais em favor de terceiros. Em outro sentido, diz-se, igualmente, que é absoluto, porque oponível a todos. Mas a oponi-

7 Art. 1225: São direitos reais:  
I – a propriedade; (...)

8 GOMES, Orlando. **Direitos Reais** - 10ª ed. Rio de Janeiro: ed. Forense, 1994. p. 85.

9 GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Cit., p. 85.

10 GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Cit., pp. 85-86.

bilidade *erga omnes* não é peculiar ao direito de propriedade. O que lhe é próprio é esse poder jurídico de dominação da coisa, que fica ileso em sua substancialidade ainda quando sofre certas limitações. Por último, seu caráter de direito absoluto se manifesta mais nitidamente no aspecto real de poder direto sobre a coisa com o qual se distingue das outras relações jurídicas.

O *direito de propriedade é perpétuo*. Incluindo a perpetuidade entre seus caracteres, significa-se que tem duração ilimitada, e não se extingue pelo não-uso.

O *aspecto pessoal* do direito de propriedade revela-se no *jus prohibendi*, que consiste no poder de proibir que terceiros exerçam sobre a coisa qualquer senhorio. Por esse motivo, diz-se que é um direito exclusivo.

Tem ainda, como característica, a *elasticidade*, pois pode ser distendido ou contraído, no seu exercício, conforme se lhe agreguem ou retirem faculdades destacáveis.

Considerada na perspectiva dos poderes do titular, a propriedade é o mais amplo direito de utilização econômica das coisas, direta ou indiretamente. O proprietário tem a faculdade de servir-se da coisa, de lhe perceber os frutos e produtos, e lhe dar a destinação que lhe aprouver. Exerce poderes jurídicos tão extensos que a sua enumeração seria impossível. (grifos do autor)

Preliminarmente, diante das características dos direitos da propriedade, conforme definição de Orlando Gomes, observa-se que é possível atribuir-se ao direito autoral as peculiaridades atinentes à propriedade, exceto no que diz respeito à perpetuidade. Como se sabe, o titular do direito autoral tem sua propriedade limitada no tempo nos termos da LDA. Afinal, os direitos patrimoniais de autor perduram por 70 anos, contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil.<sup>11</sup>

Na limitação temporal do direito autoral reside a primeira distinção entre os direitos autorais e os demais direitos de propriedade. Mas não só aqui o direito autoral deve ser considerado distinto destes; nem é esta sua distinção mais relevante.

Segundo Antônio Chaves,<sup>12</sup> a diferença entre o direito autoral e os demais direitos de propriedade material revela-se pelo modo de aquisi-

11 Art. 41 da LDA.

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

ção originários (já que o direito autoral só surge para o autor por meio de criação da obra) bem como pelos modos de aquisição derivados. Afinal, quanto a estes, no direito autoral não existe perfeita transferência entre cedente e cessionário, uma vez que a obra intelectual não sai completamente da esfera de influência da personalidade de quem a criou, em decorrência da manutenção dos direitos morais.

É ainda Antônio Chaves quem aponta a principal diferença entre direito autoral e direito de propriedade material:<sup>13</sup>

No que porém mais se distancia o direito autoral da propriedade material é na separação perfeitamente nítida que se estabelece no período anterior e posterior à publicação da obra, sendo absoluto, na primeira, e constituindo-se, na segunda, de faculdades relativas, limitadas e determinadas: patrimoniais exclusivas de publicação, reprodução etc., que recaem sobre algumas formas de aproveitamento econômico da obra, e de natureza pessoal, referentes à defesa da paternidade e da integridade intelectual da obra.

Direito especial, como se revela, exige, por isso mesmo, uma regulamentação específica, incompatível com o caráter demasiadamente amplo e genérico dos direitos da personalidade, assim como com os estreitos limites da propriedade material ou patrimonial.

Quando da aquisição de um bem móvel qualquer, seu titular exercerá sobre o referido bem as faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar, a que se referiu anteriormente Orlando Gomes. Dessa forma, o proprietário poderá, exemplificativamente, usar a coisa, abandoná-la, aliená-la, destruí-la, ou, ainda, limitar seu uso por meio da constituição de direitos em nome de terceiros.

No entanto, quando se trata de direito autoral,<sup>14</sup> faz-se necessário apontar uma peculiaridade que constitui diferença básica entre a titularidade de um bem de direito autoral e a titularidade dos demais bens: a incidência da propriedade sobre o objeto.

Viu-se no capítulo anterior que existe diferença entre o *corpus mechanicum* e *corpus mysticum*. Diz-se daquele o suporte material por

<sup>13</sup> CHAVES, Antônio. **Direito de Autor – Princípios Fundamentais**. Cit., p. 16.

<sup>14</sup> A LDA, em seu art. 28, atribui explicitamente ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística e científica.

meio do qual a obra se exterioriza.<sup>15</sup> A obra, o verdadeiro objeto da proteção, é o *corpus mysticum*, e independe de suporte material para existir.

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.

Nesse sentido, José de Oliveira Ascensão sintetiza:<sup>16</sup>

O que dissemos permite-nos reduzir a um enunciado triplo a independência entre direito de autor e o suporte material. Em princípio:

- o direito de autor não depende da existência de suporte material;
- o direito sobre o exemplar não outorga direitos de autor (art. 38<sup>17</sup>);
- o direito de autor não outorga direitos sobre o exemplar.

Dessa forma, sobre o livro, bem físico, o proprietário<sup>18</sup> poderá exercer todas as faculdades inerentes à propriedade,<sup>19</sup> como se o livro fosse um outro bem qualquer, tal como um relógio ou um carro. Poderá destruí-lo, abandoná-lo,<sup>20</sup> emprestá-lo, alugá-lo ou vendê-lo, se assim o quiser.

15 BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. Cit., p. 24. O autor faz a seguinte ressalva: “a obra (*corpus mysticum*) deve ser incluída em um suporte material (*corpus mechanicum*), salvo nos casos em que oral é a comunicação, quando se identifica e se exaure, no mesmo ato, a criação (aula, conferência, palestra, discurso, dança, mímica e outras).

16 ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Cit., pp. 32-33.

17 Refere-se ao artigo da Lei 5.988/73, anterior à LDA. Atual artigo 37.

18 A respeito da denominação “proprietário” para o titular dos direitos autorais, assim se manifesta Sílvio de Salvo Venosa: “a terminologia atual aceita domínio e propriedade como sinônimos, embora, como acentuado, se reserve com maior uso o termo propriedade para os bens imateriais, referindo-se o domínio de forma mais ampla aos bens corpóreos e incorpóreos. Geralmente, não se alude ao titular de direito de crédito, de patente de invenção, de direito intelectual como proprietário, ‘mas a amplitude semântica do vocabulário jurídico não repugna designar a titularidade dos direitos sobre bens incorpóreos como propriedade’ (Pereira, 1993:76)”. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direitos Civil – Vol V** - 4ª ed. São Paulo: ed. Atlas, 2004. p. 181.

19 “Sobre o exemplar da obra recai, em princípio, uma propriedade como qualquer outra”. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Cit., p. 33.

20 A respeito do abandono, Landes e Posner fazem interessantes considerações quando se trata de abandono do suporte material, mas sim da obra em si. Argumentam os autores que a lei trata o abandono de bens protegidos por propriedade intelectual de maneira distinta dos demais. Entendem que uma vez “abandonados” tais bens, seriam insusce-

No entanto, o uso da obra em si, do texto do livro, só poderá ser efetivado dentro das premissas expressas da lei. Por isso, embora numa primeira análise ao leigo possa parecer razoável, não é facultado ao proprietário do livro copiar seu conteúdo na íntegra para revenda. Afinal, nesse caso não se trata de uso do bem material “livro”, mas sim uso do bem intelectual (texto) que o livro contém.

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

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

Mesmo que se trate de um quadro, em que a obra estará indissociavelmente ligada a seu suporte físico, a alienação do bem material não confere a seu adquirente direitos sobre a obra em si, de modo que ao proprietário do quadro não será facultado, a menos que a lei ou o contrato com o autor da obra assim preveja, reproduzir a obra em outros exemplares.

Não só na construção jurídica os direitos autorais (bem como os demais direitos de propriedade intelectual) distinguem-se dos direitos de propriedade. Há aspectos relevantes de natureza econômica e mercadológica. Nesse ponto, importante fazer referência à teoria do *market failure* a que a doutrina, especialmente americana, vem se dedicando nos últimos anos.

Supõe-se que o mercado seria idealmente capaz de regular as forças econômicas que regem a oferta e a demanda, de modo que o próprio mercado se encarregaria de providenciar a distribuição natural dos

---

tíveis de reapropriação, tanto pelos custos mais elevados para a transmissão dos bens quanto na particularidade de que bens intelectuais alimentam a criação de novos bens intelectuais e que sua disseminação deve ser incentivada. No original, lê-se: “*the law treats the abandonment of intellectual property differently. Once it is abandoned, it becomes part of the public domain and property rights cannot be obtained in it. The difference in legal treatment is explicable by reference not only to the higher transaction costs of intellectual compared to physical property, but also to the traditional emphasis on the role of intellectual property rights in providing incentives to create such property. Once it has been created and abandoned, there is no felt need, from the standpoint of incentivizing, to allow its reapropriation*”. LANDES, William M. e POSNER, Richard A. ***The Economic Structure of Intellectual Property Law***. Harvard University Press, 2003. p. 32.

recursos existentes e dos proveitos a serem auferidos. No entanto, essa regra não se verifica nos casos em que se trata de propriedade intelectual, conforme os motivos aduzidos por Denis Borges Barbosa:<sup>21</sup>

No entanto, existe um problema: a natureza dos bens imateriais, que fazem com que, em grande parte das hipóteses, um bem imaterial, uma vez colocado no mercado, seja suscetível de imediata dispersão. Colocar o conhecimento em si numa revista científica, se não houver nenhuma restrição de ordem jurídica, transforma-se em domínio comum, ou seja, ele se torna absorvível, assimilável e utilizável por qualquer um. Na proporção em que esse conhecimento tenha uma projeção econômica, ele serve apenas de nivelamento da competição. Ou, se não houver nivelamento, favorecerá aqueles titulares de empresas que mais estiverem aptos na competição a aproveitar dessa margem acumulativa de conhecimento.

Mas a desvantagem dessa dispersão do conhecimento é que não há retorno na atividade econômica da pesquisa. Conseqüentemente, é preciso resolver o que os economistas chamam de falha de mercado, que é a tendência à dispersão dos bens imateriais, principalmente aqueles que pressupõem conhecimento, através de um mecanismo jurídico que crie uma segunda falha de mercado, que vem a ser a restrição de direitos. O direito torna-se indisponível, reservado, fechado, o que naturalmente tenderia à dispersão.

Em suma, uma vez efetivada a transmissão de um bem móvel qualquer,<sup>22</sup> o novo proprietário poderá exercer sobre o bem adquirido todas as faculdades inerentes à propriedade, havendo total despreendimento do bem quanto a seu titular original.<sup>23</sup>

Por outro lado, aquele que adquire um bem material que contém obra protegida por direito autoral (uma obra de artes plásticas, por exemplo), poderá exercer as faculdades da propriedade sobre o bem material, mas não sobre o bem intelectual, exceto no que a lei permitir, ou por previsão contratual. Além disso, jamais deixará de existir o vínculo entre autor e obra, pois ainda que o original da obra seja alienado e ainda que venha a ser destruído, o autor terá resguardado os seus

21 BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. Cit., pp. 71-72

22 Conforme artigo 1.226 do Código Civil, "os direitos reais sobre coisas móveis, quando constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com a tradição".

23 Exceto, pode-se afirmar, quanto às responsabilidades advindas por ato ilícito.

direitos morais que prevêm, inclusive e entre outros, o direito de ter seu nome indicado ou anunciado como autor da obra.<sup>24</sup>

Finalmente, como o mercado não é capaz de regular eficientemente a oferta das obras intelectuais, é indispensável a intervenção estatal a fim de se garantir a continuidade de investimentos. Afinal, se um agente do mercado investe no desenvolvimento de determinada tecnologia que, por suas características, resulta em altos custos de investimento mas facilidade de cópia, o mercado será insuficiente para garantir a manutenção do fluxo de investimento.<sup>25</sup>

Estas questões se tornam muito mais complexas quando tratadas no âmbito da *internet*. Já vimos que sobre as obras disponíveis na *internet* incidem os mesmos princípios previstos na LDA. Entretanto, em razão das peculiaridades do mundo digital, algumas considerações adicionais são absolutamente relevantes.

Quando, no mundo físico, A é proprietário de um carro, isso impede B de sê-lo, simultaneamente com A, exceto numa situação de condomínio. Mas ainda assim, se A estiver usando o carro de que é proprietário, isso impede B de usar autonomamente, ao mesmo tempo, o mesmo carro. Isso significa que, no mundo físico, palpável, existe uma escassez de bens, o que equivale a dizer que a utilização de um bem por alguém normalmente impedirá a utilização simultânea deste mesmo bem por outrem.

Dessa forma, se C furta o carro de A, A descobrirá o furto rapidamente porque o furto o impedirá de usar seu próprio carro. A provavelmente reportará o furto e tomará as medidas necessárias à recuperação do carro. Mas o mesmo não ocorre com a propriedade intelectual. Se C reproduz o trabalho intelectual de A, A poderá não descobrir essa reprodução não autorizada por um longo tempo (ou talvez, nunca) porque a reprodução por parte de C não o impede de usar seu próprio trabalho.<sup>26</sup> Além disso, a reprodução pode ocorrer em outro estado ou país.<sup>27</sup>

Esse sempre foi o grande dilema da propriedade intelectual.<sup>28</sup> Daí, inclusive, surgiu a preocupação de se obter sua proteção internacional,

24 Art. 24, I, da LDA.

25 BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. Cit., pp. 71-72

26 Por isso, os bens de propriedade intelectual são chamados pela doutrina de "não rivais", pois o uso por uma pessoa não impede o uso do mesmo bem, ao mesmo tempo, por outra.

27 LANDES, William M. e POSNER, Richard A. **The Economic Structure of Intellectual Property Law**. Cit., pp. 18-19

28 Thomas Jefferson teria dito, a respeito da diferença entre a natureza das idéias e dos bens materiais, que sua característica peculiar, a respeito das idéias, é que ninguém a



o que acarretou o surgimento dos primeiros tratados internacionais, versando, como era de se imaginar, sobre a matéria.

Pode-se dizer que a Revolução Industrial desencadeou uma primeira e necessária regulamentação dos direitos de propriedade intelectual, conforme se depreende das palavras de Maristela Basso:<sup>29</sup>

Foi preciso que as novas idéias trazidas pela Revolução Francesa se associassem ao processo de industrialização em curso na Europa, para que os inventos e as marcas assumissem seu verdadeiro papel na história do Direito e internacional.

Os inventores e criadores se deram conta de que o reconhecimento e a proteção dos direitos de propriedade industrial, no âmbito dos direitos internos, não eram suficientes. As legislações de alguns países os protegiam, muitas vezes, de forma diversa; outras sequer reconheciam esses direitos. As criações imateriais são transnacionais, cosmopolitas, não podendo ser contidas, cristalizadas, encapsuladas, dentro das fronteiras de um Estado.

Era preciso criar um direito internacional para a propriedade industrial que harmonizasse e unificasse regras de conflitos de leis e regras comuns de direito material.

No entanto, estamos diante de conflitos ainda mais graves. No mundo digital, não apenas o trabalho intelectual pode ser copiado sem que seu titular se aperceba do fato (o que torna ainda mais evidente a “falha do mercado”, que vimos anteriormente), como muitas vezes não será possível distinguir o original da cópia. Com um agravante particularmente preocupante: as cópias podem, a rigor, ser feitas às centenas, em pouco tempo e a um custo reduzido.

Eduardo Lycurgo Leite assim se expressa sobre o tema:<sup>30</sup>

Enquanto todas as tecnologias de reprodução mais avançadas (fotocópia, som e vídeo, etc.) apresentam uma ameaça aos detentores de Direitos de Autor, as mídias digitais representam uma ameaça aterrorizante, em muito maior escala do que aquela

---

possui menos, pois cada um a possui integralmente. No original, citado por Ronald Bettig, lê-se que “*its peculiar characteristic, too, is that no one possesses the less, because every other possesses the whole of it*”. BETTIG, Ronald V. **Copyrighting Culture – The Political Economy of Intellectual Property**. Westview Press. Boulder, 1996. p. 79.

29 BASSO, Maristela. **O Direito Internacional da Propriedade Intelectual**. Cit., p. 73.

30 LEITE, Eduardo Lycurgo. **Direito de Autor**. Brasília: Brasília Jurídica, 2004. pp. 215-216.

oriunda da tecnologia analógica, aos mesmos detentores de Direitos de Autor, pois a mesma tecnologia necessária para o uso da obra digital também pode ser utilizada para produzir um número ilimitado de cópias “perfeitas” de tal obra.

(...)

Uma cópia digital é uma cópia potencialmente perfeita que tem qualidade idêntica ao original e de uma cópia digital pode-se fazer quantas gerações de cópias digitais se desejar, sendo que todas as gerações terão a mesma qualidade e capacidade do original, salvo se ocorrer algum problema no processo de leitura eletrônica da obra (cópia).

É evidente que a “ameaça aterrorizante” a que se refere o autor diz respeito ao uso ilegítimo e pernicioso das obras protegidas por direitos autorais e disponíveis na *internet*, e não deve ser considerada para designar, genericamente, qualquer uso potencial de obras constantes da rede.

É portanto evidente que estamos diante de novos paradigmas, novos conceitos e novos desafios doutrinários e legislativos. Dessa forma, “se a propriedade intelectual forjada no século XIX passa a apresentar sérios problemas de eficácia quando nos deparamos com a evolução tecnológica, não cumpre apenas ao jurista apegar-se de modo ainda mais ferrenho aos seus institutos como forma de resolver o problema, coisa que a análise jurídica tradicional parece querer fazer”.<sup>31</sup>

Faz-se necessário, ainda, expormos duas palavras a respeito de aspectos econômicos contemporâneos referentes aos bens intelectuais.

O custo de produção de um livro<sup>32</sup> pode ser compreendido pela conjunção de dois componentes. O primeiro é o custo de criação do trabalho. Naturalmente, esse valor não decorre do número de exemplares editados ou vendidos, já que diz respeito ao tempo gasto pelo autor para escrever o livro mais os gastos do editor com o preparo da edição. Landes e Posner chamam a estes custos de “custos de expressão”. O segundo componente, o custo de produção dos exemplares, aumenta com o número de cópias que se pretende editar, incluídos os custos de impressão, encadernação e distribuição.<sup>33</sup>

31 LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura**. Cit., p. 13.

32 Naturalmente, tratamos de livro exemplificativamente. O princípio se adequa a qualquer outro bem intelectual.

33 LANDES, William M. e POSNER, Richard A. **The Economic Structure of Intellectual Property Law**. Cit., p. 37. No original, lê-se que “*the cost of producing a book or other expressive work*”

Ora, numa sociedade globalizada em que, por meio da *internet*, tornou-se potencialmente acessível toda e qualquer obra digital que, independentemente de seu custo agregado de produção, pode ser reproduzida a um custo ínfimo e com cópias de grande qualidade, realmente é necessário que se repense a disciplina dos direitos autorais. Surge, à evidência, uma forma de propriedade muito mais volátil do que aquela a que estávamos acostumados e, em razão de suas peculiaridades e das novas perguntas que enseja, novas respostas devem ser elaboradas.

Com a eloqüência dos números já apresentados referentes à indústria do entretenimento,<sup>34</sup> não há que se hesitar em dizer: o direito autoral serve, atualmente, sobretudo à indústria do entretenimento, aos grandes conglomerados de comunicação, às multinacionais produtoras de diversão. Se beneficiam por acaso o autor desconhecido, o músico incipiente, o artista plástico dos rincões do país, não será senão por uma feliz coincidência.

Alguns exemplos são relevantes.

Nos Estados Unidos, o prazo original de proteção de direitos autorais era de 14 (catorze) anos e foi sendo progressivamente acrescido até chegar aos 70 (setenta) anos contados da morte do autor,<sup>35</sup> que é, a propósito, o nosso prazo atual de proteção.<sup>36</sup>

---

(...) has two components. The first is the cost of creating the work. We assume that it does not vary with the number of copies produced or sold, since it consists primarily of the author's time and effort plus the cost to the publisher of soliciting and editing the manuscript and setting it in type. Consistent with copyright usage, we call the sum of these costs the 'cost of expression'. It is, to repeat, a fixed cost. The second component, the cost of producing the actual copies, increases with the number of copies produced, for it is the cost of printing, binding, and distributing individual copies. It is thus a variable cost".

34 E outros podem ser adicionados. Segundo o *website* Consulto Jurídico, a indústria do entretenimento cresce vertiginosamente no mundo todo. Segundo previsão feita pela consultoria PricewaterhouseCoopers, em 2008 o faturamento mundial dos negócios voltados para o mercado da diversão deve atingir US\$ 1,8 trilhão — US\$ 500 bilhões a mais do que em 2004. Disponível em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/40657,1>. Acesso em 08 de janeiro de 2006.

35 "Nos Estados Unidos, o período de proteção é de fato bastante longo: a vida do autor mais 70 anos, ou no caso de obras 'sob encomenda' ou de autores anônimos, 95 anos contados da data de publicação ou 120 anos da data de criação, o que for mais curto". No original, lê-se que "*In the United States, the period protected by copyright is very long indeed: the life of the creator plus 70 years, or in the case of works made 'for hire' or by creators who are not identified, 95 years from the date of publication or 120 years from the creation, whichever is shorter*". ST. LAURENT, Andrew M. **Understanding Open Source and Free Software Licensing**. Sebastopol: O'Reilly, 2004. p. 1.

36 Art. 41 da LDA: Os direitos patrimoniais do autor perduram por 70 anos, contados de 1<sup>a</sup> de janeiro do ano subsequente ao seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil.

Entretanto, em 1998, o Congresso norte-americano aprovou uma lei que prorrogou por outros 20 (vinte) anos o já extenso prazo anterior, em decorrência, sobretudo, da pressão de grupos de mídia como a Disney, que estava prestes a perder o Mickey Mouse para o domínio público. Assim, “o ratinho Mickey, que cairia em domínio público em 2003, ganhou uma sobrevida no cativado por mais 20 anos. E com ele levou a obra de George Gershwin e todos os outros bens culturais que teriam caído em domínio público não fosse a mudança na lei”.<sup>37</sup>

É evidente que o excesso de zelo com os direitos autorais pode se voltar também contra a indústria, e criar a necessidade de se estruturar um verdadeiro emaranhado de licenças e autorizações quando da realização de um filme, por exemplo. Nesse sentido, Lawrence Lessig, diante de tantas imposições da indústria cinematográfica norte-americana com relação ao *clearing*<sup>38</sup> de direitos autorais na produção de um filme, afirma que um jovem cineasta estaria livre para realizar um filme desde que em uma sala vazia, com dois de seus amigos.<sup>39</sup>

De maneira alguma, os direitos autorais devem existir apenas para beneficiar as engrenagens da indústria do entretenimento. Não é para beneficiar um grupo seletivo que se pode restringir o desenvolvimento e o acesso à cultura. Por isso, ainda que a supremacia da indústria cultural seja uma realidade, o sistema protetivo de direitos autorais deve se prestar a abranger toda e qualquer obra criativa que nele se insira, independentemente de sua qualidade ou magnitude.<sup>40</sup>

---

37 LEMOS, Ronaldo. A Revolução das Formas Colaborativas. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 18 de abril de 2004. Caderno Mais, p. 10.

38 Denomina-se *clearing* o ato de se obter todas as licenças necessárias ao uso de obras de terceiros que apareçam no filme, ainda que incidentalmente, de modo a evitar possíveis transtornos na exibição da obra. “Os Doze Macacos”, filme de 1995, dirigido por Terry Gilliam, teve sua exibição suspensa judicialmente porque um artista afirmou que era exibida no filme uma cadeira cujo desenho era de sua autoria. LESSIG, Lawrence. **The Future of Ideas**. New York: Random House, 2001. p. 4.

39 No original, lê-se que “*I would say to an 18-year-old artist, you’re totally free to do whatever you want. But – and then I would give him a long list of all the things that he couldn’t include in his movie because they would not be cleared, legally cleared. That he would have to pay for them. [So freedom? Here’s the freedom]: You’re totally free to make a movie in an empty room, with your two friends*”. LESSIG, Lawrence. **The Future of Ideas**. Cit., p. 5.

40 O site [www.oglobo.com](http://www.oglobo.com) publicou, em 27 de agosto de 2004, nota informando que um faxineiro da Tate Gallery, renomada galeria de artes de Londres, havia jogado fora um saco que fazia parte de uma instalação porque pensou que se tratasse de lixo. Na verdade, o saco de lixo transparente, cheio de jornais, papelão e outros pedaços de papel, era parte de um trabalho do artista alemão Gustav Matzger. Disponível em <http://oglobo.globo.com/online/plantao/145638905.asp>. Acesso em 27 de agosto de 2004.

Não é, entretanto, a efetivação da anteriormente referida “aterro-  
rizante” ameaça que fará desaparecer o direito de autor, muito menos  
minar a produção intelectual. Mesmo antes de haver leis protetoras  
dos direitos autorais, havia larga produção de obras intelectuais,  
sendo que aos autores era permitido se valerem muito mais das obras  
alheias para criar as suas, já que praticamente tudo encontrava-se em  
domínio público.

Entendemos que o meio termo deve ser buscado. Em princípio, e  
em linhas gerais, os direitos autorais têm a nobre função de remunerar  
os autores pela sua produção intelectual. De contrário, os autores  
teriam que viver, em sua maioria, subsidiados pelo Estado, o que tor-  
naria a produção cultural infinitamente mais difícil e injusta.

Por outro lado, os direitos autorais não podem ser impeditivos ao  
desenvolvimento cultural e social. Conjugando os dois aspectos, numa  
economia capitalista, globalizada e, não bastasse, digital, é função  
árdua a que devemos, entretanto, nos dedicar.

É na interseção dessas premissas, que devem abrigar ainda os  
interesses dos grandes grupos capitalistas e dos artistas comuns do  
povo, bem como dos consumidores de arte, qualquer que seja sua ori-  
gem, que temos que acomodar as particularidades econômicas dos  
direitos autorais e buscar sua função social.

## 2.2. Limitações aos direitos autorais e o problema da cópia privada

No mundo das idéias, a velha máxima de Lavoisier<sup>41</sup> parece se  
concretizar de maneira particularmente profícua. A cultura se auto-ali-  
menta, de modo que cada composição artística só é possível na medi-  
da em que absorve uma série de influências (muitas vezes inconscien-  
tes por parte de seu autor) do repositório natural existente ao alcance  
de todos.<sup>42</sup>

41 Antoine Laurent Lavoisier (1743-1794), considerado o pai da química, deduziu a célebre  
lei de conservação da matéria: “na natureza, nada se cria, nada se perde, tudo se trans-  
forma”. Disponível em [http://216.239.51.104/search?q=cache:n\\_CGFLYxbkgJ:www.fem.unicamp.br/~em313/paginas/person/lavoisie.htm+lavoisier+tudo+se+transforma&hl=pt-BR](http://216.239.51.104/search?q=cache:n_CGFLYxbkgJ:www.fem.unicamp.br/~em313/paginas/person/lavoisie.htm+lavoisier+tudo+se+transforma&hl=pt-BR). Acesso em 08 de Janeiro de 2006.

42 Interessantes observações são feitas por Landes e Posner com relação ao uso, por parte  
de autores famosos, de obras preexistentes: O efeito do direito autoral nos autores de  
obras subseqüentes requer especial ênfase. Criar um novo trabalho envolve pegar  
emprestado ou criar a partir de trabalhos anteriormente existentes, bem como adicionar

É célebre a afirmação de Northrop Frye de que “poesia só pode ser feita a partir de outros poemas e romances a partir de outros romances”.<sup>43</sup> São infindáveis os exemplos de autores que se valeram de obras precedentes para criar as suas. Na verdade, raros seriam os exemplos de autores que fossem absolutamente originais. Se consideramos com rigor o sentido de originalidade, pode-se chegar ao ponto de não se conceber um único exemplo sequer.

---

expressão original a eles. Um novo trabalho de ficção, por exemplo, conterà a contribuição do autor mas também personagens, situações, detalhes etc. que foram inventados por autores precedentes. (...) Um tratado de direitos autorais, ao aplicar o teste de ‘substancial similaridade’ que muitos tribunais usam, concluiria que ‘Amor Sublime Amor’ infringiria os direitos sobre “Romeu e Julieta” se este estivesse protegido por direitos autorais. Sendo assim, então ‘Medida por Medida’ infringiria os (hipotéticos) direitos de uma peça Elizabetana, ‘Promos e Cassandra’; o romance ‘Na Época do Ragtime’, de Doctorow, infringiria os direitos de Heirich von Kleist sobre seu romance Michael Kohlhaas; e o próprio ‘Romeu e Julieta’ infringiria a obra de Arthur Brooke, ‘A Trágica História de Romeu e Julieta’, publicada em 1562 e que, por sua vez, infringiria a história de Ovídio sobre Pyramus e Thisbe – que em ‘Sonhos de uma Noite de Verão’ Shakespeare encenou como a peça dentro da peça; outra infração dos ‘direitos autorais’ de Ovídio. Estivesse o Velho Testamento protegido por direitos autorais, então ‘Paráiso Perdido’ o teria infringido, bem como o romance de Thomas Mann, ‘José e Seus Irmãos’. Ainda pior: no caso de autores antigos, como Homero e os autores do Velho Testamento, não temos como saber suas fontes e assim não sabemos até que ponto eram tais autores originais e até que ponto eram copiadores”. No original, lê-se que “*Copyright’s effect on subsequent producers of intellectual property requires particular emphasis. Creating a new expressive work typically involves borrowing or building on material from a prior body of works, as well as adding original expression to it. A new work of fiction, for example, will contain the author’s expressive contribution but also characters, situations, plot details, and so forth that were invented by previous authors. (...) An influential copyright treatise, applying the test of ‘substantial similarity’ that many courts use, concludes that West Side Story would infringe Romeo and Juliet if the latter were copyrighted. If so, then Measure for Measure would infringe the (hypotetical) copyright on an earlier Elizabethan play, Promos and Cassandra; Doctorow’s novel Ragtime would infringe Heirich von Kleist’s novella Michael Kohlhaas; and Romeo and Juliet itself would have infringed Arthur Brooke’s The Tragicall Historye of Romeo and Juliet, published in 1562, which in turn would have infringed Ovid’s story of Pyramus and Thisbe – which in a Midsummer Night’s Dream Shakespeare staged as a play within the play: another infringement of Ovid’s ‘copyright’. Had the Old Testament been under copyright, Paradise Lost would have infringed it, as would Thomas Mann’s novel Joseph and His Brothers. There is worse: in the case of ancient authors, like Homer and the authors of the Old Testament, we do not know their sources and therefore do not know to what extent these authors were originals and to what extent they were copiers*”. LANDES, William M. e POSNER, Richard A. **The Economic Structure of Intellectual Property Law**. Cit., pp. 66-67.

43 No original, lê-se: “poetry can only be made out of other poems; novels out of other novels”. Citado em ROSE, MARK. **Authors and Owners – The Invention of Copyright**. Harvard University Press, 1993. p. 2 e em LANDES, William M. e POSNER, Richard A. Cit., p. 60.

Isso ocorre porque é inevitável que todos os autores são, ainda que inconscientemente, influenciados por outros autores. Por isso, é impensável, nos dias de hoje, um livro que narre uma história que jamais tenha sido, ainda que parcialmente, contada antes. Dirão alguns, inclusive, que os grandes temas são limitados e já foram todos esgotados.

No entanto, já não mais vigora o princípio de que qualquer autor pode se valer ilimitadamente das demais obras disponíveis e a seu alcance. Em razão especialmente da importância econômica do direito autoral, a lei concederá a seu autor um direito vitalício e, no caso do Brasil, por mais 70 anos contados do ano seguinte ao de sua morte, durante o qual ninguém poderá usar sua obra sem autorização. Do contrário, haveria um verdadeiro desestímulo à criação. Como visto, a criação é onerosa. Sendo a reprodução tolerada sem restrições, o aproveitamento econômico da obra poderia ser prejudicado.<sup>44</sup>

Porém, da mesma forma que não é possível permitir o livre e irrestrito uso das obras alheias na elaboração de novas obras, também não é possível vetar de modo absoluto todo e qualquer uso da obra de terceiros, já que esse extremo impediria, de maneira muito mais acentuada e perniciosa, o desenvolvimento social.<sup>45</sup> Vê-se, portanto, que “existem dois interesses legítimos [a] que o legislador deve estar atento, o do autor da obra, que deve ser protegido e remunerado por sua criação e, por outro lado, o da sociedade, objetivando atingir sua função social”.<sup>46</sup>

Por esse motivo, e visando justamente a encontrar o equilíbrio entre os interesses que devem ser tutelados, a LDA prevê os casos em que o a obra, ainda que protegida por direitos autorais, poderá ser utilizada inde-

44 Não afirmamos aqui que o aproveitamento seria *necessariamente* prejudicado uma vez que são diversos os exemplos de negócios bem sucedidos a partir da total ausência de proteção às obras. Podemos citar o techno-brega de Belém do Pará, que surgiu a partir da cópia indiscriminada de CDs, e o cinema nigeriano, que produz cerca de 2.000 filmes por ano e dispensa proteção autoral, já que a distribuição ao público é feita a preços tão baixos que não compensa haver contrafação.

45 Afinal, é possível conceber-se a criação intelectual num mundo livre em que todos estivessem aptos a copiar as obras alheias, pois sempre haveria aqueles que estariam dispostos a criar sem dar importância a eventuais contrafatores. No entanto, o desenvolvimento cultural estaria definitivamente impedido se fosse ilegal o aproveitamento, ainda que ínfimo, de obras de terceiros, já que isso impediria inclusive a citação, o que tornaria ilícito inclusive trabalhos como este. É evidente que trata-se aqui da análise de dois extremos a que nos referimos apenas *ad argumentandum*.

46 JUNDI, Maria Elaine Rise. Das Limitações aos Direitos Autorais. **Revista de Direito Autoral** – Ano I – Número I, agosto de 2004. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 175.

pendentemente de autorização do autor. Não há que se confundir com os casos em que não há proteção sobre a obra, como aqueles a que se refere o artigo 8º da LDA. De acordo com Eliane Y. Abrão,<sup>47</sup> haveria portanto distinção entre os casos de isenção e de imunidade. Vejamos:

Dentro do universo de obras intelectuais, encontramos as que são protegidas pelos direitos de autor, e as que não são. Partindo do campo das obras protegidas, veremos que, em alguns casos excepcionais, e por expressa disposição legal, o uso parcial ou integral delas independe da prévia e expressa autorização de seu criador, como é regra nesse instituto. Fora do campo das obras protegidas, não há que se falar em autorização prévia, não pelas exceções, mas em função da própria natureza dessas obras. O primeiro grupo forma o campo das isenções ao princípio da autorização prévia, e o segundo, o das imunidades.

Uma vez que a doutrina parece entender que não há um direito natural às criações intelectuais (conforme visto anteriormente), é fácil observar que os casos de isenções (para usarmos a terminologia da autora citada) são uma questão de política legislativa e não se encontram restringidos senão por tratados internacionais.<sup>48</sup> Competirá ao legislador, portanto, definir em que medida os direitos autorais serão limitados pela lei.

Podemos afirmar que o fundamento das limitações aos direitos autorais encontra-se exatamente no art. 5º, XXIII, da Constituição Federal, que prevê a função social da propriedade.<sup>49</sup> Afinal, será em

<sup>47</sup> ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. Cit., p. 145.

<sup>48</sup> A Convenção de Berna prevê em seu art. 10, §1º, por exemplo, que são lícitas as citações tiradas de uma obra já licitamente tornada acessível ao público, que sejam conformes aos bons usos e na medida justificada pela finalidade a ser atingida. Mais adiante, no §3º do mesmo artigo, prevê-se que as citações e utilizações mencionadas serão acompanhadas pela menção da fonte e nome do autor, se este não figurar na fonte. Tais previsões encontram respaldo na própria Convenção de Berna, art. 9º, §2º, que determina que será regida pela *lex fori* a permissão de reprodução das obras em casos especiais, contanto que não afete a exploração normal da obra nem cause prejuízo injustificados aos interesses legítimos do autor. BASSO, Maristela. **O Direito Internacional da Propriedade Intelectual**. Cit., p. 94. Nesse caso, a lei dos países signatários da Convenção devem conter limitação semelhante, sem prejuízo de outras limitações que venham a ser impostas pelas legislações nacionais,

<sup>49</sup> Nesse sentido, ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. As Limitações ao Direito do Autor na Legislação Autoral Brasileira. **Revista de Direito Autoral** – Ano I – Número II, fevereiro de 2005. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 13.



razão do exercício de sua função social que o legislador delimitará o uso do direito autoral por parte de seus titulares.

Pode-se dizer que as limitações aos direitos autorais são autorizações legais para o uso de obras de terceiros, protegidas por direitos autorais, independentemente de autorização dos detentores de tais direitos. E uma vez que a regra é impedir a livre utilização<sup>50</sup> das obras sem consentimento do autor, as exceções previstas pela LDA em seu artigo 46<sup>51</sup> são interpretadas como constituindo rol taxativo.<sup>52</sup>

---

50 Fala-se em utilização de modo amplíssimo, incluindo-se, neste conceito, até mesmo o uso privado da íntegra da obra por parte de terceiros, ainda que sem qualquer intuito de lucros.

51 Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

I - a reprodução:

a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos;

b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza;

c) de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros;

d) de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários;

II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro;

III - a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra;

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

V - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização;

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

VII - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa;

VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

52 Nesse sentido, entre outros, ABRÃO, Eliane Y.. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. Cit., p. 146.

Ocorre que, como veremos, no mundo digital, as limitações que a LDA elenca são insuficientes para abarcar, no ambiente virtual da *internet*, **o modo como boa parte de seus usuários vem fazendo uso de obras de terceiros**. Não obstante, é fundamental conhecermos quais são as limitações e qual a extensão de sua aplicabilidade para podermos melhor delinear as necessidades de mecanismos alternativos que possibilitem o uso de obras alheias na *internet*.

O denominador comum das limitações indicadas no art. 46 da LDA é evidentemente o uso não comercial da obra. Concomitantemente a esse requisito, a lei valoriza o uso com caráter informativo, educacional e social.

Assim é que vamos encontrar, em pelo menos três incisos do art. 46 (I, “a”, III e VI), a autorização de uso da obra com finalidade informativa, para fins de discussão ou ainda, no caso específico de obra teatral, que venha a ser usado com propósitos didáticos.

Entende-se, nesses casos, que a informação em si (inciso I, “a”) não é protegida por direitos autorais e que a comunidade tem direito à livre circulação de notícias.<sup>53</sup> Além disso, o direito de citação para fins de estudo, crítica ou polêmica (inciso III) é fundamental para o debate cultural e científico de qualquer sociedade. Sobre esse aspecto, observe-se que o art. 33 da LDA proíbe que se reproduza na íntegra obra que não pertença ao domínio público, a pretexto de anotá-la, comentá-la ou melhorá-la, podendo-se, entretanto, publicar os comentários em separado.

A autorização decorrente do uso não comercial da obra em si, ainda que possa haver finalidade comercial transversa, respalda o uso da obra de acordo com os incisos V e VIII do multicitado art. 46.

Dessa forma, é possível um estabelecimento comercial que venda eletrodomésticos valer-se de obra protegida por direito autoral, independentemente de autorização dos seus titulares, para promover a venda de aparelhos de som, televisores ou aparelhos de vídeo cassete ou DVD, por exemplo.

Da mesma forma, o art. 46 (inciso VIII) permite o uso de obra protegida desde que esse uso se restrinja a pequenos trechos (exceto quanto a obras de artes plásticas, quando a reprodução poderá ser integral) desde que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique o uso comercial da obra reproduzida. Não se veda aqui, portanto, que a nova obra seja comercializada. O que não pode é a obra citada ter **sua** exploração comercial prejudicada.

<sup>53</sup> ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. Cit., p. 146.

Outro parâmetro utilizado pela LDA para limitar os direitos autorais de seus titulares é o autor valer-se de sua obra publicamente ou que haja, no caso, interesse público. Assim é que não constitui ofensa aos direitos autorais a reprodução de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza (inciso I, “b”)<sup>54</sup> e o apanhado de aulas ministradas em estabelecimento de ensino, vendendo-se neste caso, expressamente, sua publicação total ou parcial sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou.<sup>55</sup>

Há que se mencionar o caráter altruísta do inciso I, “d”, do art. 46, que prevê a possibilidade de reprodução, sem que esta constitua ofensa aos direitos autorais, de obras literárias, artísticas e científicas para uso exclusivo de deficientes visuais. A condição imposta pela lei, entretanto, é, mais uma vez, que a reprodução seja feita sem finalidade comercial.

Da mesma forma, sem finalidade comercial, mas respaldado por forte interesse público, será o uso de obras literárias, artísticas e científicas para produzir prova em juízo,<sup>56</sup> autorizado nos termos do inciso VII do art. 46.

Observe-se que em alguns casos, a lei não exige que a obra seja utilizada parcialmente, autorizando-se sua exibição integral (incisos I, letras “a” e “b”, V e VI), de modo que não podemos considerar que o uso integral da obra por parte de terceiros, sem autorização do autor, seja integralmente vetado por nosso ordenamento. Embora seja verdade que o uso parcial da obra seja requisito indispensável em outros casos (incisos II, III e VIII).<sup>57</sup>

---

54 Este é um típico caso de decisão por política legislativa. A lei poderia restringir o uso dos discursos àqueles proferidos por pessoas em exercício de cargo público. Dessa forma, os discursos do Presidente da República ou dos membros do Congresso seriam – como são – passíveis de reprodução na íntegra, uma vez que sobre eles não haveria a incidência dos direitos autorais. Mas a lei poderia ter excluído da limitação, ou seja, ter protegido por direitos autorais, os discursos proferidos por pessoas não exercentes de cargos públicos, como, em regra, os cientistas agraciados com prêmios ou os eleitos para a Academia Brasileira de Letras. No entanto, o legislador, tendo por parâmetro o fato de o discurso ter sido proferido em cerimônia pública – e esse requisito é inafastável – preferiu privilegiar o acesso à informação e optou por excluir da proteção dos direitos autorais qualquer discurso pronunciado em reunião pública de qualquer natureza, sem fazer distinção.

55 Visava a lei, neste caso, a impedir o comércio ilegal de apostilas, sem a autorização do professor que tivesse ministrado as aulas.

56 Caso interessante é o de saber se a obra ainda inédita poderá ser levada a juízo para cumprir com o disposto no inciso VII citado, uma vez que o direito de inédito é direito moral do autor.

57 A respeito do art. 46, Newton Silveira classifica as hipóteses de limitação dos direitos autorais de acordo com o seguinte critério: “O direito à informação (de interesse público) se acha expresso no inc. I, a, b e d. O direito de acesso à cultura (também de interesse público) se encontra nos incs. II, III, IV e VIII. O direito à Justiça encontra amparo no inc.

No entanto, o inciso mais polêmico do art. 46, e o que mais nos interessa para o âmbito deste trabalho, é aquele que dispõe 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 (art. 46, II).<sup>58</sup> Dele nos ocuparemos mais adiante.

Além dos casos especificados no art. 46, a LDA prevê, ainda, a liberdade de paráfrases e paródias<sup>59</sup> que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito, bem como da representação de obras permanentemente situadas em logradouros públicos por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais.<sup>60</sup>

Um caso interessante envolveu o conceito de originalidade e de paródia, tendo sido apreciado pelos tribunais franceses.

Imagine-se esta história: jovem e corajosa mulher de temperamento forte vê sua juventude interrompida pela guerra que explode e divide seu país. Apaixona-se por um homem que não pode ter e enfrenta os sabores da guerra tendo que cuidar de uma jovem frágil que engravida

---

VII (bem como no inc. IV do art. 8º). Exceção ao direito de reprodução se acha em c do inc. I (retrato feito sob encomenda – aspecto privado), e ao direito de representação e execução no recesso familiar ou nos estabelecimentos de ensino (VI). Até ao direito ao humor excepciona o direito autoral (art. 47)". SILVEIRA, Newton. Os Direitos Autorais e as Novas Tecnologias da Informação Conforme a Lei n. 9.610, de 1998. **Revista de Direito Autoral – Ano II – Número III**, agosto de 2005. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 12.

58 Em adição à nota anterior, neste passo Newton Silveira comenta: "Destaque-se que o inc. II limita o direito de cópia privada a pequenos trechos, o que merece ser repensado" (grifos do autor). SILVEIRA, Newton. Os Direitos Autorais e as Novas Tecnologias da Informação Conforme a Lei n. 9.610, de 1998. Cit., p. 12.

59 Há evidências de paródias que datam da Idade Antiga. "A Batalha dos Sapos e Ratos" ("The Battle of Frogs and Mice") é uma paródia grega ao clássico "A Ilíada". LANDES, William M. e POSNER, Richard A. **The Economic Structure of Intellectual Property Law**. Cit., p. 147.

60 Interessante caso foi noticiado pelo jornal Folha de São Paulo no dia 19 de setembro de 2004 em matéria intitulada "Quanto vale o Cristo?". De acordo com a matéria, a família do escultor francês Paul Landowski, criador da estátua do Cristo Redentor, no Rio de Janeiro, estaria questionando o uso comercial da obra. Argumenta-se na reportagem que "toda e qualquer reprodução comercial do Cristo precisa ser autorizada pela família Landowski, pelo menos até a obra cair em domínio público – 70 anos após a morte do escultor, em 1961". Segundo a advogada da ADAGP – associação francesa que desde 1953 administra direitos autorais de artistas franceses, a *mens legis* do art. 48 da LDA significa que "as obras podem ser representadas em pinturas, desenhos e fotografias pessoais, mas sem finalidade comercial". Por outro lado, o subsecretário de turismo do Rio de Janeiro afirmava ser a estátua um patrimônio da cidade do Rio, afirmando ainda: "a população contribuiu na construção da estátua, que até onde sei é de propriedade da arquidiocese do Rio", referindo-se ao fato de ter sido o monumento criado a partir de uma encomenda da arquidiocese. ASSIS, Diego. Quanto Vale o Cristo? São Paulo: Folha de São Paulo, 19 de setembro de 2004. Caderno Ilustrada, p. E 10.

do homem por quem a jovem heroína se apaixonara. Entre invasões de inimigos, explosões e bombardeios, a jovem acaba por se envolver intensamente nos conflitos. Se o leitor acha esta sinopse parecida *demais* com a de "... E O Vento Levou", não está sozinho. Os tribunais franceses também acharam e acabaram condenando a autora da história.

Régine Déforques publicou a trilogia "A Bicicleta Azul" tendo como pano de fundo a II Guerra Mundial e o romance foi grande sucesso de venda tanto na França quanto em outros países, inclusive no Brasil. Ocorre que as semelhanças entre "A Bicicleta Azul" e o famoso e colossal relato de um drama familiar durante Guerra Civil dos Estados Unidos, publicado pela primeira vez em 1936 por Margareth Mitchell, foram tantas que Régine Déforques acabou sendo condenada por plágio pelos detentores dos direitos autorais de "... E O Vento Levou".

Assim se pronunciou o tribunal que decidiu:<sup>61</sup>

Baseado no estudo comparativo entre os 2 (dois) trabalhos, é claro que o que Régine Déforques pegou emprestado do trabalho de Margareth Mitchell e incorporou em "A Bicicleta Azul" é perfeitamente identificável e relaciona-se com os elementos mais importantes do romance da Sra. Mitchell.

Em adição, o tribunal entendeu que Déforques copiara "o argumento, o desenvolvimento da idéia e a progressão da narrativa, características físicas e psicológicas da maioria dos personagens, a relação entre eles, vários personagens secundários, um grande número de situações características, a composição e a expressão de numerosas cenas e momentos dramáticos chave de '...E O Vento Levou'".<sup>62 63</sup>

61 No original, lê-se que: "*Based on a comparative study of the two works, it is clear that what Regine Deforges borrowed from Margaret Mitchell's work and incorporated into The Blue Bicycle is perfectly identifiable and relates to the most important elements of Ms. Mitchell's novel*". Disponível em <http://faculty.uccb.ns.ca/philosophy/115/originality%20page2.htm>. Acesso em 18 de julho de 2004.

62 No original, lê-se que "*The court said Deforges copied the "general intrigue, plot development and narrative progression, the physical and psychological characteristics of the major figures, the relationships between the characters, several secondary characters, a large number of characteristic situations, the composition and expression of numerous scenes and key dramatic moments" of Gone with the Wind.*". Disponível em <http://faculty.uccb.ns.ca/philosophy/115/originality%20page2.htm>. Acesso em 18 de julho de 2004.

63 Posner e Landes dão notícia de uma autêntica paródia de "... E o Vento Levou" que não é, entretanto cômica (característica padrão em se tratando de paródias), chamada "*The Wind Done Gone*", em que o autor da paródia aponta os aspectos racistas da obra origi-

Dessa forma, e mesmo tendo alegado que fizera uma paródia das idéias contidas no livro clássico sobre a Guerra da Secessão americana, Déforges foi obrigada a pagar a quantia de US\$ 333,000.00 (trezentos e trinta e três mil dólares norte-americanos) aos titulares dos direitos autorais da obra considerada plagiada.<sup>64</sup>

Ainda a respeito de limitações aos direitos autorais, é importante mencionar que o direito norte-americano<sup>65</sup> prevê a figura do *fair use*.<sup>66</sup>

---

nal. LANDES, William M. e POSNER, Richard A. **The Economic Structure of Intellectual Property Law**. Cit., p. 149.

64 O artigo extraído da *internet* é esclarecedor e encerra com algumas considerações interessantes: “*The case has been long and complicated because there are few precedents. French law forbids plagiarism, but it does allow pastiche, a centuries-old literary form defined as a humorous take-off or remake of a recognizable original text. Mitchell’s heirs saw nothing funny about The Blue Bicycle, despite Deforges’s repeated assertions that her novel was meant as a pastiche. ‘I know what plagiarism is, and it’s a very bad thing’, Deforges said when the case went to court two years ago. ‘From the beginning The Blue Bicycle was intended to be a pastiche. I never said it was supposed to be anything else’. The court rejected her argument, saying the differences between the two works were ‘undeniably secondary and inoperative, given the extent of their similarities’*”. Em tradução livre, lê-se que “O caso foi longo e complicado porque há poucos precedentes. A Lei Francesa proíbe o plágio, mas autoriza a paródia, forma literária secular definida como imitação humorística de um texto reconhecível. Os herdeiros de Mitchell não viram nada de engraçado a respeito de ‘A Bicicleta Azul’, a despeito das constantes afirmativas de Déforges no sentido de que seu romance era uma paródia. ‘Eu sei o que é plágio e é algo ruim’, disse Déforges quando o caso foi parar na justiça dois anos atrás. ‘Desde o início, ‘A Bicicleta Azul’ era para ser uma paródia. Nunca disse que era para ser algo diferente’. A corte rejeitou seu argumento, dizendo que as diferenças entre os dois trabalhos eram ‘inegavelmente secundárias e irrelevantes, dada a extensão de suas semelhanças’”.

65 No Reino Unido, denomina-se *fair dealing*, embora haja características diferentes. Desde 1911 o *fair dealing* evoluiu para abarcar a cláusula geral característica do *fair use* bem como as especificações legislativas que o fazem aproximar-se do sistema continental europeu e, conseqüentemente, do nosso sistema brasileiro de previsão das condutas não violadoras de direitos autorais. ASCENSÃO, José de Oliveira. O “*Fair use*” no Direito Autoral. **Direito da Sociedade e da Informação – Vol IV**. Coimbra: Coimbra Editores, 2003. p. 95.

66 “O *fair use* é uma exceção ao direito de autor. Foi criado nos Estados Unidos e consiste numa tentativa de tornar legítimo o uso de obras literárias através da *Internet*, desde que sem o intuito de lucro, bastando que certos requisitos sejam observados. O fundamento para esta prática se encontra no princípio de que a veiculação corresponderia a uma finalidade social, e não uma violação dos direitos autorais. Importante frisar que o instituto do *fair use* não foi recepcionado pela legislação brasileira, constituindo apenas uma questão de discussões jurídicas e outras pertinentes. Vale dizer que não obstante o *fair use* não esteja previsto em lei brasileira, o STJ já se pronunciou no sentido de que os shows oferecidos pelos municípios, em que não são cobrados os ingressos, não violam os direitos autorais dos artistas, o que poderíamos chamar de um atípico *fair use* brasileiro”. BLUM, Renato M. S. Opice e ABRUSIO, Juliana Canha. Lemos, Ronaldo e WAISBERG, Ronaldo. (Org.). **Direito Autoral Eletrônico. Conflitos Sobre Nomes de Domínio e**

Pode-se dizer que o *fair use* é uma exceção de que o utente pode se valer ao ser acusado de violação de direitos autorais. Constitui cláusula geral a ser interpretada pelos tribunais sendo que, em 1976, passou a ser estatutário pela integração no título 17 do United States Code.<sup>67</sup>

De acordo com os critérios consagrados na seção 107<sup>68</sup> do título 17 do US Code, na determinação do uso da obra para caracterização do *fair use* são levados em consideração:<sup>69</sup>

- a) *o propósito e natureza do uso, nomeadamente se é comercial ou para fins educativos e não lucrativos*: mas repare-se que este aforamento não é taxativo, porque entram em conta outras ponderações e nenhum critério tem vigor de aplicação automática. De todo o modo, a natureza comercial do uso é um indicador negativo, uma vez que o direito de autor se cifra economicamente num exclusivo de exploração da obra;
- b) *a natureza da obra*: é de se supor que nas obras mais fácticas o âmbito da utilização *fair* seja maior que nas obras mais imaginativas;
- c) *a quantidade e qualidade da utilização relativamente à obra global*: por exemplo, até as citações podem ser postas em causa, se forem de tal modo longas e repetidas que acabem por representar praticamente uma apropriação do conjunto da obra;

---

**Outras Questões Jurídicas da Internet.** Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas e Revista dos Tribunais (co-edição); 2003. p. 297.

67 United States Copyright Act de 1976, que foi seguido por diplomas posteriores, como o *Digital Millenium Copyright Act*.

68 Diz o texto original, na íntegra: § 107: *Limitations on exclusive rights: Fair use. Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106 A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement or copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is fair use the factors to be considered shall include: (1) the purpose and character of the use including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes; (2) the nature of the copyrighted work; (3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and (4) the effect of the use upon the potential market for the value of the copyrighted work. The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.*

69 De acordo com tradução e comentários de José de Oliveira Ascensão. ASCENSÃO, José de Oliveira. O "Fair use" no Direito Autoral. Cit., pp. 95-96

- d) *a incidência da utilização sobre o mercado actual ou potencial da obra*: este é apresentado por alguns como o mais relevante de todos os critérios. (*grifos do autor*)

Observa-se que o sistema norte-americano de previsão do *fair use* em muito se diferencia do sistema europeu. No primeiro, são estabelecidos critérios segundo os quais, de acordo com o uso *concreto* da obra alheia, afere-se se tal uso viola ou não direitos autorais. Já no sistema europeu (que é seguido no Brasil), as limitações são previstas em rol de condutas que a doutrina entende ser taxativa. Ou seja, caso a conduta do agente não se coadune com as permissões expressamente previstas em lei, o uso da obra alheia não será admitido.

José de Oliveira Ascensão aponta as principais distinções entre o sistema norte-americano e o europeu ao dizer que:<sup>70</sup>

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

Mas, sopesando méritos e deméritos, permitimo-nos concluir pela superioridade do sistema norte-americano. Além de não ser contraditório como o europeu, mantém a capacidade de adaptação a novas circunstâncias, em tempo de tão rápida evolução. Pelo contrário, os sistemas europeus tornaram-se organismos mortos. Os Estados perderam a capacidade de criar novos limites, e com isso de se adaptar aos desafios emergentes; já dissemos que os limites são constitutivos do conteúdo dos direitos.

Diante dos termos imprecisos da lei norte-americana, Posner e Landes se valem de uma metáfora para esclarecer como se verifica se o uso de determinada obra caracteriza *fair use*:<sup>71</sup>

<sup>70</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. O "*Fair use*" no Direito Autoral. Cit., p. 98.

<sup>71</sup> LANDES, William M. e POSNER, Richard A. ***The Economic Structure of Intellectual Property Law***. Cit., pp. 153-154. No original, lê-se: "*In general, copying that is complementary to the copyrighted work (in the sense that nails are complements of hammers) is fair use, but copying that is a substitute for the copyrighted work (in the sense that nails are substitutes for pegs or screws) is not. (...) The hammer manufacturer wants there to be an abundant supply of cheap nails, and likewise publishers want their books reviewed –*



De modo geral, cópia que seja complementar ao trabalho protegido por direitos autorais (assim como pregos são complementares a martelos) está abrangida pelo *fair use*, mas cópia que seja um substituto ao trabalho protegido por direitos autorais (no sentido de que pregos são substitutos para prendedores ou parafusos) não está. (...) O vendedor de martelos deseja abundância de pregos a preços acessíveis, bem como editores querem que seus livros sejam resenhados – é publicidade gratuita – e não gostariam de que resenhas fossem inibidas ou restringidas por uma regra que obrigasse o autor da resenha a obter uma licença do autor da obra, caso queira citar trechos do livro. Um bem e a publicidade desse bem são complementares, assim como um livro e sua resenha.

A questão é deveras interessante. Uma vez que a lei norte-americana, ao contrário da nossa, não indica que usos podem ser dados a obras alheias protegidas por direitos autorais sem que tal uso configure violação de tais direitos, é a partir de critérios construídos doutrinária e jurisprudencialmente que será consolidado o entendimento de o que é *fair use*.

Eduardo Vieira Manso, ao tratar do *fair use* antes mesmo do advento da *internet*, tece algumas considerações que se aplicam com perfeição à era da rede mundial de computadores:<sup>72</sup>

A teoria do *fair use* funda-se no mesmo texto constitucional que é toda a fonte do direito autoral norte-americano, o qual autoriza o Congresso “*to promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries*”. Com base no princípio de que a cultura não há que ser privilégio de ninguém, mas um direito de todos, e tendo em conta que a exclusividade absoluta, em favor dos autores, causaria um atraso no desenvolvimento do próprio homem, a Justiça norte-americana concluiu que

---

*it is free advertising – and wouldn't want reviews inhibited and degraded by a rule requiring the reviewer to obtain a copyright license from the publisher if he wanted to quote from the book. A good and an advertisement for the good are complements, and likewise a book and a book review*”. (grifos dos autores).

72 MANSO, Eduardo Vieira. **Direito Autoral – Exceções Impostas aos Direitos Autorais (Derrogações e Limitações)**. Cit., p. 227.

certas circunstâncias autorizariam o uso da obra alheia, independentemente de prévia, nem posterior licença do titular do *copyright*.

Siva Vaidhayanathan<sup>73</sup> esclarece sobre o assunto:<sup>74</sup>

Se um tribunal tiver que decidir se o uso de uma obra protegida por direitos autorais é *fair* ou não, o tribunal terá que considerar os seguintes aspectos: o objetivo e a natureza do uso, como por exemplo se o uso de destina a fins comerciais ou educacionais; a natureza do trabalho original protegido; o quanto do trabalho protegido foi usado no trabalho subsequente; e o efeito do uso no valor de mercado do trabalho original.<sup>75</sup> Assim, por exemplo, se um professor copia três páginas de um livro de 200 páginas e as distribui entre seus alunos, sua conduta está coberta pelo *fair use*. Porém, se o professor copia o livro inteiro e o vende aos estudantes por preço mais baixo do que o do original, o professor estará provavelmente infringindo os direitos autorais do autor do livro. Na maioria das vezes, entretanto, o *fair use* é um conceito cinzento e fluido. (...)

Adicionalmente ao *fair use*, o Congresso e os tribunais federais têm sido relutantes na proteção de direitos autorais com rela-

<sup>73</sup> Professor assistente de cultura e comunicação na Universidade de Nova Iorque.

<sup>74</sup> VAIDHYANATHAN, Siva. ***Copyrights and Copywrongs: The Rise of Intellectual Property and How it Threatens Creativity***. New York University Press. 2001. p. 27. Tradução livre. No original, lê-se que: "If a court is charged with deciding whether a use of a copyrighted work is 'fair' or not, the court must consider the following issues: the purpose or character of the use, such as whether it was meant for commercial or educational use; the nature of the original, copyrighted work; the amount of the copyrighted work that was taken or used in the subsequent work; and the effect on the market value of the original work. So, for example, if a teacher copies three pages from a 200-page book and passes them out to students, the teacher is covered by fair use. But if a teacher photocopies the entire book and sells it students at a lower cost than the original book, that teacher has probably infringed on the original copyright. More often than not, however, fair use is a gray and sloppy concept. (...) In addition to fair use, Congress and the federal courts have been unwilling to enforce copyrights in the regard to private, noncommercial uses. Generally, courts have ruled that consumers are allowed to make copies of compact discs for use in their own tape players, and may record television broadcasts for later home viewing, as long as they do not sell the copies or display them in a public setting that might dilute the market value of the original broadcast. So despite the warnings that accompany all broadcasted sporting events, most private, noncommercial, or educational copying of copyrighted works falls under either the fair use of private use exemptions to the law".

<sup>75</sup> Como vimos, estes são os itens que compõe o § 107 da Lei de Direitos Autorais norte-americana, anteriormente referida.

ção ao uso privado, não comercial. De maneira geral, os tribunais têm entendido que os consumidores podem fazer cópias de CD para uso próprio e podem gravar programas de televisão para assistir em horários mais convenientes, desde que não vendam as cópias nem as usem publicamente de modo a diluir o valor de mercado da obra original. Assim, apesar dos avisos que acompanham todos os eventos televisionados, a maioria das cópias privadas, não comerciais ou com finalidade educativa de obras protegidas por direitos autorais será considerada ou *fair use* ou uso privado, o que configura exceção permitida por lei.

Quanto às considerações finais tratadas pelo autor na citação acima, gostaríamos de apontar dois tópicos: em primeiro lugar, que a falta de contornos visíveis do *fair use* nos Estados Unidos muitas vezes enseja situações absurdas que nossa lei facilmente resolveria. Em segundo lugar que, ao contrário do que talvez venha a ser permitido como *fair use*, diante da restritividade do inciso II do art. 46 de nossa LDA, veda-se expressamente a cópia privada, na íntegra, de obra alheia protegida por direitos autorais.

Quanto ao primeiro tópico, Lawrence Lessig<sup>76</sup> aponta um caso interessante ocorrido nos Estados Unidos e que demonstra com razoável clareza os problemas que a prática acarreta na aferição do *fair use*.

Em 1990, o documentarista Jon Else estava em São Francisco, trabalhando em um documentário sobre óperas de Wagner. Durante uma das apresentações, Else estava filmando o trabalho das pessoas na coxia do teatro. No canto dos bastidores havia um aparelho de televisão que apresentava, enquanto a ópera seguia seu curso, um episódio de “Os Simpsons”. Else entendeu que a inclusão do desenho animado daria um sabor especial à cena.

Uma vez concluído o filme, em razão dos 4 segundos e meio em que o desenho aparecia em sua obra, o diretor foi ter com os titulares dos direitos autorais, uma vez que “Os Simpsons” são uma obra protegida por direitos autorais e alguém havia de ser seu titular.

Inicialmente, Else procurou Matt Groening, criador de “Os Simpsons”, que imediatamente aprovou o uso do desenho no documentário, já que se tratava de um uso que se restringia a 4,5 segundos e não poderia causar qualquer dano econômico à exploração comercial

---

<sup>76</sup> LESSIG, Lawrence. *Free Culture – How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*. New York: The Penguin Press, 2004. pp. 95-99.

de sua própria obra. No entanto, Groening disse a Else que procurasse Gracie Films, a empresa que produzia o programa.

Uma vez contatada, os responsáveis pela área de licenciamento na Gracie Films manifestaram-se favoráveis ao uso de “Os Simpsons”, mas assim como Groening, queriam ser cautelosos e disseram a Else que consultasse também a Fox, empresa controladora da Gracie Films.

Assim foi feito. Else procurou a Fox e ficou surpreso com dois fatos: primeiro, que Matt Groening não era o verdadeiro titular de direitos autorais de sua própria obra (ou assim a Fox entendia) e segundo que a Fox queria dez mil dólares para autorizar o uso dos quatro segundos e meio em que “Os Simpsons” apareciam numa televisão no canto dos bastidores de um teatro.

Uma vez que Else não tinha dinheiro suficiente para pagar pelo licenciamento, antes de o documentário ser lançado, o diretor decidiu substituir digitalmente o programa de “Os Simpsons”, que aparecia na televisão, por um trecho de um outro filme que ele próprio havia dirigido, dez anos antes.

É evidente que o caso aqui se trata de *fair use*, opinião que é, inclusive, endossada por Lawrence Lessig. O autor apresenta, entretanto, os argumentos de que Else se valeu para não confiar na possibilidade de usar o trecho de “Os Simpsons” sem autorização e que citamos, entre outros:

- a) antes de o filme (no caso, o documentário) ser televisionado, a emissora requer uma lista de todas as obras protegidas por direitos autorais que sejam citadas no filme e faz uma análise muito conservadora do que pode ser considerado *fair use*;
- b) a Fox teria um histórico de impedir uso não autorizado de “Os Simpsons”;
- c) independentemente dos méritos do uso que se faria do desenho animado, haveria a possibilidade de a Fox propor ação pelo uso não autorizado da obra.

Lessig arremata explicando que na teoria, *fair use* significa possibilidade de uso sem permissão do titular. A teoria, assim, ajuda a liberdade de expressão e protege contra a cultura da necessidade de permissão. Mas na prática, o *fair use* funciona de maneira bem distinta. Os contornos embaçados da lei resultam em poucas possibilidades reais

de se argüir *fair use*. Desse modo, a lei teria um objetivo correto, mas que não seria alcançado na prática.<sup>77</sup>

Observa-se, por este exemplo, que embora o instituto do *fair use* se preste a amoldar-se a inovações tecnológicas com mais facilidade e êxito do que o sistema continental europeu, não é capaz, entretanto, de na prática resolver algumas questões simples, em razão da fluidez de seus contornos.<sup>78</sup>

Por outro lado, como anteriormente indicado, nossa lei carece da abertura interpretativa que é verificada no *fair use*. Um problema grave é aquele decorrente de a LDA vedar a cópia integral privada, conforme tratamos a seguir.

O art. 46, II, da LDA, determina 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. Nos termos precisos da lei, observa-se que o legislador inovou significativamente o ordenamento jurídico anterior.

De fato, o Código Civil de 1916, em seu artigo 666, VI, permitia uma cópia manuscrita desde que não se destinasse a venda.<sup>79</sup> Posteriormente, a Lei 5.988/73 passou a prever a possibilidade de reprodução da obra na íntegra, desde que não houvesse finalidade de se obter lucro com a cópia.<sup>80</sup>

A respeito da mudança de conceito legal, Bruno Jorge Hammes assim se manifesta:<sup>81</sup>

---

77 Tradução livre do autor. No original, lê-se: "*In theory, fair use means you need no permission. The theory therefore supports free culture and insulates against a permission culture. But in practice, fair use functions very differently. The fuzzy lines of the law, tied to the extraordinary liability if lines are crossed, means that the effective fair use for many types of creators is slight. The law has the right aim; practice has defeated the aim*". LESSIG, Lawrence. **Free Culture**. Cit. p. 99.

78 Salvo melhor juízo, o problema abordado por Lawrence Lessig no caso envolvendo o diretor de documentários e "Os Simpsons" se resolveria, diante da LDA, em função do disposto no art. 46, VIII, que autoriza a reprodução, em qualquer obra de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, 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 prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

79 HAMMES, Bruno Jorge. **O Direito de Propriedade Intelectual**. 3ª edição. Porto Alegre: Ed. Unisinos, 2002. p. 110.

80 Lei 5.988/73, art. 49, II: Não constitui ofensa aos direitos de autor: (...) II – a reprodução, em um só exemplar, de qualquer obra, contanto que não se destine à utilização com intuito de lucro.

81 HAMMES, Bruno Jorge. **O Direito de Propriedade Intelectual**. Cit., p. 111.

O art. 49, II, da lei 5.988/73 falava de reprodução, em um só exemplar, de qualquer obra, contanto que não se destinasse à utilização com intuito de lucro. Quando essa exceção foi permitida, entendia-se que o autor não sofreria qualquer prejuízo com o fato de que alguém, interessado, por exemplo, em uma música, fosse à biblioteca e copiasse a partitura. Aos poucos, o modo de copiar foi se ampliando sem que com isso se temesse prejuízo para o autor. Assim se tolerava também que um pequeno conjunto musical fizesse meia dúzia de cópias para o seu conjunto, valendo-se dos primitivos sistemas de copiar (gelatinas, mimeógrafo...). O aparecimento de meios mais modernos de reprodução mudou fundamentalmente a questão. Já não se pode dizer que os autores não sofrem prejuízos com a cópia particular feita por gravador de som e de imagem, acessíveis a qualquer pessoa de classe não muito pobre (Convenção de Berna, art. 9.2).

Com o advento da Lei 9.610/98, entretanto, sobreveio a mudança. *De lege lata*, portanto, nos termos do art. 46, II, da LDA, é possível a reprodução apenas de pequenos trechos, e não mais da íntegra da obra.<sup>82</sup> Eliane Y. Abrão explica acerca do comentado inciso:<sup>83</sup>

Diferentemente da legislação anterior, que permitia uma (única) reprodução integral, de qualquer obra protegida, desde que se destinasse ao uso privado e pessoal de quem a confeccio-

82 Desde logo, deixaremos claro que não analisaremos aqui as cópias meramente tecnológicas, produzidas automaticamente pelos computadores ao acessarem determinado *website* e destinadas a tornar a obra informática perceptível. O art. 30, §1º, determina, a respeito de reprodução de obra, que "o direito de exclusividade de reprodução não será aplicável quando ela for temporária e apenas tiver o propósito de tornar a obra, fonograma ou interpretação perceptível em meio eletrônico ou quando for de natureza transitória e incidental, desde que ocorra no curso do uso devidamente autorizado da obra, pelo titular". Segundo Ascensão, "a disciplina do direito de reprodução, e nomeadamente o que respeita às reproduções meramente tecnológicas, não foi objeto dos tratados da OMPI". Mais adiante, a respeito do mesmo art. citado, afirma que "É assim que o §2º determina que *em qualquer modalidade de reprodução* a quantidade de exemplares será informada e controlada, cabendo ao utente manter os registros que permitam a fiscalização do aproveitamento econômico da obra. Parece claro que o preceito só se adequa à reprodução-cópia, e não às reproduções-tecnológicas; aqui não há exemplares a registrar". (*grifos do autor*). ASCENSÃO, José de Oliveira. *A Recente Lei Brasileira dos Direitos Autorais, Comparada com os Novos Tratados da OMPI. Direito da Internet e da Sociedade da Informação*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002.

83 ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de Autor e Direitos Conexos*. Cit., p. 148.

nasse, o legislador de 1998 restringiu o uso da cópia privada (integral) única: só lhe autoriza a reprodução de pequenos trechos.

Em outras palavras, diante da limitação atual, infringe a lei quem reprografa um livro inteiro, ou extrai uma fita magnética completa ou outra reprodução de um CD em todas as faixas, ainda que para uso pessoal e sem intuito de lucro. É a proibição da chamada “cópia privada”.

(...)

Os argumentos em favor da proibição da cópia integral de exemplar de obra protegida são consistentes. Tome-se, como exemplo, a possibilidade de, ao mesmo tempo, duzentos ou trezentos estudantes de diversos pontos de um país extraírem cópias inteiras de uma edição recentemente publicada. O prejuízo do editor e do autor seria de grande monta, uma vez que o referido livro poderia ser considerado um bom investimento se vendidos apenas mil exemplares.

Ainda que reconheçamos a procedência dos argumentos acima, a decisão do legislador causa problemas ostensivamente incontornáveis. A começar por um evidente problema prático apontado pela própria autora: o cumprimento do disposto na lei é de quase impossível fiscalização. Muito em razão disso, milhares de pessoas descumprem o mandamento legal diariamente.

A seguir, e talvez o mais grave, a lei não distingue obras recém publicadas de obras científicas que só existem em bibliotecas e que ainda estão no prazo de proteção autoral. Nesse caso, torna-se a lei extremamente injusta, por não permitir a difusão do conhecimento por meio de cópia integral de obras raras cuja reprodução não acarretasse qualquer prejuízo econômico a seu autor, nem mesmo lucro cessante.<sup>84</sup>

Dessa forma, com o advento da LDA, e diante de seus termos estritos, muitas condutas praticadas diariamente estão, a rigor, diante da interpretação literal da lei, eivadas de ilegalidade. Afinal, pelo que

---

<sup>84</sup> Dispõe o art. 403 do Código Civil brasileiro: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”. Ora, se a inexecução da obrigação (decorrente da lei que veda a cópia integral) não acarretar ao autor prejuízo direto (por não ter tido como consequência diminuição em seu patrimônio) nem indireto (porquanto não haveria como ser remunerado pela venda da obra se não houvesse obras a serem vendidas, já que a edição encontra-se esgotada), não há perdas e danos a serem reparados.

determina a LDA, deixou de ser possível copiar um filme em vídeo para uso particular, gravar um CD – legitimamente adquirido – na íntegra para ouvir em *ipod* ou no carro ou, ainda, reproduzir o conteúdo integral de um livro com edição esgotada há anos.

Paulo Oliver<sup>85</sup> deu conta de que

dois meses após [o início de] sua vigência, a nova Lei de Direito Autoral começa a surtir seus primeiros efeitos. Algumas universidades brasileiras começam a coibir uma prática até então muito comum: a cópia xerográfica de trechos e livros inteiros. Aparentemente pouco significativa, a reprodução é vista pelas editoras como uma das vilãs do setor, que estima o prejuízo anual com as cópias ilegais em US\$ 300 milhões.

Em continuação, o autor comenta:<sup>86</sup>

Desde que a nova lei entrou em vigor, a reitoria da PUC de São Paulo também não está permitindo que sejam feitas cópias de livros inteiros em sua xerocopiadora central. O limite é copiar 10% das obras. Só é possível copiar totalmente uma obra quando ela for estrangeira ou tiver sua edição esgotada. Mesmo assim, o professor que indicou a bibliografia aos alunos precisa assinar um termo que comprove a dificuldade de acesso à obra.

Bem se vê, a partir da transcrição deste pequeno trecho, a gama de dificuldades que o texto da LDA é capaz de acarretar. Em primeiro lugar, a caracterização dos “pequenos trechos”.<sup>87</sup> Pergunta-se: que são

---

85 OLIVER, Paulo. **Direitos Autorais da Obra Literária**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2004. p. 152.

86 OLIVER, Paulo. **Direitos Autorais da Obra Literária**. Cit., p. 153.

87 Plínio Cabral comenta a respeito de citações de terceiros em obra própria: “A extensão das obras literárias ou científicas variam de autor para autor. O que é um pequeno trecho de um livro de 800 páginas? E quando o livro tiver apenas 20 páginas? E como considerar ‘pequeno trecho’ em relação a um poema de 10 linhas?”. CABRAL, Plínio. **Direito Autoral – Dúvidas e Controvérsias**. 2ª edição. São Paulo: Editora Harbra, 2000. p. 110. O autor traz à baila uma outra questão interessantíssima de que não trataremos em profundidade porque fugiria ao escopo do trabalho. Mas quando a lei veda a cópia integral de determinada obra, há que se considerar o quê, na verdade é a obra. Um livro de poemas poderia ter pequenos trechos copiados, mas não seria cada poema uma obra em si mesma? Nesse caso, não estaria autorizada apenas a cópia de trechos de cada um dos poemas e não de qualquer dos poemas integralmente? O mesmo se aplicaria a qualquer livro de coletânea de contos, crônicas, ensaios, artigos etc.



“pequenos trechos”<sup>88</sup>? Criou-se nas universidades, em razão do disposto neste inciso, a mítica dos 10% ou dos 20%, que seria o máximo considerado por “pequeno trecho” e que poderia ser copiado por alunos sem que houvesse violação de direitos autorais.

Ocorre que não há qualquer dispositivo legal que limite a autorização de cópias a 10% (dez por cento) da obra e fazer tal exigência é incorrer em ilegalidade. Não é a extensão da cópia que deve constituir o critério mais relevante para autorizar-se sua reprodução, mas certamente o uso que se fará da parte copiada da obra.<sup>89</sup>

Além disso, autorizar a cópia integral de obra estrangeira – pelo simples fato de ser estrangeira – é certamente mais violadora da LDA do que restringir a possibilidade de cópia de obras nacionais a 10% (dez por cento) de seu conteúdo. Afinal, se é compreensível a busca de um parâmetro para se definir o que vêm a ser “pequenos trechos” (ainda que o resultado seja equivocadamente por ser o critério excessivamente objetivo), furtar dos estrangeiros a proteção autoral viola frontalmente tratados internacionais e a LDA.<sup>90</sup>

Finalmente, autorizar a reprodução integral de obra cuja edição encontre-se esgotada parece ser conduta socialmente muito relevante,

88 Percebe-se que a idéia de “pequenos trechos” coaduna-se com os chamados conceitos legais indeterminados. “São considerados, pela doutrina, como ‘palavras ou expressões indicadas na lei, de conteúdo e extensão vagos, imprecisos e genéricos’. Eles entregam ao intérprete a missão de atuar no preenchimento dos claros, permitindo que ele extraia da norma, para o caso concreto em evidência, o que, realmente, ela pretende”. DELGADO, José Augusto. O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988. Cláusulas Gerais e Conceitos Indeterminados. **Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil**. ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira e ROSAS, Roberto (coord.). São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 399.

89 Interessante jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão apreciou a questão relativa aos limites constitucionais do direito de citação, ou seja, do uso em uma obra de trechos de outra obra, de titularidades diversas. Percebe-se que o confronto existente não é entre o direito de propriedade e direito à informação, mas sim entre o direito de propriedade e o direito de expressão. Tratava-se, *in caso*, de obra de Henrich Müller em que o autor usava, como meio de expressão, extensos trechos de Bertold Brecht. Denis Borges Barbosa, citando Markus Schneider, conclui que **“há um interesse constitucionalmente protegido no direito de citação, não obstante a extensão dessas, desde que as citações se integrem numa expressão artística, nova e autônoma”** (grifamos). BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. Cit., pp. 100-101.

90 Art. 2<sup>a</sup>, *caput*, da LDA: “Os estrangeiros domiciliados no exterior gozarão da proteção assegurada nos acordos, convenções e tratados em vigor no Brasil”. Parágrafo único: “Aplica-se o disposto nesta Lei aos nacionais ou pessoas domiciliadas em país que assegure aos brasileiros ou pessoas domiciliadas no Brasil a reciprocidade na proteção aos direitos autorais ou equivalentes”.

mas também não se encontra amparada por qualquer dispositivo legal.<sup>91</sup> A rigor, a LDA, em leitura fria de seus dispositivos, não faz distinção entre obras com edições esgotadas ou não esgotadas.

A partir destes três exemplos, torna-se fácil comprovar o quão complicado pode ser encontrar os limites do que a própria lei prescreve.

A doutrina, em sua maioria, limita-se a atestar o que a lei já esclarece: que só se autoriza a cópia de pequenos trechos, para uso privado do copista.<sup>92</sup> Newton Silveira encerra o assunto com um retumbante “destaque-se que o inc. II limita o direito de cópia privada a *pequenos trechos*, o que merece ser repensado”,<sup>93</sup> sem dar, entretanto, maiores esclarecimentos. (*grifos do autor*)

José de Oliveira Ascensão, ao comentar o art. 49, II, da Lei 5.988/73 (que autorizava a reprodução da íntegra de obra, desde que sem intuito de lucro), afirmava, a respeito do referido dispositivo legal:<sup>94</sup>

Este último é o preceito legal de maior significado sobre o uso privado. Mas deve ser considerado afloramento de um princípio geral de licitude. O exclusivo do autor não colide com a faculdade genérica de uso privado por qualquer um. O que significa que a esfera do uso privado está fora do círculo reservado ao autor.

No entanto, Manoel J. Pereira dos Santos critica a opinião de Ascensão ao afirmar que “não nos parece que o princípio possa hoje

91 Sobre o tema, veja-se referência julgada da 21ª Vara Cível da Comarca de São Paulo, no item subsequente.

92 BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. Cit., p. 71; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. As Limitações ao Direito do Autor na Legislação Autoral Brasileira. Cit., p. 23 e segs.; SILVEIRA, Newton. Os Direitos Autorais e as Novas Tecnologias da Informação Conforme a Lei n. 9.610, de 1998. Cit., p. 12; JUNDI, Maria Elaine Rise. Das Limitações aos Direitos Autorais. Cit., p. 177; WILLINGTON, João e OLIVEIRA, Jauny N. de, **A Nova Lei Brasileira de Direitos Autorais**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002. p. 38.

93 SILVEIRA, Newton. Os Direitos Autorais e as Novas Tecnologias da Informação Conforme a Lei n. 9.610, de 1998. Cit., p. 12.

94 ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1997. p. 161. Em outro artigo, o mesmo autor, ao comentar os princípios da Convenção de Berna, esclarece que “toda a elaboração que um utente faça no seu computador de uma obra, mesmo recebida em linha, é completamente livre. Poderá adaptá-la ou transformá-la por qualquer modo. Só na medida em que fizer uma utilização pública – por exemplo, relançando a obra transformada em rede – é que se toca matéria de direito de autor”. E para o exercício das faculdades indicadas pelo autor – exemplificativamente, adaptação e transformação – força reconhecer um direito anterior, que seria o de manter cópia da obra, na íntegra. ASCENSÃO, José de Oliveira. E Agora? Pesquisa do Futuro Próximo. **Sociedade da Informação – Estudos Jurídicos**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 20.

ser aplicado de maneira absoluta”.<sup>95</sup> Assim, em preciosa sistematização, leciona que:<sup>96</sup>

A doutrina dos sistemas de “direito de autor” reconhece dois tipos de uso lícito: o uso privado, ou seja, as formas de utilização de uma obra intelectual que se efetuam no âmbito reservado do indivíduo, e não para aproveitamento coletivo, entre os quais a cópia privada assim como a representação teatral e a execução musical realizadas no recesso familiar, e o uso público, ou seja, as formas de utilização coletiva, entre as quais a citação, a reprodução parcial de obras preexistente em compilações, as paráfrases e paródias, a reprodução de obras situadas permanentemente em logradouros públicos bem como as restrições para fins de informação pública ou para fins de ensino, cultura e investigação científica.

E mais adiante:<sup>97</sup>

Na verdade, a exceção do uso privado assentava-se em sua origem no pressuposto de que as utilizações que são feitas no âmbito privado do usuário não são juridicamente relevantes porque não prejudicam a exploração normal da obra nem causam um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores. Com efeito, argumenta-se que o Legislador inicialmente contemplava as cópias feitas à mão (por exemplo, art. 666, VI, do Código Civil Brasileiro de 1916 e art. 68 da Lei Autoral italiana de 1941), cujo efeito econômico era mínimo. Esse pressuposto deixou de ser válido a partir do momento em que a utilização individual de uma criação intelectual passou a ser tão importante quanto a sua utilização pública e comercial.

Constitui lugar-comum a afirmação de que a duplicação das obras tradicionais pelos meios convencionais não tinha nem a mesma qualidade, nem a mesma extensão das reproduções pelos sistemas digitais. No entanto, os avanços tecnológicos represen-

95 SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. O Futuro do Uso Privado no Direito Autoral. Cit., p. 47.

96 SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. O Futuro do Uso Privado no Direito Autoral. Cit., p. 45.

97 SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. O Futuro do Uso Privado no Direito Autoral. Cit., p. 47.

tados pelas modernas técnicas de reprodução em massa pelos sistemas analógicos já haviam mudado bastante a situação inicial. O fenômeno da reprografia e da reprodução sonora e audiovisual já havia suscitado sérios questionamentos quanto à manutenção da exceção do uso privado livre. (...).

Assim é que a doutrina, em sua maioria, afirma que, a despeito das dificuldades que a própria lei gerou, a LDA veda expressamente a cópia privada integral de qualquer obra. Ainda que a lei seja clara nesse aspecto, não é isso que ocorre diariamente, em todo o país, pelas pessoas de conduta mais ilibada e que, muitas vezes, sequer imaginam estar cometendo um ato ilícito.<sup>98</sup>

98 De acordo com notícia publicada no *website* Consultor Jurídico, decisão proferida pela 3ª Vara Criminal de Betim, MG, determinou que acusado em crime de reprodução de filmes sem consentimento do titular dos direitos autorais não pode ser condenado se não sabe que tipo de crime está praticando. Conforme indicado na matéria, para o juiz que proferiu a sentença, “se uma das funções da pena é dissuadir a população a praticar as condutas que sabem estar definidas na lei como crime, como condenar alguém que não sabe ao certo se pratica ou não crime?”. Segue trecho da notícia: “Magid Nauef Láuar acrescentou que, no caso, é preciso reconhecer a dificuldade que uma pessoa comum tem em determinar e absorver a conduta ilícita descrita. Primeiro, porque isto é difícil para os poucos que possuem conhecimento técnico da matéria jurídica; segundo, porque em cada esquina é possível comprar produtos piratas. ‘É bem verdade que tanto quem vende como quem compra o CD ‘pirata’ tem consciência da ilicitude de seus atos, mas a questão que se coloca aqui não é essa, mas sim se crêem estar praticando crime’, ressaltou. Lembrou ainda que, em certos casos, o próprio Poder Público destina o espaço físico para a comercialização de tais produtos como, por exemplo, no centro de Betim, o local denominado e conhecido popularmente como camelódromo e, em Belo Horizonte, o *shopping* popular Oiapoque. O juiz considerou também o fato de os objetos apreendidos apresentarem deficiências que levam a crer terem sido reproduzidos sem qualquer técnica, afastando qualquer noção de reprodução ou cópia do original. Outra questão levantada por Magid Nauef Láuar se refere ao porquê de as apreensões ocorrerem de forma isolada, recaindo sobre o cidadão comum, enquanto os ‘camelódromos’ continuam existindo”. A decisão foi duramente criticada pelo advogado Nehemias Gueiros, cujos argumentos se encontram na mesma matéria e podem ser aqui indicados: “Gueiros diz que existem hoje no Brasil quase 500 mil leis. Desta forma é praticamente impossível para qualquer pessoa conhecê-las, mesmo quando se fala de juizes, advogados, procuradores, desembargadores e ministros. Muito menos quando nos referimos ao cidadão leigo. Mas isso não é desculpa para a prática de atos ilícitos. Afirma Gueiros. ‘Qualquer produto posto à venda no comércio, principalmente os suportes materiais físicos da indústria do entretenimento — livros, CDs, DVDs, vídeos etc. — traz claramente a advertência relativa à reprodução desautorizada, à cópia ilegal e ainda informa as sanções a que estarão sujeitos os infratores’. Gueiros lamenta a decisão, espera que seja reformada e que os infratores sejam condenados na forma da lei que alegam desconhecer. ‘Caso contrário esta decisão acabará se transformando em verdadeira bandeira política dos piratas nacionais’”, diz Gueiros. Revista Consultor Jurídico, 27 de junho de 2005. Disponível em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/35802,1>. Acesso em 30 de janeiro de 2006.

Afinal, se uma crônica ou uma poesia puderem ser consideradas, cada qual, uma obra em si mesma (e não há razão para crer que não o sejam), não é possível fazer delas uma cópia na íntegra. Se alguém aluga um DVD e deseja gravá-lo para assisti-lo no dia seguinte, está impedido pela lei.

Finalmente – e muito mais grave – se uma pessoa precisa se valer de obra rara e fora de circulação comercial, que só existe em biblioteca de cidade distante, estando a obra ainda protegida por direitos autorais, e de acordo com os termos da LDA, não poderá dela obter cópia integral. Ainda que essa proibição impeça o acesso ao conhecimento ou a liberdade de expressão. Ainda que seja muito mais danosa a proibição do que a cópia.

Dessa forma, em razão do rigor da lei, da dificuldade em se cumprir com seu mandamento, da pouca aceitação social em todo seu rigor, é muito comum verificar condutas contrárias à lei ocorrendo todos os dias.

Explica Pietro Perlingieri sobre o tema:<sup>99</sup>

Um comportamento característico de tais orientações é crer que o jurista seja vinculado à norma, mesmo constitucional, somente se 'concretamente verificar que ela exprime um valor que é presente segundo as condições históricas e sociais daquele momento'. Em outras palavras, no contraste entre uma norma social (norma 'efetiva') e uma norma jurídica (norma 'válida') a primeira prevalece. A norma social (praxe, nesse caso, *contra legem*) somente aparentemente é a expressão de uma espontânea capacidade de auto-regulamentação do corpo social e, portanto, somente aparentemente é mais avançada e progressiva do que a norma jurídica. A auto-regulamentação significa aqui, simplesmente, que os grupos economicamente mais fortes ou, de qualquer modo, mais influentes na sociedade impuseram uma regra contrastante (a norma 'efetiva', isto é, a norma social) com aquela formada respeitando a hierarquia das fontes (a norma 'válida', a norma jurídica). A superação da garantia formal da norma é inadmissível no nosso sistema constitucional: a superação da norma jurídica a favor daquela social viola o princípio de legalidade e aquele de *democraticità*, na medida em que a produção de normas é sempre – direta ou indiretamente – assistida pela garantia da *democraticità*.

<sup>99</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Cit., p. 61.

*citâ*; garantia totalmente ausente onde a norma seja, simplesmente, fixada pelo mais forte. O jurista, na tendência aqui criticada, detém-se perante uma visão utópica da realidade: desvincula-se do respeito à norma jurídica, porque se crê ligado somente aos “valores” (sociais, não jurídicos) que ele – ou os mais influentes – saberá individuar na realidade em que vive.

Dito isto, e verificado o descompasso entre a LDA e o mundo dos fatos, passamos a analisar tais questões no âmbito da *internet* – e seus complicadores.

### 2.3. Além da cópia privada: problemas decorrentes do uso de obras alheias em razão da lei brasileira

#### 2.3.1. O conteúdo: as criações do espírito

Como vimos acima, a Lei 5.988/73, que regia os direitos autorais no Brasil antes da atual lei, de 1998, permitia a reprodução de um exemplar inteiro da obra alheia, desde que não se destinasse a utilização com intuito de lucro. A LDA, muito mais restritiva, permite apenas a reprodução de pequenos trechos, para uso privado do copista.

Assim, ficam proibidas as cópias privadas, na íntegra, de obras de caráter científico, didático ou mesmo literário ou artístico, ainda que se trate de obra fora de circulação e que o usuário faça a cópia sem qualquer intenção de lucro.

A situação se torna particularmente complexa se consideramos as peculiaridades das obras em formato digital, já que sobre elas incidem as mesmas regras da LDA, a despeito da volatilidade peculiar ao mundo digital, o que resulta em facilidade de confecção de cópias e reproduções com qualidade muitas vezes idêntica ao original, a custo reduzido.

Já vimos, no primeiro capítulo deste trabalho, que o art. 7º da LDA determina que 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.

A seguir, a LDA indica, em *numerus apertus*, os treze itens de que o artigo se compõe, de modo que, em síntese meramente exemplificativa, pode-se dizer que se encontram no âmbito de proteção da LDA textos, músicas, filmes, peças de teatro, fotografias, obras de artes

plásticas, desenhos, bem como as obras delas derivadas, entre muitas outras.

É evidente que vedando a LDA a simples cópia privada integral da obra, vedará com muito mais razão a utilização da obra alheia além dos limites da cópia. De fato, o art. 29 da LDA indica os casos em que depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização de sua obra. Naturalmente, o art. 29 é complementado pelo art. 46, que trata das limitações, no sentido de que este excepciona aquele.

Portanto, na sistemática adotada pela LDA, toda e qualquer utilização de obra de terceiros que não se enquadre nas exceções previstas no art. 46 estará necessariamente abarcada pelo disposto no art. 29<sup>100</sup> e, por isso, será necessário obter-se autorização prévia e expressa do titular de direitos autorais a fim de que a obra possa ser legitimamente utilizada.

Uma vez digitalizada a obra – e porque neste trabalho tratamos mais especificamente da abrangência dos direitos autorais no âmbito da *internet* – cabe analisar, neste momento, em qual dos incisos do referido art. 29 estaria incluído o ato de inseri-la, na *internet*, à disposição do público.

José de Oliveira Ascensão se deteve detalhadamente sobre a questão. Preliminarmente, constata que:<sup>101</sup>

As leis nacionais, predominantemente, atribuem ao autor a universalidade das faculdades de utilização pública da obra.

Nesse sentido, não só o art. 28 da Lei n. 9.610 atribui ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor, como o art. 29 submete à autorização prévia e expressa do autor essa utilização, por qualquer modalidade. A enumeração que realiza depois é meramente exemplificativa.

Segue-se que, esteja ou não aquela faculdade de colocar à disposição em rede expressamente prevista, sempre se compre-

---

<sup>100</sup> É possível chegar-se a esta conclusão uma vez que a doutrina entende que os itens do art. 46 constituem rol taxativo enquanto que o art. 29 encerra com dispositivo abrangente que determina que depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades tais como: (...) X – quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.

<sup>101</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. A Recente Lei Brasileira dos Direitos Autorais, Comparada com os Novos Tratados da OMPI. Cit. p. 7.

derá no exclusivo atribuído ao autor, na medida em que representa uma faculdade de utilização pública da obra.

A seguir, afirma que os direitos patrimoniais de que trata o art. 29 da LDA compreendem essencialmente três tipos de direitos, ou faculdades: (i) de reprodução; (ii) de distribuição e (iii) de comunicação ao público.<sup>102</sup> Dessa maneira, seria necessário analisar se a inserção de obra na *internet* poderia ser considerada reprodução, distribuição ou comunicação ao público. Vejamos.

Reprodução é definida pela LDA como sendo “a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido”.<sup>103</sup> A reprodução de obra seria ato dependente de autorização do titular dos direitos autorais nos exatos termos do art. 29, I, da LDA.<sup>104</sup>

A distribuição, por sua vez, é definida pela LDA como “a colocação à disposição do público do original ou cópia de obras literárias, artísticas ou científicas, interpretações ou execuções fixadas e fonogramas, mediante a venda, locação ou qualquer outra forma de transferência de propriedade ou posse”.<sup>105</sup> Da mesma forma, encontra-se o direito de distribuição previsto entre aqueles dependentes de autorização do titular dos direitos autorais, conforme se depreende da leitura do art. 29, VI e VII.<sup>106</sup>

Finalmente, a comunicação ao público, que se define pelo “ato mediante o qual a obra é colocada ao alcance do público, por qualquer

102 ASCENSÃO, José de Oliveira. A Recente Lei Brasileira dos Direitos Autorais, Comparada com os Novos Tratados da OMPI. Cit., p. 5.

103 Art. 5º, VI, da LDA.

104 Art. 29, I, da LDA: “Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como: I – a reprodução parcial ou integral;”

105 Art. 5º, IV, da LDA.

106 Art. 29, I, da LDA: Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como: (...) VI - a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra; VII - a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário;



meio ou procedimento e que não consista na distribuição de exemplares".<sup>107</sup> Esta faculdade estaria abrangida pelo art. 29, VIII.<sup>108</sup>

Em síntese estreita, podemos afirmar que, de acordo com o entendimento de José de Oliveira Ascensão, a colocação de obra em rede à disposição do público não se caracteriza como reprodução, nem distribuição, nem comunicação ao público.

De reprodução não se trataria. Dentre os vários argumentos suscitados, Oliveira Ascensão defende que "a cópia seria realizada por qualquer forma *tangível*: o armazenamento eletrônico não é tangível; não cria *res quae tangi possunt*. Há uma representação, não uma materialização"<sup>109</sup> (*grifos do autor*).

Também não se pode admitir a colocação de obra na *internet* à disposição do público como se distribuição fosse. Afirma o autor português que aqui se trata da distribuição de exemplares. Assim se expressa: "pressupõe-se uma materialização do objeto. Só isto é aliás compatível com a parte final – transferência de propriedade ou posse. A ser assim, a distribuição não abrangeria a colocação em rede à distribuição do público".<sup>110</sup>

Finalmente, também não se pode admitir que seja a colocação em rede uma comunicação ao público "porque a comunicação ao público supõe por definição o ato de comunicar, é dinâmica. A colocação em rede é meramente passiva, o dinamismo cabe aos utentes, que acedem àquela obra".<sup>111</sup> A seguir, complementa:<sup>112</sup>

107 Art. 5º, V, da LDA.

108 Art. 29, I, da LDA: Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como: (...) VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante: a) representação, recitação ou declamação; b) execução musical; c) emprego de alto-falante ou de sistemas análogos; d) radiodifusão sonora ou televisiva; e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva; f) sonorização ambiental; g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado; h) emprego de satélites artificiais; i) emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados; j) exposição de obras de artes plásticas e figurativas;

109 ASCENSÃO, José de Oliveira. A Recente Lei Brasileira dos Direitos Autorais, Comparada com os Novos Tratados da OMPI. Cit., p. 12.

110 ASCENSÃO, José de Oliveira. A Recente Lei Brasileira dos Direitos Autorais, Comparada com os Novos Tratados da OMPI. Cit., p. 9.

111 ASCENSÃO, José de Oliveira. A Recente Lei Brasileira dos Direitos Autorais, Comparada com os Novos Tratados da OMPI. Cit., p. 9.

112 ASCENSÃO, José de Oliveira. A Recente Lei Brasileira dos Direitos Autorais, Comparada com os Novos Tratados da OMPI. Cit., p. 9.

Isto significa que, diretamente, a colocação em rede não está compreendida no direito de comunicação ao público. Só podemos chegar a enquadrá-la aí em desespero de causa, se concluirmos que não cabe também na distribuição e na reprodução, e houver necessariamente que lhe abrir um lugar. Mas nesse caso, à custa de uma deturpação do conceito de comunicação ao público, que passaria a abranger realidades que não se consubstanciam realmente numa comunicação.

Então, onde enquadrar, entre os direitos patrimoniais do autor, aquele que depende de autorização a colocação da obra em rede, à disposição do público?

De acordo com José de Oliveira Ascensão, trata-se de armazenamento em computador, que encontra-se previsto no art. 29, IX, da LDA.<sup>113</sup> O autor português inicialmente faz distinção entre a mera cópia feita a título de uso privado (a despeito do disposto no art. 46, II, da LDA) e aquela realizada com o objetivo de disponibilizar a obra na *internet*.<sup>114</sup>

Quando qualquer de nós faz o seu arquivo de obras, está a fazer uma base de dados. O fato de as obras serem alheias não traz nenhum impedimento: aliás, o arquivo destina-se ao uso privado. Por isso, a reprodução que eventualmente se praticar escapa ao direito de autor, porque se realiza a título de uso privado.

O mesmo diremos do armazenamento em computador; com a característica adicional de a integração em base de dados eletrônica implicar por si o armazenamento em computador.

A reserva ao autor da faculdade de armazenamento em computador *só se compreende quando os dados assim armazenados estiverem à disposição do público*: só então há uma utilização pública da obra. Doutro modo, trata-se de uma utilização meramente privada, que cai na esfera de liberdade de cada um.<sup>115</sup>

---

113 Art. 29, I, da LDA: “Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como: (...) IX – a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero”.

114 ASCENSÃO, José de Oliveira. A Recente Lei Brasileira dos Direitos Autorais, Comparada com os Novos Tratados da OMPI. Cit., p. 14.

115 A afirmação está longe de ser pacífica, diante dos termos do art. 46, II, da LDA, anteriormente analisado. Em sentido contrário, Henrique Gandelman, ao afirmar: “o direito de

Temos assim que a lei, devidamente interpretada, reserva ao autor a armazenagem da obra em computador, de tal modo que esta fique à disposição do público. (*grifos do autor*)

Com base, portanto, no disposto no art. 29, IX, da LDA, observa-se que não se pode inserir, na *internet*, à disposição do público, obra alheia protegida por direito autoral sem prévia e expressa autorização por parte do titular de seus direitos autorais, pois que se trata de faculdade integrante dos direitos patrimoniais do autor.

Dessa maneira, fotos, textos, músicas (com ou sem letra), obras audiovisuais, desenhos e toda a gama de obras protegidas no âmbito da LDA não podem ser inseridos em página da *internet* sem a devida autorização que a lei exige. É assim que resta vedada a inserção de qualquer dessas obras em *website*, por exemplo, de modo que se possa caracterizar que está a obra à disposição do público.

### 2.3.2. Os meios: websites, blogs e fotologs, orkut, e-mails, p2p

Uma vez definidos (*i*) o âmbito de proteção das obras intelectuais – aquelas previstas no art. 7<sup>o</sup> da LDA e cujo uso não é excepcionado pelo art. 46 da mesma lei e (*ii*) que a colocação da obra intelectual na *internet* à disposição do público depende de autorização do titular de seus direitos autorais nos termos do art. 29, IX, da LDA, passamos a analisar por que meios a obra intelectual pode ser colocada à disposição do público.

Como é intuitivo, a idéia de *internet* está intrinsecamente associada à idéia de *website*. Nas palavras de Manoel Joaquim Pereira dos Santos, o *website* pode ser assim definido:<sup>116</sup>

---

reproduzir uma obra é exclusivo de seu titular, inclusive o direito de reproduzi-la eletronicamente em uns e zeros (para serem lidos por computadores). E se alguém armazena de forma permanente no seu computador material protegido pelo direito autoral, uma nova cópia é feita, necessitando, portanto, de uma autorização expressa do respectivo titular". GANDELMAN, Henrique. **De Guttenberg à Internet – Direitos Autorais na Era Digital**. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 178.

116 SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. A Proteção Autoral do *Website*. **Revista da ABPI**, n. 57, março-abril de 2002, p. 5.

expressão de um conjunto de documentos e elementos digitais (*-scripts*, bancos de dados associados, *hiperlinks*) que compõem o espaço virtual através do qual indivíduos e entidades disponibilizam informações, ofertam bens e serviços e se comunicam com o público em geral na *Internet*. Esses documentos digitais contêm textos, ilustrações, sons e imagens fixas ou animadas que são acessadas pelo usuário da rede com base na técnica da interatividade.

Douglas Yamashita<sup>117</sup> distingue quatro aspectos de um *website*: o **site-físico** (consistente na instalação dos equipamentos onde se armazenam as páginas e todos os elementos digitais que as compõem, tratando-se especificamente do servidor que o hospeda), o **site-lógico** (que inclui o conjunto de elementos digitais, tais como arquivos de imagens, sons, animações e até mesmo a própria página codificada), o **site-virtual** (correspondente à representação visual-gráfica das páginas que constituem o *website* resultante do conjunto de redação, imagens etc., e que é o que realmente se enxerga como resultado do site lógico) e o **site-mídia** (que se relaciona com o conjunto de características mercadológicas do site virtual, tratando-se principalmente da eficiência do *website* para alavancar vendas).

Quanto ao site-virtual (que, de acordo com a classificação proposta e para fins desta dissertação, é o que mais nos interessa), e sua relação com o denominado site-lógico, o autor menciona o que segue:<sup>118</sup>

Como representação visual-gráfica das páginas codificadas, o *site* virtual resulta da harmoniosa mescla de redação, imagens, diagramação, *hiperlinks* e navegação, que juntos constituem o conteúdo do *site*. É o que realmente enxergamos como resultado do *site* lógico, que, por sua vez, não enxergamos.

Contudo, nem sempre o proprietário do *site* lógico e o proprietário das partes do conteúdo do *site* (textos, imagens, etc.) são a mesma pessoa. Neste caso, parece-nos igualmente pacífico que tais elementos do *site* virtual permanecem devidamente protegidos pela Lei nº 9.610/98, a Lei de Direitos Autorais, na condição de obras intelectuais autônomas, especialmente quando consistem em textos de obras literárias, artísticas ou científicas (art. 7º, I), composições

117 YAMASHITA, Douglas. Sites na *Internet* e a Proteção Jurídica de sua Propriedade Intelectual. **Revista da ABPI**, n. 51, março-abril de 2001, pp. 24-25.

118 YAMASHITA, Douglas. Sites na *Internet* e a Proteção Jurídica de sua Propriedade Intelectual. Cit., p. 29.

musicais (art. 7<sup>o</sup>, V), obras audiovisuais, sonorizadas ou não (art. 7<sup>o</sup>, VI), obras fotográficas (art. 7<sup>o</sup>, VII) ou obras de desenho (art. 7<sup>o</sup>, VII).

Quando do surgimento da *internet*, o *website* era constituído por apenas algumas poucas páginas, desenvolvidas por um *webdesigner*, profissional especializado em *design* gráfico. No entanto, com a evolução tecnológica e sobretudo com o crescimento do comércio eletrônico, o *website* tornou-se inevitavelmente mais interativo.<sup>119 120</sup>

Dessa maneira, a interatividade da rede com o usuário da *internet* foi se tornando cada vez mais intensa. O conteúdo que, em sua origem, era majoritariamente tornado disponível apenas por quem detinha o controle das ferramentas técnicas da edição do *website* passou a ser manipulado também pelo usuário. As páginas da *internet*, que em seus primórdios, eram de alguns poucos, passaram a ser de qualquer um. Hoje, é simples, trivial, a qualquer um que tenha acesso à *internet*, dispor de página pessoal onde podem ser colocadas à disposição do mundo textos, fotos, desenhos, músicas, filmes, entre outras obras intelectuais.

Ocorre que, como visto, de acordo com a LDA, “o armazenamento, a reprodução e a utilização de obra intelectual, para disponibilização na rede, que configuram a colocação da obra à disposição do público, constituem uma modalidade de utilização da obra e, por essa razão, são reservados para o titular do direito autoral”.<sup>121</sup>

A despeito da proteção dispensada às obras intelectuais, a verdade é que, atualmente, obras protegidas ou não por direitos autorais são usa-

119 SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. A Proteção Autoral do *Website*. Cit., p. 6.

120 Embora não seja nosso objetivo discorrer acerca da possibilidade de proteção, por direito autoral, do *website* em si, parece ser esse o entendimento da doutrina. Nas palavras de Manoel Joaquim Pereira dos Santos: “O regime das bases de dados e das compilações já demonstrou que um conjunto de obras e outros materiais pode resultar da criação de uma obra autônoma desde que esse conjunto, em virtude do trabalho de seleção e coordenação realizado por uma pessoa física ou jurídica, tenha um caráter autônomo. A autonomia resulta não da justaposição de obras, materiais ou elementos preexistentes, mas da atividade criativa que se traduz basicamente na ordenação e organização dessas obras, materiais e elementos em um conjunto orgânico. Esse conceito amplo está expresso no inciso XIII do art. 7<sup>o</sup> da Lei Autoral brasileira, ao reconhecer como obras intelectuais protegidas não só as coletâneas, compilações ou bases de dados, mas também ‘... outras obras que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual’. Isto significa que um *website* pode ser protegido como obra intelectual autônoma, não enquanto simples conjunto de obras, documentos e outros materiais, mas sim na medida em que sistematiza, organiza e disponibiliza esses elementos de forma criativa”. SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. A Proteção Autoral do *Website*. Cit., p. 8.

121 SANTOS, Manoel Joaquim Pereira dos. A Proteção Autoral do *Website*. Cit., p. 8.

das diariamente, ao redor de todo o mundo, pelos usuários da *internet* em suas páginas pessoais, pelo envio de *e-mails* ou troca de arquivos.

Hoje em dia, é muito fácil a qualquer um ter um *website*. Existem inúmeras possibilidades de se acessar a *internet*, disponibilizar conteúdo e interagir com *websites* alheios. No entanto, no âmbito deste estudo, vamos nos ater às páginas pessoais que mais cotidianamente são usadas por aqueles que acessam a *internet*: *blogs*, *fotologs* e páginas em redes de relacionamento como o *orkut*. No entanto, as considerações aqui traçadas a respeito do uso de obra de terceiros em tais páginas são igualmente válidas para o uso destas mesmas obras em qualquer *website*, de maior ou menor porte.

*Blogs*<sup>122</sup> são diários virtuais, tratados pelos usuários como diários comuns, com a diferença (paradoxal) que são diários públicos, disponíveis, na maioria das vezes, a qualquer pessoa que o acesse por meio da *internet*.

Os *blogs* surgiram em 1997, mas sua popularização ocorreu a partir de 1999, quando o *bloggger.com* disponibilizou esse serviço aos internautas. Antes, só tinha blog quem entendia de linguagem de programação.<sup>123</sup>

Os *blogs* se popularizaram como forma de servirem como verdadeiros propagadores de idéias, quer de cunho político,<sup>124</sup> jornalístico<sup>125</sup> ou meramente confessional.<sup>126</sup>

122 O termo é de origem americana e é proveniente da contração das palavras *web* (página na *internet*) e *log* (diário de navegação). O termo original seria *weblog*, mas com o tempo acabou sendo abreviado para *blog*. SCHITTINE, Denise. **Blog: Comunicação e Escrita Íntima na Internet**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004. p. 60.

123 BROD, Maria Cecília. *Website* do Instituto de Educação Superior de Brasília. Disponível em [http://www.iesb.br/grad/jornalismo/na\\_pratica/noticias\\_detalhes.asp?id\\_artigo=3980](http://www.iesb.br/grad/jornalismo/na_pratica/noticias_detalhes.asp?id_artigo=3980). Acesso em 11 de fevereiro de 2006.

124 De acordo com Fábio Seixas, conforme escrito em seu *blog*, “na última eleição presidencial dos Estados Unidos (...) centenas de *blogs* políticos foram utilizados por leitores ávidos por delinear suas opções eleitorais ou para opinar ou pressionar as autoridades sobre as fraudes na Flórida (...)”. Disponível em [http://blog.fabioseixas.com.br/archives/insatisfacoes\\_criativas/](http://blog.fabioseixas.com.br/archives/insatisfacoes_criativas/). Acesso em 11 de fevereiro de 2006.

125 Conforme menciona David Gallagher, “os *blogs* surgiram no fim da década de 1990 quando novos *softwares* tornaram relativamente simples que qualquer um se tornasse editor, criando e atualizando um *site* quantas vezes quiser. Os jornalistas autodidatas podem analisar artigos recentemente publicados, acrescentando muitas vozes ao debate nacional. Os *blogs* foram promovidos por alguns comentaristas como um possível desafio às agências de notícias tradicionais. Mas o formato também chama a atenção de jornalistas profissionais, e muitos publicam *blogs* como uma forma de aplicar sua criatividade, como uma forma de aumentar sua visibilidade ou, cada vez mais, como parte de seus trabalhos”. Disponível em [http://72.14.207.104/search?q=cache:\\_bYPUTbsaNYJ:www.gardenal.org/penpas/archives/002252.html+%22os+blogs+surgiram%22&hl=pt-BR&gl=br&ct=clnk&cd=7](http://72.14.207.104/search?q=cache:_bYPUTbsaNYJ:www.gardenal.org/penpas/archives/002252.html+%22os+blogs+surgiram%22&hl=pt-BR&gl=br&ct=clnk&cd=7). Acesso em 11 de fevereiro de 2006.

126 Denise Schittine apresenta interessantes argumentos a respeito da aparente sensação de conforto que os *blogs* podem representar na sociedade contemporânea: “Eu me lem-

Nos Estados Unidos, a facilidade de criação de material *online* permite que a maioria dos adolescentes norte-americanos manipule mídias digitais. Conforme notícia publicada no *website* da Folha de São Paulo, cerca de 20% (vinte por cento) de jovens nos Estados Unidos têm *blogs*:<sup>127</sup>

Cerca de três em cada cinco adolescentes dos Estados Unidos com acesso à *internet* já criaram material *on-line* e um quinto deles tem seu próprio *blog*, segundo uma pesquisa divulgada nesta quinta-feira [em novembro de 2005].

O estudo da Pew Internet and American Life Project mostra que 25% das meninas de 15 a 17 anos mantêm seu próprio diário

---

bro, logo existo'. Seria esta a leitura que o escritor George Perec faria da célebre frase de René Descartes. Sem lembranças não somos ninguém – a memória é nosso próprio ser, nossa fibra íntima. Marcel Proust achava que o trabalho da memória era o de construir fundações duráveis no meio das ondas. Talvez seja um trabalho realmente muito difícil. O fato é que, atualmente, temos a impressão de que cada dia vivido leva com ele lembranças irrecuperáveis. Que os indivíduos sofrem de uma amnésia crônica e têm a sensação de deixar de “existir”, de deixar de ocupar seu lugar no mundo por causa disso. É cada vez mais difícil construir fundações duráveis, porque o ritmo de informações recebidas e processadas diariamente é enorme, e a produção de memória a partir dessas informações é muito acelerada. O tipo de texto que o diário íntimo no computador permite criar, mais íntimo e informal, possibilita acompanhar de forma paralela o fluxo de memorização. Quando pensamos em guardar alguma informação, podemos imediatamente escrevê-la e guardá-la em arquivo ou colocá-la na internet, o que nos permite ter a sensação de controle sobre a memória”. SCHITTINE, Denise. **Blog: Comunicação e Escrita Íntima na Internet**. Cit., p. 119. Mais adiante, e acerca do mesmo tema, a autora traça interessante paralelo entre a elaboração de um *blog* e o conto do escritor argentino Jorge Luís Borges, “O Livro de Areia”: “É essa sensação de continuidade, como num enorme livro de arquivos intermináveis, que faz com que o diarista escreva sobre os mais diversos assuntos, sem se perguntar se sua própria memória será capaz de guardá-los ou não. Quando um diarista escreve seu *blog* na internet, pensa nele como O Livro de Areia, de Borges: ‘Disse que o seu livro se chamava livro de areia, porque nem o livro nem a areia têm princípio ou fim’. Cada uma das páginas nunca é igual à outra, não é preciso que o livro tenha princípio ou fim, não é preciso virar a página, fechar o caderno. Os dias estão lá pontuados, marcados, mas se o número de páginas aumenta, fica cada vez mais difícil encontrá-los de novo – já que o *blog* não possui ainda um mecanismo de busca que nos permita procurar determinado assunto por tema ou por data. Ao consultar um *blog*, nos sentimos como o personagem do conto de Borges, que tenta em vão abrir o livro na mesma página, mas acaba sempre encontrando uma nova. É como se os *posts* fossem aqueles grãos de areia, soltos no espaço virtual, escapando por entre os nossos dedos, escapando à nossa memória”. SCHITTINE, Denise. **Blog: Comunicação e Escrita Íntima na Internet**. Cit., p. 128.

127 Folha de São Paulo. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u19202.shtml>. Acesso em 11 de fevereiro de 2006.

pessoal, enquanto 15% dos meninos nesta faixa etária fazem o mesmo.

Entre os adultos, somente 7% têm *blogs* e 26% dizem ler diários virtuais com frequência - um número baixo se comparado aos 38% que declaram fazê-lo entre a população mais jovem.

O que explica esta atração pelos '*blogs*', dizem os pesquisadores, é o desejo de manter contato com conhecidos. 'Para os adolescentes norte-americanos os *blogs* são uma maneira de se expressar e manter suas redes de amizades', afirma Amanda Lenhart, diretora do estudo.

A maioria dos jovens não passa muito tempo em *blogs* com muito tráfego, diz Lenhart, pois eles se interessam mais pelas páginas relacionadas a amigos ou família.

Para o levantamento dos dados, 1.100 jovens norte-americanos de 12 a 17 anos e seus pais foram entrevistados em novembro do ano passado.

Mesmo na China, onde a liberdade de expressão é estreitamente vigiada pelo governo, os *blogs* tornaram-se um sucesso tão logo foram implementados:<sup>128</sup>

Em pouco tempo, os *blogs* tomaram de assalto a China, país carente de fóruns onde as pessoas possam dizer o que pensam da vida com (um pouco) mais de liberdade. Hoje, são cerca de cinco milhões de blogueiros na China, uma turma ainda pequena se considerados os mais de cem milhões de usuários de *internet* do país. É uma fenomenal quantidade de gente, deixando a China ainda mais perto dos Estados Unidos, o país com mais pessoas conectadas à rede: 200 milhões, segundo a *Internet World Stats*. Mas toda essa gente interconectada e alerta em tempo real também representa uma ameaça à hegemonia de poder do Partido Comunista da China, e a *internet* não poderia ficar fora das amarras e da censura imposta pelo governo com cada vez mais frequência a partir de 2000. Estima-se que existam hoje cerca de 30 mil pessoas trabalhando na censura da internet na China, além de programas que

---

128 Scofield Jr., Gilberto. Blog na China: sucesso de público driblando o silêncio. O Globo on line. Disponível em <http://oglobo.globo.com/jornal/suplementos/informaticaetc/168984786.asp>. Acesso em 11 de julho de 2005.



rastreiam imediatamente cerca de mil palavras 'impróprias', como manifestação, Taiwan, Dalai Lama e censura, entre outras.

Em razão da disseminação maciça dos *blogs* nos Estados Unidos,<sup>129</sup> e, entre outros motivos, diante da potencial ameaça dos usuários de *blogs* à propriedade intelectual protegida, a Electronic Frontier Foundation (EFF) publicou guia jurídico *online* para ajudar os autores de *blogs* (vulgarmente conhecidos como blogueiros) a escrever sem medo na internet.<sup>130</sup> A esse assunto, voltaremos no capítulo seguinte.

Os *fotologs* partem do mesmo pressuposto de serem diários virtuais onde o usuário expõe, normalmente, sua intimidade. Têm a peculiaridade de serem verdadeiros álbuns de fotografia, onde os usuários parecem mais interessados em compartilhar imagens do que textos. No entanto, uma vez que as funções de *blogs* e *fotologs* são facilmente intercambiáveis, fazemos a estes as mesmas observações já tecidas acima acerca daqueles.

*E-mails* são mensagens eletrônicas pessoais que já há algum tempo substituíram substancialmente as cartas *físicas* enviadas por meio das agências de correio.<sup>131</sup> A rapidez e o baixo custo das mensagens eletrônicas contribuíram decisivamente para sua popularização.

O *e-mail* em si poderá ser protegido pelo direito autoral desde que lhe seja insita a característica de criatividade. Nas palavras de Henrique Gandelman:<sup>132</sup>

---

129 Os *blogs* que, em um primeiro momento, eram vistos como uso desprezioso da *internet*, especialmente entre os jovens, dão sinais de que podem também ser lucrativos. O site do jornal "O Globo" publicou, em 12 de março de 2006, matéria informando que há *blogs* avaliados em mais de US\$ 1 milhão, e que o mercado de *blogs* permitiu a venda da *Weblogs*, companhia guarda-chuva de diversos *blogs*, para a gigante AOL, pela cifra de US\$ 25 milhões. Disponível em <http://oglobo.globo.com/jornal/economia/192237984.asp>. Acesso em 12 de março de 2006.

130 MACHADO, André. Quando os *Blogs* Ficam Sob o Martelo do Juiz. **O Globo**, Rio de Janeiro, 04 de julho de 2005. Informática Etc., p. 3.

131 "Por certo os idealizadores da *Arpanet* (que se transformou na conhecida *Internet*) não imaginaram que o correio eletrônico, o popular *email*, tomara as proporções que tomou. Todavia, várias foram as razões a justificar sua popularização: rapidez, baixo custo (a transmissão de um milhar de mensagens através da *Internet* têm um custo equivalente ao de uma 'carta física'), desnecessidade de remetente e destinatário estarem simultaneamente disponíveis *et coetera*". SILVA NETO, Amaro Moraes. **Emails Indesejados à Luz do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2002. p. 54.

132 GANDELMAN, Henrique. **De Gutenberg à Internet – Direitos Autorais na Era Digital**. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 178.

Muitas mensagens nada têm de criativas, são meramente troca de informações (até mesmo “fococas” entre colegas da mesma empresa), e nesse caso, não protegidas por *copyright*. As cartas que apresentam formas de expressão originais, com características de criatividade, estas sim estão protegidas, como se fossem textos originais (LDA/98, art 5º [sic], I), e, portanto, sua reprodução deve ser expressamente autorizada.

Note-se, entretanto, que por meio de *e-mails*, é possível o envio de diversos arquivos anexos, incluindo textos, fotografias, reproduções de trabalhos de artes gráficas e artes plásticas, músicas e até mesmo filmes.

Em interpretação literal da lei, o envio por *e-mail* da íntegra de obras protegidas por direitos autorais estaria vedado nos termos da LDA, em razão do disposto em seu art. 46, II, que autorizaria a reprodução apenas de pequenos trechos das obras protegidas, e nunca da obra na íntegra.<sup>133</sup> Uma vez que a polêmica acerca do dispositivo legal citado abrange inclusive a possibilidade de o usuário da *internet* fazer uma cópia integral da obra para armazenamento em seu próprio computador, necessariamente abrangerá o envio desta mesma cópia a terceiros.

Ocorre que, conforme tivemos oportunidade de nos manifestarmos anteriormente, a eficácia do dispositivo legal do art. 46, II, da LDA é reduzida em razão de seu difícil monitoramento. Se já é suficientemente complicado verificar em páginas disponíveis na *internet* o uso não autorizado de obras alheias protegidas, tanto mais difícil (quicê impossível) verificar o uso dessas mesmas obras em ambiente privado ou em correspondência trocada entre particulares.

Outra forma de uso de obras alheias protegidas por direitos autorais que se popularizou incrivelmente, sobretudo no Brasil, foi por meio da interação em *websites* dedicados a criar cadeias de relacionamento, como o Orkut.

O Orkut foi criado em fevereiro de 2003 por um dos analistas de sistemas do Google, Orkut Buyukkokten. O objetivo é montar um círculo de amigos. Assim, quem é convidado a participar e aceita o convite faz um cadastro e passa a ter uma página exclusiva, que pode ter até fotos. Lá, a pessoa tem espaço para colocar seus dados pessoais, gos-

---

<sup>133</sup> Há respeitáveis opiniões contrárias, sobretudo do autor português José de Oliveira Ascensão, que já tivemos oportunidade de mencionar acima.

tos e preferências, e montar o seu grupo de amigos. Mas só pode entrar no sistema quem é convidado por alguém que já está integrado. É uma sala de encontro, só que num espaço virtual.<sup>134</sup>

Uma vez que os usuários do Orkut podem adicionar fotos e textos tanto na configuração de seu perfil quanto na área de fotos ou nas áreas destinadas à discussão de determinados assuntos (chamadas “comunidades”), é fácil perceber que obras protegidas por direitos autorais podem ser inseridas independentemente de autorização.

Curiosamente, o que se tem constatado é que o Orkut vem servindo muito mais à prática de crimes relacionados a racismo ou a honra do que crimes relativos à violação de direitos autorais.<sup>135</sup>

134 ORKUT: Sucesso no Mundo e em Franca. Disponível em <http://72.14.207.104/search?q=cache:t0-wehcQfGUJ:www.difusora.com.br/noticias.asp%3Fvalor%3D+Geral+%22orkut+foi+criado%22&hl=pt-BR&gl=br&ct=clnk&cd=5>. Acesso em 11 de fevereiro de 2006.

135 O jornal O Globo, em seu caderno de informática de 12 de setembro de 2005, apresenta contundente matéria a respeito do (mau) uso do orkut, que assim se inicia: “Sou um cara tranquilo, não gosto de animais, nem de pretos! Outro dia eu estava passeando de carro, quando vi um cachorro grande, não me lembro, nem perco meu tempo para saber raças de cachorros, eu parei o carro do lado do bicho, foi um tiro certeiro em sua cabeça! Peguei o corpo do cachorro, enfiei dentro de um saco plástico, levei e joguei em frente a uma ONG aqui no Rio! Melhor de tudo é que eu liguei avisando que tinha um cachorro lá morto dentro de um saco’. Acredite quem quiser, mas essa é a forma como um certo cidadão se descreve no Orkut. Já no primeiro parágrafo ele consegue declarar seu racismo e faz apologia aos maus-tratos a animais. Brincadeira de mau gosto ou incitação ao ódio e à intolerância? Infelizmente, ele não é o único. Concentrados em comunidades espalhadas pelo Orkut e crentes de que estão protegidos sob o véu do anonimato, milhares de internautas resolveram partir para o ataque frontal a seus desafetos usando como ‘palco’ o mural de recados do Google (*scrapbook*) e os fóruns das comunidades”. MONTEIRO, Elis. Qual o Limite da Intolerância? O Globo, Informática Etc., 12 de setembro de 2005, p. 1. Em outra interessante matéria publicada no *website* Consultor Jurídico, informa-se que “O Ministério Público de São Paulo prepara uma forte investida contra comunidades racistas do Orkut, o *site* de relacionamentos na *internet* que virou mania nacional. Esta semana, o promotor de Justiça Christiano Jorge Santos, do Gaeco — Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado, começou a colher os frutos de seis meses de investigação das comunidades criadas no *site*. O promotor — especialista em crimes de preconceito e discriminação — já identificou quatro internautas que criaram comunidades que apregoam e incitam a discriminação contra negros e que contêm mensagens neonazistas”. E mais adiante: “A revista Consultor Jurídico fez uma busca no Orkut usando a expressão ‘odeio’ e o resultado foi assustador. A lista do ódio é longa. Há aqueles que odeiam apenas ‘acordar cedo’ ou ‘filmes dublados’. Mas, pelo menos 60 comunidades são dedicadas à discriminação contra negros, gays, nordestinos e judeus. Exemplos escatológicos não faltam. É o caso da comunidade intitulada ‘Judeu — prefiro o meu ao ponto’, com 18 integrantes, onde um deles dá a receita de ‘como matar 150 judeus’. Outro grupo criado por um internauta que se denomina Matheus Almeida, se define como uma ‘ONG que luta contra gays’ e tem 63 membros. A exigência para fazer parte do seletto grupo é a seguinte: ‘Se você vê um gay na rua e sente vontade de bater

Foi noticiado, entretanto, um caso no estado de Goiás, envolvendo uma artista plástica que, tendo seus desenhos publicados indevidamente no Orkut, acabou ensejando ação judicial, ainda que relacionada a crime contra a honra.<sup>136</sup>

Uma artista plástica brasileira teria criado desenhos feitos com caracteres do teclado do computador. No entanto, comunidade do Orkut apelidada de “Criadores de Desenhos” copiou os desenhos sem autorização e como se fossem da autoria de outra pessoa.

Dessa forma, e como sói acontecer nesses casos, a artista plástica notificou a comunidade, solicitando a exclusão de seus desenhos. Em vez de procederem à retirada dos desenhos, conforme solicitado, os membros da comunidade espalharam mensagens ofensivas à honra da artista.

Por esse motivo, a artista plástica recorreu ao poder judiciário solicitando concessão de liminar para a exclusão da comunidade “Criadores de Desenhos” do site Orkut, sob pena de multa diária, afirmando, depois de emenda à petição inicial, que iria promover ação indenizatória por danos materiais e morais.

O juiz Rodrigo de Silveira, do 9º Juizado Especial Cível de Goiás, acolheu em parte o pedido da artista plástica, determinando somente a exclusão de todos os textos ofensivos à honra e a imagem da artista plástica, sob pena de multa de R\$ 500,00 (quinhentos reais por dia).<sup>137</sup>

Casos como esses são raros e, diante de suas peculiaridades, percebe-se que a demanda judicial somente se originou em razão das ofensas praticadas. Na verdade, o que ocorre é que, na prática, as violações de direitos autorais realizadas por particulares no âmbito da *internet* acabam tendo pouca repercussão. Normalmente, no caso de o autor se sentir prejudicado com a inserção de sua obra, sem autorização, em *website* alheio, notificará o infrator para que este retire a obra do *website*, no que é muitas vezes atendido.

---

e esquartejar ele, junte-se a nós”. HAIDAR, Rodrigo. Terra de Ninguém. Disponível em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/35213,1>. Acesso em 11 de fevereiro de 2006.

136 COSTA, Priscyla. Rede de Ofensas. Disponível em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/38645,1>. Acesso em 11 de fevereiro de 2006.

137 Em comentário à decisão, afirma Nehemias Gueiros Jr., “percebe-se que a movimentação jurídica iniciou-se com fundamento em direitos autorais, já que a artista solicitou ao Orkut que excluísse sua arte gráfica, devido ao fato de estar sendo utilizada sem a autorização do titular legítimo”. COSTA, Priscyla. Rede de Ofensas. Disponível em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/38645,1>. Acesso em 11 de fevereiro de 2006.

A opção de partir para um litígio judicial é sempre extremada, diante dos custos envolvidos e da demora na decisão. Por isso, a composição extrajudicial, nos casos que envolvem particulares e uso de obras alheias em páginas pessoais, é normalmente preferida.

O *website* Consultor Jurídico informou, em 10 de dezembro de 2005, que em São Paulo foi decidido judicialmente um caso em que o responsável por uma página da *internet* que reproduziu capítulos de um livro, sem a autorização do autor, foi condenado a pagar R\$ 42.300,00 (quarenta e dois mil e trezentos reais) por danos patrimoniais ao autor da obra.<sup>138</sup>

O titular de determinado *website* copiou partes de um livro a respeito de perícia judicial e o tornou disponível ao público. O autor do livro se sentiu prejudicado ao saber, por meio de sua editora, que esta não teria interesse em republicar o livro uma vez que grandes trechos da obra se encontravam à disposição do público, gratuitamente, na *internet*.

Por esse motivo, decidiu mover ação contra o titular do *website*, pleiteando danos morais e patrimoniais.

Na decisão, a juíza da 21ª Vara Cível da Comarca da Capital de São Paulo acolheu o pedido referente aos danos patrimoniais, mas rechaçou o pedido de danos morais. No entanto, ao analisar a decisão prolatada, percebe-se o quanto a inteligência do art. 46 da LDA causa confusão ao intérprete do direito.

Vejam-se trechos da decisão:<sup>139</sup>

O réu não refuta ser ele o responsável pelo 'site' indicado na inicial ([www.jakobi.com.br](http://www.jakobi.com.br)), tendo-se como verdadeiro ser ele o responsável pelos dados inseridos na referida página eletrônica. E, também, não refuta terem sido introduzidos, na página eletrônica indicada, trechos inteiros do livro de autoria do autor. Isso é o quanto basta para se concluir pela procedência da ação, no tocante ao pedido de indenização por danos materiais.

O autor, como autor do livro indicado, tem a proteção da obra de sua autoria, com a integral proteção do trabalho por ele produzido. Neste sentido o que dispõe a Lei 9.610/98. O réu não poderia

138 AGUIAR, Adriana. Livro na Web sem Autorização Viola Direito Autoral. Disponível em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/40136,1>. Acesso em 30 de janeiro de 2006.

139 AGUIAR, Adriana. Livro na Web sem Autorização Viola Direito Autoral. Disponível em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/40136,1>. Acesso em 30 de janeiro de 2006.

inserir, em sua página eletrônica, textos inteiros da obra do autor, não podendo ser aceito o argumento lançado pelo réu, de que ele assim agiu somente para pesquisa pessoal. Ao inserir os textos indicados em seu 'site', o réu deu publicidade aos mesmos, e por se tratar de obra protegida por lei, tem a obrigação de indenizar o autor, pelos danos suportados.

(...)

Ainda que não tenha sido feita 'edição fraudulenta', comporta aplicação o disposto no parágrafo único do artigo 103 da Lei 9.610/98, já que não se tem como demonstrar e comprovar o número de vezes que os trechos do livro do autor foram acessados por terceiros, por não haver informação de quantas pessoas visitaram o 'site' em que foram eles disponibilizados.

***Assim, o cálculo feito pelo autor, com a divisão do número de páginas do livro, pelo número de páginas reproduzidas ilícitamente, com o cálculo do valor de venda de cada exemplar (R\$ 35,00), apura-se o valor de R\$ 14,11 (quatorze reais e onze centavos) por cada exemplar, que deve ser multiplicado pelo número indicado no parágrafo único do artigo 103 da Lei 9.610/97, estimado em três mil exemplares, tem-se o valor de R\$ 42.330,00 (quarenta e dois mil, trezentos e trinta reais) como o valor da indenização pelos danos materiais suportados pelo autor. (grifo nosso)***

Aparentemente, de acordo com a parte acima grifada e tendo por fundamento exclusivamente a matéria disponível no *website* mencionado, o valor da indenização foi feito levando-se em conta o número total de páginas tornadas disponíveis na *internet*. Por cálculo efetuado a partir de regra de três simples, percebe-se que os R\$ 14,11 (quatorze reais e onze centavos), que seriam o 'valor comercial' das páginas reproduzidas, representam 40,31% (quarenta por cento e trinta e um centésimos) do valor total do livro, cujo valor de venda seria de R\$ 35,00 (trinta e cinco reais).

Daí, infere-se que o número de páginas reproduzidas sem a devida autorização do autor seria equivalente a aproximadamente 40% (quarenta por cento) do total do livro.

De acordo com o texto do art. 46 da LDA, não poderíamos incluir a conduta do titular do *website* no disposto no inciso II, já que não se trata de reprodução para uso privado do copista.

Acreditamos que o permissivo legal que poderia ser invocado em defesa do titular do *website* seria o inciso III do mesmo art. 46, que determina que não constitui ofensa aos direitos autorais a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de pas-

sagens 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.

Observe-se que, diferentemente do inciso II do art. 46, o inciso transcrito não se refere a pequenos trechos, mas sim a “passagens” e “na medida justificada para o fim a atingir”. Assim, caberá ao intérprete decidir qual a **medida** em que as obras alheias poderão ser utilizadas sem violação do dispositivo legal.

Parece-nos entretanto que se, ainda que em abstrato, possa parecer excessivo o uso de 40% (quarenta por cento) de obra alheia sem a autorização necessária, é certamente também excessivo acreditar-se que, usados 40% (quarenta por cento) da obra, seja esse uso **integralmente** violador da LDA. Afinal, se a lei dá o permissivo de uso de “passagens” de obras alheias, independentemente de autorização, certamente parte desse uso pelo titular do *website* foi realizado em conformidade com a lei, ainda que não o tenha sido em sua integridade.

Além disso, é certo que 40% (quarenta por cento) de uma obra nem sempre valerão exatos 40% (quarenta por cento) de seu valor de mercado, uma vez que dependerá do quanto esses 40% (quarenta por cento) reproduzidos constituem uma tese revolucionária, são fruto de maior labor do autor do que os 60% (sessenta por cento) restantes ou se, ao contrário, são dados públicos, prosaicos, históricos ou acessíveis por outros meios. Há que se indagar, também, se os 40% (quarenta por cento) estavam sendo citados dentro da medida justificada para atingir o fim pretendido e, ainda, se contribuíam para elaboração de obra nova (ver, nesse particular, decisão do Tribunal Constitucional Alemão mencionada na nota 214).

O que se quer argumentar é que talvez fosse mais correto considerar-se que, no caso em concreto, o uso de 10% (dez por cento) ou de 20% (vinte por cento) da obra não caracterizaria violação à LDA, de modo que a indenização seria devida – se fosse o caso – com relação ao excedente. De toda sorte, o percentual que o magistrado considerasse em conformidade com a LDA deveria ser justificado na decisão, a partir das peculiaridades da obra.

Outro aspecto contestável é a aplicação do disposto no parágrafo único do art.103 da LDA,<sup>140</sup> uma vez que obra disponível na *internet*

---

<sup>140</sup> **Art. 103:** Quem editar obra literária, artística ou científica, sem autorização do titular, perderá para este os exemplares que se apreenderem e pagar-lhe-á o preço dos que tiver vendido.

não envolve a reprodução de exemplares. Se nesse aspecto concordamos acima com José de Oliveira Ascensão,<sup>141</sup> de que a obra disponível na *internet* não está abrangida entre os direitos patrimoniais do autor de reprodução ***justamente por não ser possível a fixação de exemplares***, não temos como concordar com o critério adotado para a aferição do valor devido pelo uso não autorizado da obra.

Com o avanço da tecnologia, os problemas decorrentes do uso não autorizado das obras alheias ultrapassaram os limites da simples cópia, primeiro tangível e depois intangível.

O advento da tecnologia conhecida como p2p (*peer-to-peer* - entre colegas ou ponto a ponto<sup>142</sup>), ensejou recente manifestação da Suprema Corte dos Estados Unidos. Antes de comentarmos brevemente o caso, é necessário fazer rápida digressão envolvendo dois outros casos notórios referentes ao uso de tecnologia e obras protegidas por direitos autorais nos Estados Unidos.

Em 1976, quando a Sony lançou o videocassete formato Betamax, a Universal Studios e a Walt Disney propuseram ação contra a Sony acusando-a de incitar a violação de direitos autorais e, após batalha judicial que durou oito anos, a Suprema Corte norte-americana finalmente reconheceu que o uso de videocassete não configurava pirataria.<sup>143</sup>

Em análise detalhada do caso, Lawrence Lessig aponta os seguintes aspectos relevantes do importante caso envolvendo a gravação em videocassetes:<sup>144</sup>

---

Parágrafo único: Não se conhecendo o número de exemplares que constituem a edição fraudulenta, pagará o transgressor o valor de três mil exemplares, além dos apreendidos.

141 Ver item 2.3.1 acima.

142 ELIAS, Paulo Sá. Novas Tecnologias, Telemática e os Direitos Autorais. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3821>. Acesso em 06 de março de 2003.

143 Consultor Jurídico. Por que somos contra a propriedade intelectual? Disponível em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/27467,2>. Acesso em 30 de janeiro de 2006.

144 No original, lê-se que: "*Disney's and Universal's claim against Sony was relatively simple. Sony produced a device, Disney and Universal claimed, that enabled consumers to engage in copyright infringement. Because the device that Sony built had a "record" button, the device could be used to record copyrighted movies and shows. Sony was therefore benefiting from the copyright infringement of its customers. It should therefore, Disney and Universal claimed, be partially liable for that infringement. There was something to Disney's and Universal's claim. Sony did decide to design its machine to make it very simple to record television shows. It could have built the machine to block or inhibit any direct copying from a television broadcast. Or possibly, it could have built the machine to copy only if there were a special "copy me" signal on the line. It was clear that there were many television shows that did not grant anyone permission to copy. Indeed, if anyone had asked, no doubt the majority of shows would not have authorized copying. And in the face*



O processo da Disney e da Universal contra a Sony era relativamente simples: a Sony produziu um dispositivo, de acordo com a Disney e a Universal, que permitia aos consumidores que praticassem violação de direitos autorais. Uma vez que o produto que a Sony havia desenvolvido possuía um botão para gravação, o dispositivo poderia gravar filmes protegidos por direitos autorais e programas de televisão. A Sony estaria então se beneficiando por meio da violação de direitos autorais praticadas por seus consumidores. Por esse motivo, segundo a Disney e a Universal, deveria ser co-responsável pela violação.

Um aspecto há que ser ressaltado no processo. A Sony efetivamente decidira produzir o videocassete de modo a que fosse bastante simples a gravação de programas televisivos. Poderia ter desenvolvido o produto de modo a bloquear ou inibir qualquer gravação direta da rede de programas transmitidos. Ou, ainda, poderia ter desenvolvido o produto para apenas copiar o programa se houvesse um sinal de “cópia autorizada”. Estava claro que havia diversos programas de televisão que não davam a ninguém autorização para serem copiados. De fato, se alguém tivesse perguntado, não haveria dúvidas de que a maioria dos programas não teria tido a autorização para gravação concedida. E diante dessa óbvia linha de raciocínio, a Sony poderia ter construído um sistema para minimizar as oportunidades de violação de direitos autorais. Mas assim não o fez, e por isso, a Disney e a Universal queriam fazê-la responsável pela arquitetura escolhida.

No entanto, o que prevaleceu na Suprema Corte foi a decisão de que o uso de videocassete estaria abrigado na teoria do *fair use* em razão do *time-shifting*,<sup>145</sup> que permitiria aos usuários do videocassete

---

*of this obvious preference, Sony could have designed its system to minimize the opportunity for copyright infringement. It did not, and for that, Disney and Universal wanted to hold it responsible for the architecture it chose*. LESSIG, Lawrence. **Free Culture**. Cit., pp. 75-76.

145 A esse respeito, José de Oliveira Ascensão assim se manifesta: “Podem-se fazer gravações de programas ou de outras obras audiovisuais, com a finalidade de as ver posteriormente. (...). Nesse caso, o utente não vê imediatamente, porque por exemplo não tem disponibilidade horária (...). Todavia, a gravação é meramente provisória, pois destina-se a tornar possível a visão posterior” ASCENSÃO, José de Oliveira. O Cinema na Internet, as Hiperconexões e os Direitos dos Autores. **Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002. p. 231.

assistirem aos programas gravados nos horários que lhes fossem mais convenientes.<sup>146</sup>

Um argumento fundamental utilizado no caso em análise foi o de que o videocassete se prestava a uma série de usos que não feriam direitos autorais de terceiros, como por exemplo a produção de vídeos caseiros. Além disso, a proibição do uso do videocassete impediria os usuários de gravar material não protegido por direitos autorais ou material cuja cópia tivesse sido autorizada pelo seu titular.<sup>147</sup>

Alguns anos mais tarde, o desenvolvimento da tecnologia permitiu que aqueles que quisessem ter acesso a determinada obra protegida por direitos autorais não precisassem mais esperar que ela fosse exibida em um canal de televisão (quando poderiam gravá-la), nem tampouco precisariam ir a uma locadora de filmes ou de CD para, se assim desejassem, fazerem uma cópia da obra que eventualmente tivessem alugado. Agora, era possível conseguir virtualmente qualquer obra – filmes, músicas, textos – sem sair de casa e sem pagar praticamente nada por isso. Trata-se da tecnologia denominada *peer-to-peer*.<sup>148</sup>

146 BETTIG, Ronald V. *Copyrighting Culture*. Cit., p. 176. O autor aponta os principais fundamentos usados na decisão: "*In a significant recognition of the First Amendment dimensions of copyright law, the court found noncommercial home taping a use that 'served the public interest in increasing access to television programming (...). The Court recognized that 'access is not just a matter of convenience, as plaintiffs have suggested. Access has been limited not simply by inconvenience but by basic need to work. Access to the better programs has also been limited by the competitive practice of counterprogramming'. The 'free' broadcast of the programming to the public and the noncommercial, private nature of home VCR recording and use convinced the district court that this activity was a fair use. The Supreme Court agreed and to that extent also held that Sony was not liable for contributory infringement*". Em tradução livre do autor, lê-se que: "Em significante reconhecimento da Primeira Emenda com relação aos direitos autorais, a corte considerou a gravação não comercial em videocassete um uso que 'servia ao interesse público de aumento do acesso aos programas de televisão (...). A Corte reconheceu que "acesso não é apenas matéria de conveniência, conforme sugerido pelos autores da ação judicial. Acesso tem sido limitado não apenas pela inconveniência mas pela necessidade básica de se trabalhar. Acesso a programas melhores tem sido limitado também pela prática competitiva da contraprogramação. A transmissão 'livre' de programas para o público e a natureza não comercial e privada da gravação em videocassete doméstico convenceram a corte distrital de que a atividade caracterizava *fair use*. A Suprema Corte concorda e, nesse sentido, também sustenta que a Sony não é responsável por contribuir com violação dos direitos autorais".

147 BETTIG, Ronald V. *Copyrighting Culture*. Cit., p. 176. No original, lê-se que: "*The Court identified the many noninfringing uses that the Betamax had as well, for example home videomaking. The Supreme Court also stressed that an injunction against the sale of the Betamax would deprive VCR users of the ability to tape noncopyrighted material or material whose owners consented to the copying*".

148 A tecnologia *peer-to-peer* também é referida como *file sharing*. A esse respeito, Renato Opice Blum e Juliana Abrusio dissertam: "*File Sharing* é o ato de disponibilizar para

Por meio desta tecnologia, é possível o compartilhamento de arquivos de música, filmes, textos, fotos e demais obras, desde que passíveis de serem colocadas na *internet*. Dessa forma, basta a utilização de um dos inúmeros mecanismos de buscas disponíveis para se encontrar a obra desejada. A partir daí, o computador providencia o *download* do arquivo, fazendo uma cópia da obra, que é armazenada no disco rígido do computador.

Os benefícios para o consumidor de cultura são evidentes. Observe-se o que diz Paulo Sá Elias a respeito da matéria:<sup>149</sup>

A verdade é que não há coisa melhor do que a possibilidade da troca de arquivos na arquitetura *peer-to-peer* pela *Internet*, em especial, músicas. Não há sensação mais agradável do que encontrar em poucos segundos aquela música ou trilha sonora que era procurada durante anos e anos em diversas lojas e nunca era possível encontrar. Imagine não ter que pagar trinta, quarenta e até mesmo setenta reais por um CD (*compact disc*) com 12 ou 13 faixas de músicas, sendo que do rol escolhido pela gravadora (para o exemplo citado) pode acontecer (o que não é incomum) apreciarmos tão-somente duas, três ou no máximo cinco faixas? Não seria muito mais interessante comprar somente as músicas preferidas pela Internet? Criar um CD a gosto do freguês? Atualmente é exatamente isto que está acontecendo cada vez mais.

Evidentemente que se assim pode parecer ao consumidor de músicas – ou filmes -, não é tal opinião compartilhada pela indústria do entretenimento. O caso mais célebre até o momento relacionado com a troca de arquivos entre usuários da internet é vulgarmente conhecido como o Caso Napster.

---

cópia, um ou mais arquivos, por meio de *software* que permita fazê-lo. (...) Não havendo prévia autorização do titular do direito autoral ou conexão sobre estas obras, a prática do *File Sharing* constituirá infração sob a égide da Lei 9.610/98". BLUM, Renato M. S. Opice e ABRUSIO, Juliana Canha. Lemos, Ronaldo e WAISBERG, Ronaldo. (Org.). Direito Autoral Eletrônico. Cit., p. 298.

149 ELIAS, Paulo Sá. Novas Tecnologias, Telemática e os Direitos Autorais. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3821>. Acesso em 06 de março de 2003. p. 9.

Em poucas palavras, pode ser assim descrito:<sup>150</sup>

O Napster era um programa 'ponto a ponto' desenvolvido em 1999 pelo estudante Shawn Fanning que buscava superar a dificuldade de encontrar música em formato MP3 na *internet*. Até então, as músicas em formato MP3 eram disponibilizadas principalmente por meio de servidores FTP que, em geral, ficavam no ar apenas até uma grande gravadora encontrar o servidor e enviar uma mensagem ameaçando deflagrar um processo judicial. Para superar essa dificuldade, Fanning projetou um sistema ponto a ponto, em que usuários poderiam acessar arquivos em pastas compartilhadas em computadores de outros usuários através de *links* recolhidos por um servidor. Assim, suprimia-se a mediação dos servidores que armazenavam os arquivos. Os arquivos de música ficavam no computador de cada usuário e o servidor do Napster apenas disponibilizava os *links* de acesso a eles. O Napster trazia uma concepção inteligente que descentralizava o armazenamento dos arquivos. Com isso, criava uma situação legal ambígua. Não se tratava mais de um grande servidor distribuindo música, mas de uma rede de usuários trocando generosamente arquivos de música entre si. De certa forma, nada distinguia a troca de arquivos na rede Napster do hábito que as pessoas sempre tiveram de gravar fitas cassetes para os amigos. A diferença era que isso era feito numa rede de cinco milhões de usuários - e foi com base nessa grande dimensão que a RIAA, a associação das gravadoras americanas, sustentou um processo contra o Napster.

Em comentário ao Caso Napster, José de Oliveira Ascensão<sup>151</sup> afirma que diante da facilidade com que os arquivos de música eram trocados entre os usuários, houve uma reação por parte das entidades de gestão coletiva de direitos autorais, notadamente as dos produtores de fonograma.

É evidente que o argumento maior era a ameaça financeira<sup>152</sup> que representava a possibilidade de as obras serem obtidas de maneira pra-

150 Consultor Jurídico. Por que somos contra a propriedade intelectual? Disponível em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/27467,2>. Acesso em 30 de janeiro de 2006.

151 ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito do Autor e Desenvolvimento Tecnológico: Controvérsias e Estratégias. Cit., p. 4.

152 "A indústria fonográfica mundial está mortalmente ferida. Até o surgimento do Napster, no início do ano 2000, essa indústria experimentou 20 anos de crescimento seguro e inde-

ticamente gratuita de usuário para usuário. Isso foi apresentado como sendo dano para as gravadoras ou, no mínimo, como lucro cessante.

O civilista português mantém-se convicto de que o “intercâmbio de conteúdos, de terminal para terminal, é um ato de uso privado. Sob reserva do aprofundamento posterior, avançamos que em termos de Direito Autoral o uso privado é tendencialmente livre, porque o Direito Autoral respeita à exploração pública das obras”,<sup>153</sup>

Mas certamente não foi esse o entendimento que prevaleceu na justiça norte-americana. É o próprio José de Oliveira Ascensão quem esclarece:<sup>154</sup>

A empresa particularmente em causa, a Napster, não disponibilizava ela própria as obras musicais em causa. A sua prestação consistia em localizar os ficheiros disponíveis em rede para o intercâmbio. Seriam depois os interessados que, de posse dessa informação, realizavam por si a operação de descarga.

Isso não foi considerado suficiente pela jurisprudência norte-americana que acabou por prevalecer. O argumento principal foi encontrado no prejuízo que essa prática trazia para as gravadoras. No *common law*, ao contrário do que acontece nos nossos países, o prejuízo causado a outrem na vida comercial é um elemento de ponderação autónomo do *fair use*. Admitido esse prejuízo, a prática foi considerada ilícita.

Mais recentemente, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu caso semelhante ao Napster, mas valendo-se de argumentos que contrariam, às claras, os preceitos utilizados quando da decisão referente

---

tido. De lá para cá, o tombo de vendas de suportes materiais musicais chegou a 30%. As *majors*, como são conhecidas as grandes gravadoras multinacionais que controlam os negócios da música em escala planetária, também chamadas de *Big Five* - Universal Music, Sony Music, Warner Music, EMI e BMG estão moribundas, agarrando-se a um modelo monopolista cada vez mais em declínio, demitindo milhares de funcionários e tentando se salvar com fusões entre si. Recentemente foi anunciada a fusão da Sony com a BMG, depois de termos ouvido falar de ‘conversas’ entre a Warner e a EMI”. *Website Consultor Jurídico*. “A Perda de poder e a evasão de direitos autorais na Web”. Disponível em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/846,1>. Acesso em 30 de janeiro de 2006.

153 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito do Autor e Desenvolvimento Tecnológico: Controvérsias e Estratégias*. Cit., p. 5.

154 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito do Autor e Desenvolvimento Tecnológico: Controvérsias e Estratégias*. Cit., p. 5.

ao uso de videocassete a que nos referimos anteriormente. Trata-se do caso *MGM v. Grokster*,<sup>155</sup> que pode ser assim resumido:

Um grupo de detentores de direitos autorais (MGM, incluindo-se ainda estúdios produtores de filmes, compositores, editores de música, entre outros) processaram Grokster Ltd. e StreamCast pela infração de direitos autorais, sob a alegação de que os réus intencionalmente distribuía seus *softwares* de modo a permitir que os usuários reproduzissem e distribuíssem obras protegidas por direitos autorais, violando-os por consequência.

Em comentários a respeito da decisão, o advogado Atílio Gorini apresenta com precisão os argumentos usados pelos réus e os fundamentos de que se valeu a Suprema Corte dos Estados Unidos na decisão do caso:<sup>156</sup>

Em sua defesa, o Grokster alegou que o *software* que fornecia tinha como objetivo principal permitir a troca lícita de arquivos. O antecedente judicial utilizado pelo Grokster foi o famoso caso dos estúdios de Hollywood contra a Sony em 1984 (quando essa última não era, ela própria, um estúdio). Naquele caso, a Suprema Corte americana decidiu em votação de maioria (5 a 4) que os fabricantes de aparelhos de videocassete não poderiam ser considerados responsáveis pelas infrações de consumidores pois o aparelho tinha muitos outros usos lícitos.

<sup>155</sup> Decisão publicada no original na Revista de Direito Autoral – Ano II – Número III, agosto de 2005. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. pp. 171-214.

<sup>156</sup> GORINI, Atílio. Do Napster ao Grokster: Justiça dos Estados Unidos põe freio em troca de arquivos pela internet. Disponível em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/36986,1>. Acesso em 30 de janeiro de 2006. Ainda a respeito do tema, o site do “Jornal do Brasil” abordou, em 4 de julho de 2005, o tema com as seguintes considerações: “O mercado de tecnologia mudou. Numa decisão unânime, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que as redes de troca de arquivos na *internet* Grokster e Morpheus podem ser responsabilizadas pelos *downloads* de músicas, filmes e *softwares* de seus usuários sem pagamento de direito autoral. Com isso, fabricantes de programas e *hardwares* que permitam hospedar ou trocar arquivos estão na berlinda”. Mais adiante, comenta: “A indústria cultural não queria apenas responsabilizar as empresas pelos *downloads* dos usuários. Outro objetivo era derrubar a decisão da Suprema Corte tomada em 1984. Nela, o tribunal isentou a Sony de responsabilidade pela pirataria de filmes em videocassetes Betamax. A partir desse dia ficou determinado um precedente de que uma tecnologia é legal se servir para usos legais”. NÓBREGA, Marcelo. **A Culpa é da Tecnologia – Decisão da Suprema Corte dos EUA pode sufocar inovação e mudar indústria do consumo**. Disponível em <http://jbonline.terra.com.br/jb/papel/cadernos/internet/2005/07/03/jorinf20050703001.html>. Acesso em 4 de julho de 2005.

No caso *Grokster*, em primeira instância, o juiz se recusou a aplicar as teorias do '*contributory infringement*' e '*vicarious liability*' pois, diferentemente do caso *Napster*, o *Grokster* não poderia ter qualquer controle sobre o uso de seu programa por terceiros. Em segunda instância, em agosto de 2004, o Tribunal, apesar de reconhecer que a maioria do que era trocado utilizando-se o *software* era 'pirata', não havia nada que o *Grokster* pudesse fazer para parar o processo, ou seja, não havia qualquer interferência do 'proprietário' uma vez vendido ou baixado o programa de computador.

Sem dúvida alguma, foi a festa dos que achavam que a *internet* é uma terra sem lei. Mas a comemoração durou pouco pois a Suprema Corte norte-americana reverteu a tendência e decidiu que o *Grokster* é responsável pela violação causada pelos usuários dos programas.

Interpretando o caso *Sony* restritivamente, a Corte afirmou que se for comprovado que o fornecedor da tecnologia tem como objetivo induzir as pessoas a infringir os direitos autorais, então há sim responsabilidade. Pelo que se pôde constatar no caso, muita da publicidade do *Grokster* era direcionada a ex-usuários do sistema *Napster*, além de outros atos que levaram à conclusão que o principal objetivo do 'download' do programa era realmente praticar atos de pirataria virtual.

Essa decisão encerra uma era mas não elimina o problema. Os usuários que já baixaram o programa certamente vão continuar fazendo uso — lícito ou ilícito — dele mas desde já fica claro que o desenvolvimento de tecnologia tendo com princípio facilitar a infração de direitos autorais é também infração e deve ser punido com todo vigor.

Vê-se, diante dessa decisão, que os defensores dos direitos autorais vêm ganhando força nos Estados Unidos. No Brasil, a manifestação da doutrina e da jurisprudência ainda é escassa nesse particular. Faz-se necessário, entretanto, uma última palavra a respeito do tema, como ponto de encerramento deste capítulo.

Muito se falou até aqui a respeito da violação de direitos autorais. De fato, conforme já tivemos a oportunidade de comentar brevemente acima, o art. 103 da LDA prevê pena pecuniária para edição de obra literária, artística ou científica sem autorização do titular. Os demais artigos do Capítulo II, do Título VII, da LDA, prevêem as demais sanções civil aplicáveis.

Mas não é só. O nosso Código Penal, em seu artigo 184, prevê as penas aplicáveis no caso de violação de direitos autorais e conexos. Vejamos seu teor:

Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1º Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 2º Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual, ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante, ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente.

§ 3º Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma, ou de quem os represente:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 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.

Em análise muito feliz do artigo, Ronaldo Lemos indica os elementos interpretativos que devem ser levados em consideração,



sobretudo em relação à troca de arquivos por meio de redes p2p (*peer-to-peer*).<sup>157</sup>

Observa-se que o § 4º do artigo supratranscrito, incluído com a edição da lei 10.695, de 01 de julho de 2003, determina a não aplicação da pena agravada quando se tratar de cópia de obra intelectual em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto.

Diante dos termos do referido parágrafo, duas questões se põem: **(i)** deve, ainda assim, ser aplicado o *caput* do artigo, quando presentes os elementos indicados no § 4º?; **(ii)** a troca de arquivos pela *internet* caracteriza hipótese de lucro direto ou indireto?

Afinal, a relevância das questões acima é patente: se o *caput* deve, a despeito do disposto no § 4º continuar a ser aplicado ou, ainda, se a troca de arquivos pela *internet* configurar hipótese de lucro direto ou indireto, no preciso dizer de Ronaldo Lemos, “então centenas de milhares de usuários nacionais no Brasil estariam cometendo a infração penal descrita pela lei”.<sup>158</sup>

Diante desse cenário, é evidente que a análise da situação se torna absolutamente relevante. Sobretudo porque a impossibilidade de processamento criminal de todos os que violem tal dispositivo acarretaria elevado grau de discricionariedade das entidades que viessem a propor ação penal contra determinados indivíduos, que poderiam vir a ser verdadeiros bodes expiatórios para persecução de efeitos políticos ou aplicação das leis para atender interesses particulares.<sup>159</sup>

Por isso, afirma Ronaldo Lemos categoricamente:<sup>160</sup>

Assim, argumentos favoráveis à não-criminalização do compartilhamento de arquivos através de redes *peer-to-peer* podem ser relevantes socialmente, uma vez que reduzem o escopo de aplicação da lei penal, atribuindo a repressão a esta atividade, quando violadora de direitos autorais, ao campo dos ilícitos civis.

Nesse sentido, a interpretação de lucro direto ou indireto pode e deve ser restringida, para compreender lucro apenas como resultado econômico de atividade empresarial, tal como o conceito é tratado, por exemplo, na legislação tributária ou na legislação

157 LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura**. Cit., pp. 160-166.

158 LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura**. Cit., p. 162.

159 LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura**. Cit., p. 164.

160 LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura**. Cit., p. 164.

societária. Assim, a interpretação razoável é de que lucro corresponde ao resultado da atividade do empresário, que organiza os fatores de produção, obtendo ganho que supera o investimento organizacional. Ele é direto quando auferido pelo próprio empresário e indireto quando beneficia outrem. Em ambos os casos, o compartilhamento de arquivos em redes *peer-to-peer* não se inclui.

Esta questão continua em aberto no Brasil, esperando a oportunidade para ser decidida nos tribunais.<sup>161</sup> De toda sorte, é extremamente relevante demonstrar que “as considerações expostas têm por objetivo argumentar que, dependendo da forma como seja interpretado, o regime penal proposto no Brasil será um dos mais severos do mundo quanto à proteção de direitos relativos à propriedade intelectual, gerando conseqüências políticas e econômicas, além de um fator que prejudica a inovação e o acesso legítimo à informação” .<sup>162</sup>

Feitas estas considerações, seguimos ao próximo capítulo, onde analisamos alternativas possíveis para uso de obras de terceiros, no âmbito da *internet*, sem violação da LDA.

---

<sup>161</sup> Alguns países do mundo já tiveram a oportunidade de se pronunciarem sobre o assunto. “No Canadá, o Copyright Board considerou que baixar arquivos musicais pela internet não infringe a legislação canadense e, por isso, estabeleceu a criação de uma taxa sobre diversos produtos utilizados para a manipulação desses arquivos, destinada a remunerar os autores por essa atividade. Na Holanda, o Tribunal de Recursos de Amsterdã estabeleceu que a utilização e a distribuição de programas *peer-to-peer* não violam direitos autorais. Por fim, os tribunais dos Estados Unidos consideraram ilegais as medidas tomadas pela Associação da Indústria Fonográfica no sentido de obrigar provedores de internet a fornecer o nome de seus usuários que participam de redes *peer-to-peer*, para serem subseqüentemente por ela processados. LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura**. Cit. p. 165.

<sup>162</sup> LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura**. Cit., p. 165.

## Capítulo 3

# Soluções às Restrições Impostas pela Lei Brasileira

*Impõe-se que os princípios constitucionais se respeitem desde sempre: eles são normas.*

Pietro Pelingieri  
Perfis de Direito Civil

Vimos, no capítulo anterior, que a interpretação restritiva da LDA pode acarretar diversos problemas práticos decorrentes dos impeditivos legais para o uso da obra de terceiros, especialmente quando se tratar do uso da obra na íntegra.

No entanto, várias são as situações em que obras alheias são integralmente usadas, independentemente da vontade de seus autores. Na *internet*, a prática é comum e nem sempre caracteriza uso decorrente de má-fe, ou com intuito de lucro. Antes, decorre muitas vezes da necessidade de se expressar, de produzir obras derivadas ou ainda de ter acesso à cultura.

De modo a contornar os problemas decorrentes do uso de obras de terceiros, diversas são as soluções possíveis. Desde mudar a lei e pedir autorização dos autores (ambas com evidentes dificuldades práticas) até o uso de mecanismos jurídicos já disponíveis, como a reinterpretação da lei a partir de aspectos constitucionais ou o licenciamento de obras por meio de licenças públicas.

Neste capítulo, enfrentaremos a análise de soluções aos problemas apresentados. Pretendemos nos deter sobretudo nos aspectos jurídicos da reinterpretação constitucional da LDA, bem como nas licenças públicas. Antes, porém, faremos uma abordagem sucinta de outros aspectos que podem ser considerados.

Ainda que com evidente dificuldade, podemos considerar as hipóteses de mudança da lei ou de se obter a autorização dos autores a fim de superar os problemas do uso não autorizado de obras de terceiros. Vejamos:

- a) reforma da lei: de fato, a LDA poderia ser reformada para se tornar mais flexível, para autorizar a cópia privada, para confi-

gurar com contornos mais nítidos os casos em que o usuário da *internet* poderia se valer da obra de terceiros. No entanto, essa possibilidade abrange diversas questões controversas, pois envolve os mais variados interesses políticos e econômicos. Além disso, é solução pouco prática e não seria capaz de enfrentar, de imediato, os fatos que cotidianamente vêm se verificando no mundo todo na rede mundial de computadores.

José de Oliveira Ascensão publicou, em 1999, estudo referente ao texto do Projeto de Substitutivo da LDA, da autoria do deputado Aloysio Nunes Ferreira.<sup>1</sup> Com relação, especificamente, ao problema decorrente da cópia privada, o texto previa remuneração pela cópia privada.

De acordo com José de Oliveira Ascensão, o texto permitia “a reprodução, em um só exemplar, para uso privado do copista, desde que feita por ele, sem intuito de lucro, de qualquer obra ou produção, e sem os recursos de instrumento de reprodução em massa”.<sup>2</sup>

Quanto a este tópico, comenta o autor português:<sup>3</sup>

A permissão é extremamente restritiva. Nomeadamente, a exclusão do recurso aos instrumentos de reprodução de massa tira-lhe o sentido, ou pelo menos teria de ser devidamente esclarecido. Assim, uma fotocopadora é um instrumento de reprodução de massa. As fotocópias estão proibidas? Seria inconcebível.

Mais adiante, arrebata com relação ao pagamento pela cópia privada:<sup>4</sup>

Na realidade, o que com o art. 103 se estabelece é um verdadeiro imposto. Os pagamentos não têm nada que ver com utilizações das obras: paga-se quer se utilize quer não, por exemplo, ainda que a cassete seja só adquirida para gravar festa de família. Isso é típico do imposto. Vai-se assim gravar toda a gente, para

1 ASCENSÃO, José de Oliveira. Breves Observações ao Projeto de Substitutivo da Lei de Direitos Autorais. **Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002. p. 51.

2 ASCENSÃO, José de Oliveira. Breves Observações ao Projeto de Substitutivo da Lei de Direitos Autorais. Cit., p. 59.

3 ASCENSÃO, José de Oliveira. Breves Observações ao Projeto de Substitutivo da Lei de Direitos Autorais. Cit., p. 59.

4 ASCENSÃO, José de Oliveira. Breves Observações ao Projeto de Substitutivo da Lei de Direitos Autorais. **Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002. p. 60.

dar um sobrepreço a entidades que muitas vezes são já economicamente muito potentes.

A minha opinião assim é negativa. A cópia privada é livre, nada tem que ver com o direito de autor e não deve originar uma compensação generalizada, com repercussão inflacionista, que esconde um verdadeiro imposto para beneficiários particulares.

Embora a reforma da lei seja mecanismo muitas vezes eficaz para promover a mudança social, entendemos que sua análise ou defesa extrapolam os limites deste trabalho.

- b) autorização dos autores, caso a caso: certamente, esta seria a solução mais segura. Por meio de autorização dos autores, a lei estaria sendo respeitada, os interesses do autor seriam protegidos e a atuação do usuário da *internet*, respaldada. Entretanto, por óbvio, é solução impossível, já que seria realisticamente inexecutável conseguir obter de cada autor (ou seus sucessores, ou agentes etc.) as devidas licenças para os usos das obras no que pudessem vir a extrapolar os ditames legais.

No mundo globalizado, ágil, em que as informações se tornam disponíveis “em tempo real” ao redor de todo o mundo, tornou-se absolutamente impossível recorrer-se a este expediente para se conseguir usar, licitamente, obras de terceiros.

Mais relevantes, portanto, do que as duas hipóteses acima é admitirmos instrumentos já hoje disponíveis, a nosso alcance: uma releitura constitucional das normas da LDA e um mecanismo de licenciamento de direito civil.

Neste capítulo, analisaremos maneiras de uso de obras protegidas por direitos autorais sem que se constitua infração aos termos da LDA. Naturalmente, não existem apenas as possibilidades aqui mencionadas. Nem tampouco acreditamos que estas bastem em definitivo para resolver os problemas decorrentes da restritividade legal.

### 3.1. Interpretação constitucional dos princípios de proteção aos direitos autorais

Embora os direitos autorais tenham sua previsão expressa na própria Constituição Federal, não podem ser interpretados isoladamente, como se fossem direitos absolutos.

Sabemos que não há direitos absolutos. No caso específico dos direitos autorais, será necessário confrontá-los com a previsão de diversos outros princípios constitucionais para bem compreendermos em que dimensão deverá se dar sua proteção legal.

Por todo o exposto anteriormente, sabe-se que há um embate entre a proteção constitucional dos direitos autorais e princípios diversos, tais como o da função social da propriedade, do acesso à cultura e o da liberdade de expressão, entre outros.

Dessa forma, antes de propormos soluções práticas aos problemas indicados no capítulo anterior (o que se fará nos itens subseqüentes), acreditamos ter relevância a análise da questão sob a perspectiva da (re)interpretação legal a partir dos princípios constitucionais.

### 3.1.1. A dicotomia Direito Público e Direito Privado

Há muito se fala em crise da dicotomia entre Direito Público e Direito Privado. Historicamente, a humanidade conheceu a alternância da influência do Direito Público sobre o Privado e vice-versa. Não houve, como atualmente se pode verificar, evolução linear de tais preponderâncias, percebendo-se, ao contrário, movimento que pode ser denominado cíclico ou pendular.<sup>5</sup>

Tradicionalmente, entende-se que a divisão se deve em razão da utilidade pública ou particular da relação: o primeiro caso diria respeito às coisas do Estado (Direito Público), enquanto que o segundo se referiria ao interesse de cada um (Direito Privado).<sup>6</sup> Em formulação alternativa, um pouco mais sofisticada, pode-se dizer que o “Direito Privado coincide com o âmbito dos direitos naturais e inatos dos indivíduos, enquanto o Direito Público é emanado pelo Estado, dirigido a finalidades de interesse geral”.<sup>7</sup>

Assim, inicialmente, na Grécia havia mesmo interpenetração entre o Direito Público e o Direito Privado, uma vez que os cidadãos participavam das decisões que envolviam interesses da comunidade por meio

5 FACCHINI Neto, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2003. p. 15.

6 REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 19ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 335.

7 MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: Tendências. **Revista dos Tribunais**. Rio de Janeiro: RT. Volume 779, setembro de 2000. p. 48.

da votação de leis e de julgamento de seus semelhantes em processos públicos. Por outro lado, em Roma havia separação um tanto mais evidente entre as duas esferas, considerando-se que havia pouca participação direta dos cidadãos na esfera pública.<sup>8</sup>

Durante a Idade Média, pode-se dizer ter havido uma certa absorção do público pelo privado, em razão da relevância da propriedade privada territorial sobre os demais institutos econômico-político-jurídicos. Tendo por certo que os senhores feudais exerciam verdadeira função pública sobre os demais habitantes de seus feudos, estabelecendo regras obrigatórias, arrecadando tributos e julgando servos, é evidente que do direito de propriedade é que derivavam o poder político e o prestígio social.<sup>9</sup>

Em torno do século XVIII, a dicotomia Direito Público *adversus* Direito Privado volta a se acentuar. “O Direito Público passa a ser visto como o ramo do direito que disciplina o Estado, sua estruturação e funcionamento, ao passo que o Direito Privado é compreendido como o ramo do direito que disciplina a sociedade civil, as relações intersubjetivas e o mundo econômico (sob o signo da liberdade)”.<sup>10</sup>

Dessa forma, em prosseguimento à dicotomia que se acentuara no século anterior, no século XIX, durante a denominada Era das Codificações, o Código Civil assume o papel de Constituição do homem comum, pois que delinea sobretudo o âmbito de proteção à propriedade privada<sup>11</sup> e às relações contratuais, os dois baluartes mais poderosos do liberalismo então vigente.

Pode-se afirmar ainda, com segurança, que característica marcante daquele século de codificações foi o individualismo que pautou as relações humanas.<sup>12</sup> Não foi senão com o advento das longas constitui-

8 FACCHINI Neto, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. Cit., pp. 15-16.

9 FACCHINI Neto, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Cit., p. 16.

10 FACCHINI Neto, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Cit., p. 17.

11 Voltaire assim inicia o verbete “Propriedade” de seu “Dicionário Filosófico”: “*Liberty and Property*’ é o grito inglês. ‘*Saint George est mon droit, Saint Dennis est mon joie*’ é o grito da natureza. O primeiro vale mais”. VOLTAIRE, **Dicionário Filosófico**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003. p. 436.

12 A ponto de Gioele Solari afirmar, em 1911 que ‘o direito de ser homem contém o direito que ninguém me impeça de ser homem, mas não o direito a que alguém me ajude a conservar a minha humanidade’, *apud* MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma Leitura Civil Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 74.

ções de caráter social (das quais, a mais influente, de Weimar, data de 1919) que os ordenamentos jurídicos passaram a, de maneira inversa, solidarizar o Direito Privado. Ou seja: foi necessária a incorporação de conceitos tipicamente de natureza privatística na Constituição (documento de natureza pública) para que o Direito Civil encontrasse, por meio da aplicação constitucional, sua linha menos individualista e, por assim dizer, mais social.

Uma das mais curiosas conseqüências dessa interpenetração dos denominados Direitos Público e Privado é que novos territórios estão sendo incluídos dentro das tradicionais fronteiras do Direito Privado, o que constitui talvez o aspecto mais atraente desta investigação.<sup>13</sup> Aliás, após a experiência de crescente prestígio do Direito Constitucional, que caracterizou sobretudo a segunda metade do Século XX, a aproximação entre as duas esferas, pública e privada, já está madura.<sup>14</sup> Acerca do tema, assim se manifesta Maria Celina Bodin de Moraes:<sup>15</sup>

Com cada vez maior freqüência aumentam os pontos de confluência entre o público e o privado, em relação aos quais não há uma delimitação precisa fundindo-se, ao contrário, o interesse público e o interesse privado. Tal convergência se faz notar em todos os campos do ordenamento, seja em virtude do emprego de instrumentos privados por parte do Estado em substituição aos arcaicos modelos autoritários, seja na elaboração da categoria dos interesses difusos ou supra-individuais, seja, no que tange aos institutos privados, na atribuição de função social à propriedade, na determinação imperativa do conteúdo de negócios jurídicos, na objetivação da responsabilidade e na obrigação legal de contratar.

Contemporaneamente, questiona-se, contudo, se subsiste utilidade em se analisar a possível distinção entre o Direito Público e o Direito Privado. Com a clareza e poder de síntese habituais, assim se manifesta Miguel Reale:

A nosso ver, a distinção ainda se impõe, embora com uma alteração fundamental na teoria romana, que levava em conta apenas

<sup>13</sup> Assim se pronuncia Michele Giogianni, em *O Direito Privado e as suas Atuais Fronteiras*. Cit., p. 38.

<sup>14</sup> GIORGIANNI, Michele. *O Direito Privado e as suas Atuais Fronteiras*. Cit., p. 54.

<sup>15</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*. Cit., p. 25



o elemento do interesse da coletividade ou dos particulares. Não é uma compreensão errada, mas incompleta. É necessário, com efeito, determinar melhor os elementos distintivos e salientar a correlação dinâmica ou dialética que existe entre os dois sistemas de Direito, cuja síntese expressa a unidade da experiência jurídica.

Há duas maneiras complementares de fazer-se a distinção entre o Direito Público e Privado, uma atendendo ao *conteúdo*; a outra com base no *elemento formal*, mas sem cortes rígidos (...). (*grifos do autor*)

Mais adiante, esclarece com relação à distinção no tocante ao conteúdo:<sup>16</sup>

O conteúdo de toda relação jurídica é sempre um interesse, tomada a palavra na sua acepção genérica, abrangendo tanto os bens de natureza material como os de ordem espiritual. O que caracteriza uma relação de Direito Público é o fato de atender, de maneira imediata e prevalecente, a um interesse de caráter geral. É o predomínio e a imediatidade do interesse que nos permite caracterizar a “publicidade” da relação.

E quanto à distinção com relação à forma:<sup>17</sup>

Por outro lado, existem, como vimos, relações intersubjetivas, em virtude das quais um indivíduo tem a possibilidade de exigir de outro a prestação ou a abstenção de certo ato.

Ora, há casos em que as duas partes interessadas se acham no mesmo plano, contratando ou tratando de igual para igual. Em outros casos, uma das partes assume uma posição de eminência, de maneira que há um subordinante e um subordinado.

Assim, podemos concluir que nos casos em que as partes (ainda que uma delas seja o Estado) estejam no mesmo plano (de coordenação, portanto), estar-se-á diante de uma situação regida pelos princípios do Direito Privado. No entanto, caso uma das partes tenha, em determinada relação particular, posição de superioridade sobre a outra

<sup>16</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. Cit., pp. 336-337.

<sup>17</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. Cit., p. 337.

(de subordinação), tratar-se-á de situação regida pelas normas de Direito Público.

Pietro Perlingieri, por sua vez, sustenta, com razão, a tese de que tem se tornado progressivamente mais difícil distinguir o Direito Público do Privado de forma absoluta:<sup>18</sup>

A unidade do fenômeno social e do ordenamento jurídico exige o estudo de cada instituto nos seus aspectos ditos privatísticos e publicísticos. A própria distinção entre direito privado e público está em crise. Esta distinção, que já os Romanos tinham dificuldade em definir, se substancia ora na natureza pública do sujeito titular dos interesses, ora na natureza pública e privada dos interesses. Se, porém, em uma sociedade onde é precisa a distinção entre liberdade do particular e autoridade do Estado, é possível distinguir a esfera do interesse dos particulares daquela do interesse público, em uma sociedade como a atual, torna-se difícil individuar um interesse particular que seja completamente autônomo, independente, isolado do interesse dito público.

Neste particular, em primeiro lugar, e a título de síntese, podemos constatar que:

- a) não resta dúvidas de que o Direito Privado perdeu o caráter de tutela exclusiva do indivíduo para “socializar-se”;<sup>19</sup>
- b) essa socialização não significa que o Direito Privado tenha perdido territórios; ao contrário, pode-se dizer que adquiriu novos impondo o uso de seus instrumentos à atividade econômica do Estado e entes públicos;<sup>20</sup>
- c) não há propriamente o que se pode chamar de “crise” do Direito Privado, como propugnam alguns, exceto no sentido de modificação de velhas estruturas, de modo que é inadequado afirmar que o Direito Privado esteja em “declínio”.<sup>21</sup>
- d) da mesma forma que o Direito Privado “publicizou-se”, há que se admitir uma certa “privatização” do Direito Público,

18 PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Cit., pp. 52-53.

19 GIORGIANNI, Michele. O Direito Privado e as suas Atuais Fronteiras. Cit., p. 49.

20 GIORGIANNI, Michele. O Direito Privado e as suas Atuais Fronteiras. Cit., p. 55.

21 GIORGIANNI, Michele. O Direito Privado e as suas Atuais Fronteiras. Cit., p. 55.

- especialmente no que diz respeito à inclusão de normas outrora típicas de direito privado na Constituição;
- e) é um equívoco imaginar que haja, hoje, antítese entre o Direito Público e o Direito Privado. Afinal, o Direito Positivo não se compõe de substâncias diferentes, que sejam estranhas entre si. A principiologia básica, fundamental, informa todos os ramos do Direito. Há conjunto de princípios onipresentes na esfera do dever-ser jurídico.<sup>22</sup>

É diante de tais motivos que se pode afirmar que o Código Civil perdeu o papel de Constituição do Direito Privado que lhe era atribuída no século XIX. Contribuiu para esse fato o surgimento dos microssistemas, com a edição de estatutos específicos (dentre os quais podemos mencionar a LDA), conforme se observou ao longo do século XX.

“Em face dos microssistemas, o Código Civil perderia mais e mais a sua posição hegemônica, em nada servindo, por consequência, as propostas de uma nova codificação, desesperada e vã tentativa de unificar interesses jurídicos múltiplos, díspares, insuscetíveis de recondução a um núcleo normativo monolítico”,<sup>23</sup> afirma Gustavo Tepedino. E adiante acrescenta: “a proliferação das leis especiais, segundo a mesma análise, seria reflexo da inelutável multiplicação de grupos sociais em ascensão, de corporações, e de centros de interesses novos e diversificados que passaram a habitar o universo jurídico”.<sup>24</sup>

É nesse cenário, entretanto, que a Constituição Federal encontra sua vocação de unificadora do sistema. Com a clareza habitual, Gustavo Tepedino arremata sobre a questão:<sup>25</sup>

Diante do novo texto constitucional, forçoso parece ser para o intérprete redesenhar o tecido do direito civil à luz da nova Constituição.

<sup>22</sup> NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. Cit., pp. 97-98.

<sup>23</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. **Temas de Direito Civil**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 12.

<sup>24</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. **Temas de Direito Civil**. Cit., p. 12.

<sup>25</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. **Temas de Direito Civil**. Cit., p. 13.

De modo que, reconhecendo embora a existência dos mencionados universos legislativos setoriais, é de se buscar a unidade do sistema, deslocando para a tábua axiológica da Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil.

É possível observar que a constitucionalização do direito levou ao ingresso, na Constituição Federal, de dispositivos relacionados ao direito autoral até então inéditos em sede constitucional (art. 5º, XXVIII, por exemplo). Pelo exposto, torna-se reforçada a exigência hermenêutica de se ler a LDA sempre sob o prisma da Constituição Federal, especialmente no que diz respeito à aplicação, entre os particulares, dos direitos fundamentais previstos em seu texto.

### 3.1.2. O Direito Civil Constitucional e a Aplicação Direta das Normas Constitucionais às Relações Entre Particulares

As normas constitucionais gozam de posição privilegiada no ordenamento jurídico. Kelsen, em sua famosa construção doutrinária a respeito da disposição das diversas categorias de normas jurídicas de acordo com sua hierarquia (e de modo a apresentar o fundamento de validade das diversas categorias, umas com relação às outras) situa as normas constitucionais no ápice de uma pirâmide.

Dessa forma, Kelsen registra seu entendimento de que as normas constitucionais são os princípios orientadores das demais normas e é sob as normas constitucionais que todo o ordenamento jurídico encontra o fundamento de sua validade bem como sua própria orientação interpretativa.

A partir da interpretação de todo o ordenamento jurídico através da lente constitucional, pôde ser desenvolvida a teoria do Direito Civil-Constitucional, que “consiste em um discurso de defesa dos princípios constitucionais e, especificamente, da sua direta e imediata aplicação a todas as relações jurídicas – aí incluídas as relações tipicamente de natureza civil, travadas entre os particulares”.<sup>26</sup>

Entretanto, a metodologia civil-constitucional foi alvo de diversas críticas. Gustavo Tepedino apresenta as objeções mais frequentes à aplicação direta da Constituição nas relações de direito civil, nos seguintes termos:<sup>27</sup>

<sup>26</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato – Novos Paradigmas**. Cit., p. 67.

<sup>27</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Editorial da Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora PADMA. Volume 14 – abril/junho de 2003.

A primeira delas refere-se à vocação da Constituição à organização dos poderes estatais, destinada fundamentalmente ao legislador e não à vinculação horizontal de particulares. A regulação da autonomia privada só poderia se dar por uma instância mais próxima da realidade dos negócios, no âmbito da legislação ordinária. Ao magistrado não seria dado realizar um salto sobre o legislador na definição das regras de conduta.

A segunda objeção sublinha a baixa densidade normativa dos princípios constitucionais, cuja aplicação às relações privadas propiciaria uma excessiva discricionariedade do magistrado na solução de concretos conflitos de interesse. A terceira crítica invoca a estabilidade milenar da estrutura dogmática do direito civil, que restaria abalada pela instabilidade do jogo político se as opções constitucionais não fossem mediadas pela atuação do legislador ordinário (...).

O quarto argumento considera que o controle axiológico das relações do direito civil, para além dos limites bem claros do lícito e do ilícito, segundo as regras da legislação ordinária, significaria desmesurada ingerência nos espaços da vida privada. Reduziram-se, autoritariamente, os espaços de liberdade dos particulares. Afinal, a liberdade é inerente ao homem, anterior ao ordenamento jurídico que, no máximo, poderá limitá-la, regulando os limites do ilícito.

É evidente que, ainda que respeitáveis, tais críticas podem ser refutadas com o argumento de que foram erigidas levando-se em conta a obsoleta realidade da era das codificações do século XIX, enquanto que o cenário atual é totalmente diferente. Antes, conforme visto no item precedente, havia campos distintos e bem delineados para a incidência das normas de origem do Direito Público e do Direito Privado. Atualmente, vários são os institutos que desafiam a classificação baseada na vetusta dicotomia.<sup>28</sup> Ademais, a interpenetração das matérias de Direito Público e de Direito Privado retira o fundamento das críticas acima apontadas.

Com o advento do novo Código Civil brasileiro, houve quem proclamasse que havia chegado ao fim a era do Direito Civil-Constitucional, pois o Código Civil, “sendo posterior à Constituição Federal, res-

28 TEPEDINO, Gustavo. **Editorial da Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora PADMA. Volume 14 – abril/junho de 2003.

tauraria a unidade codificada do direito privado, tornando desnecessária a interpretação constitucionalizada dos institutos de direito civil”.<sup>29</sup>

Diante desta concepção, as normas constitucionais voltariam a ser mero limite ao legislador e meio de integração do sistema, tendo perdido seu caráter orientador do direito civil.

Ocorre que tal argumento não passa de grave erro metodológico,<sup>30</sup> pois reedita a dicotomia superada entre o Direito Público e o Direito Privado. O direito civil-constitucional não é meramente técnica interpretativa das normas de Direito Privado a partir das normas constitucionais. Trata-se de muito mais. “São os valores expressos pelo legislador constituinte que, extraídos da cultura, da consciência social, do ideário ético e da noção de justiça presentes na sociedade, consubstanciam-se em princípios, os quais devem informar o sistema como um todo e, especialmente, o Código Civil”.<sup>31</sup>

De mais a mais, o próprio Código Civil, agora, apresenta-se intrinsecamente distinto do anterior. Como já foi observado, “a finalidade, hoje, de um Código Civil, é menos ‘regulativa’ e mais ‘ordenatória’, no sentido de ‘pôr ordem’, ordenar as relações interpretativas segundo certas técnicas e certos valores em regra postos como diretrizes, garantias e direitos fundamentais na Constituição”.<sup>32</sup> Portanto, tratamos agora de uma Constituição Federal relativamente recente a orientar a interpretação de um Código Civil novo, inclusive conceitualmente.

Devemos interpretar, portanto, as críticas citadas por Gustavo Tepedino acima como sendo eventualmente admissíveis caso estivéssemos ainda na era das codificações, na era da segurança jurídica, e não no momento atual. Evidentemente, a perspectiva civil-constitucional não se encontra isenta de críticas também, que deverão, entretanto, ser outras.

29 TEPEDINO, Gustavo (et al.). **Editorial da Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora PADMA. Volume 13 – janeiro/março de 2003.

30 TEPEDINO, Gustavo (et al.). **Editorial da Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora PADMA. Volume 13 – janeiro/março de 2003.

31 TEPEDINO, Gustavo (et al.). **Editorial da Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora PADMA. Volume 13 – janeiro/março de 2003.

32 MARTINS-COSTA, Judith. Os Direitos Fundamentais e a Opção Culturalista do Novo Código Civil. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2003. p. 77.

Uma delas trata da “inadequação histórica da perspectiva civil-constitucional, apontando para a perda de coerência ideológica sofrida diante das mais recentes e dominantes tendências do cenário político mundial. Considerada historicamente datada, a metodologia civil-constitucional não poderia sobreviver ao dismantelo das bases políticas e ideológicas contemporâneas ao seu florescimento, quais sejam: o Estado Social de Direito e as chamadas Constituições dirigentes”.<sup>33</sup>

De toda a sorte, é incontestável que “a ordem constitucional é hoje fonte reguladora tanto do poder político como da sociedade civil. (...) Nessa perspectiva, não há mais limites precisos que separam direito constitucional e direito privado, não sendo possível concebê-los como ‘comportamentos estanques, como mundos separados, impermeáveis, governados por lógicas diferentes’”.<sup>34</sup>

É muito importante compreendermos os limites da interseção entre o direito público e o direito privado, na perspectiva civil-constitucional, para bem compreendermos seus efeitos. São conclusivas as palavras de Gustavo Tepedino:<sup>35</sup>

A intervenção direta do Estado nas relações de direito privado, por outro lado, não significam um agigantamento do direito público em detrimento do direito civil que, dessa forma, perderia espaço, como temem alguns. Muito ao contrário, a perspectiva de interpretação civil-constitucional permite que sejam revigorados os institutos de direito civil, muitos deles defasados da realidade contemporânea e por isso mesmo relegados ao esquecimento e à ineficácia, repotencializando-os, de molde a torná-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual.

E então, em razão dos argumentos da doutrina que, diante dos fatos, rende-se à evidência de que os limites entre direito constitucional e direito civil não são estanques e, mais, sua interpenetração pres-

33 NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato – Novos Paradigmas**. Cit., pp. 69-70, a que remetemos o leitor para análise mais aprofundada sobre o tema.

34 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares. **A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. BARROSO, Luís Roberto (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 120.

35 TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. **Temas de Direito Civil**. Cit. p. 21.

ta-se a realçar a efetividade do Direito Privado, passamos a examinar o problema da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Os direitos fundamentais encontram-se disciplinados no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no Título II da nossa Constituição Federal. É certo que alguns dos direitos fundamentais destinam-se especificamente ao Estado, como aquele recém-incluído no art. 5º da Constituição, por meio da Emenda Constitucional 45/2004, que determina que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade da sua tramitação.

Pela interpretação literal deste dispositivo constitucional, não é admissível discutir-se a aplicação direta deste direito fundamental entre particulares, já que um dos envolvidos será, necessariamente, o Estado, único ente capaz de prestar tutela jurisdicional.

De fato, é lícito afirmar-se que “o Estado é o ‘principal destinatário’ das normas de direito fundamental”.<sup>36</sup> Dessa forma, a Constituição funciona como limitador ao poder de agir do Estado, além de representar garantia significativa dos particulares contra arbitrariedades do poder público que venham a violar os direitos fundamentais. Assim, resta inquestionável que o Estado deve observar os direitos e garantias fundamentais.

Além do Estado, entendemos que os particulares devem necessariamente estar vinculados à aplicação dos direitos fundamentais em suas relações privadas. Do contrário, vários seriam os problemas práticos caso fosse adotada a teoria de não aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas. Assim se manifesta Jane Reais a respeito da questão:<sup>37</sup>

É certo que, como já se enfatizou, uma abordagem puramente lógica do problema conduziria, facilmente, à conclusão de que os direitos fundamentais são também aplicáveis às relações privadas. Afinal, como observou Jean Rivero em passagem sempre lembrada, seria contraditório defender a existência de ‘duas éticas diferentes’, para reger as relações públicas e as privadas, como se

36 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares. Cit., p. 137.

37 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares. Cit., p. 138.



pudessem conviver em uma mesma sociedade 'duas concepções opostas ao homem'.

A autora cita, ainda, diversas situações fáticas envolvendo potenciais lesões a direitos fundamentais na esfera privada, cuja análise é, no mínimo, instigante. Embora a lista não seja exaustiva, vale citar, dentre as inúmeras hipóteses citadas pela autora, as seguintes: (i) se ou até que ponto as liberdades (religiosas, de residência, de associação, por exemplo) ou bens pessoais (integridade física e moral, intimidade, imagem) podem ser limitadas por contrato, com o acordo ou o consentimento do titular; (ii) se uma empresa pode celebrar contratos de trabalho com cláusulas pelas quais os trabalhadores renunciem a exercer atividades partidárias ou a sindicalizar-se etc.<sup>38</sup>

Ousamos inserir outra hipótese, que efetivamente nos interessa: até que ponto os direitos de liberdade de expressão e de acesso à informação, previstos respectivamente nos incisos IX e XIV do art. 5º da Constituição Federal brasileira,<sup>39</sup> devem ser limitado em favor do direito exclusivo concedido aos autores a partir do inciso XXVII do mesmo artigo?<sup>40</sup>

Assim, parece evidente que não é apenas o Estado que pode pôr em risco direitos fundamentais dos particulares, de modo que, diante da ameaça potencial por parte dos próprios particulares, dispicienda a arguição sobre a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares.<sup>41</sup>

Ao elencar alguns aspectos relevantes na justificação da incidência ou não de direitos fundamentais nas relações privadas, Jane Reis argumenta, de maneira lúcida e significativa:<sup>42</sup>

38 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares. Cit., pp. 138-139.

39 Art. 5º, IX: É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. Art. 5º, XIV: É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

40 Art. 5º, XXVII: Aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.

41 Outros exemplos evidenciam claramente que a garantia a determinados direitos fundamentais deve ser observada pelos particulares, como, por exemplo, todos os direitos trabalhistas assegurados nos termos do artigo 7º da Constituição Federal, como se infere da simples leitura de referido artigo. Dessa forma, cabe indagar apenas não se os direitos fundamentais deverão incidir nas relações entre particulares, mas *em que medida* isso ocorrerá.

42 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares. Cit., pp. 188-189.

(...)

3) Um outro aspecto a ser considerado é a proximidade da relação jurídica entre particulares da esfera pública. Embora os lindes entre espaço público e espaço privado apresentem-se cada vez mais tênues, tal aspecto deve ser tido em consideração ao determinar-se a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Quanto mais próxima à esfera privada revelar-se uma relação jurídica, menor a possibilidade de um direito fundamental vir a prevalecer sobre a autonomia privada. Traduzindo essa idéia em exemplos, não há como cogitar de que os pais sejam obrigados a dar a seus filhos presentes de Natal semelhantes – ou que lhes devam oferecer mesadas idênticas, ou mesmo castigar-lhes de forma equivalente – em obediência ao comando da igualdade. Mas uma resposta diferente deveria ser dada à seguinte questão hipotética: poderia uma escola privada estabelecer que os meninos tenham prioridade sobre as meninas no preenchimento das vagas nos cursos de verão? Nesse último caso, é intuitivo que o preceito isonômico poderia servir de razão contraposta à liberdade da escola de gerenciar seus cursos. E isso não decorre apenas de tratar-se de uma relação de poder privado. *É a inserção social da Escola – e conseqüentemente – sua aproximação da esfera pública, que determina a possibilidade de exigir desta respeito ao princípio da não-discriminação. (grifo nosso)*

É evidente que a liberdade de expressão exerce, também, um papel social. Aproxima-se, portanto, da esfera pública no sentido de que atua na sociedade instruindo, informando e criando conceitos, modismos e, evidentemente, formando opinião.

Por este motivo, acreditamos que o direito de exclusividade aos autores, previsto constitucionalmente no inciso XXVII do art. 5º da Constituição Federal, não poderá ser aplicado isolada e arbitrariamente. Será sempre necessário fazer o sopesamento com o direito de acesso à informação da outra parte, pois que este é, também, direito fundamental garantido constitucionalmente.

Por isso, torna-se indispensável, na análise das limitações e exceções aos direitos autorais, previstas no art. 46 da LDA, que sua leitura seja feita harmonicamente com a Constituição Federal. Isso implica levar em consideração, necessariamente, os direitos de acesso à informação e de liberdade de expressão, garantidos pelo texto constitucional,<sup>43</sup> bem

<sup>43</sup> Não apenas pelo artigo 5º, IX, mas igualmente pelo art. 220, *caput*.

como o exercício do direito de propriedade de acordo com sua função social (outro direito fundamental, conforme art. 5º, XXIII), já analisado no capítulo anterior.

Entendemos que tais preceitos constitucionais (dentre vários outros que poderiam ser invocados a depender do caso concreto) poderão servir de subsídio diante da aferição de legitimidade de cópia privada integral da obra (o que violaria *in abstracto* o disposto no art. 46, II, da LDA), bem como no dimensionamento dos conceitos indeterminados como “pequenos trechos” (art. 46, II e VIII) e “passagens” (art. 46, III).

Uma vez que não existe uma fórmula precisa – uma medida confiável – para se indicar como os direitos fundamentais (notadamente neste caso de acesso à informação e de liberdade de expressão diante de propriedade intelectual exclusiva<sup>44</sup>) deverão ser ponderados, acreditamos

44 Existe, neste caso, verdadeiro conflito de princípios constitucionais, opondo-se o direito de acesso à informação à proteção exclusiva de direitos autorais. Ao tratar dos traços distintivos entre regras e princípios, Robert Alexy informa que “el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio” (*grifos do autor*). Quanto aos conflitos havidos entre regras ou entre princípios, esclarece o autor que “uno conflicto entre reglas sólo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declarando inválida, por lo menos, una de las reglas”. Assim é que “una norma vale o no vale jurídicamente”. Por outro lado, continua Alexy, “las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta. Cuando dos principios entran en colisión – tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido – uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, este no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede el otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en os casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios – como sólo pueden entrar en colisión principios válidos – tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso”. [ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. pp. 86-89]. Quando o intérprete do direito se depara com a necessidade de aplicar regras e princípios ao caso concreto, muitas vezes se deparará com situações em que a subsunção será insuficiente. Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Bar-

que apenas a casuística poderá estabelecer os parâmetros de aferição. O que se deve ter em conta, sempre, é que as normas da LDA deverão ser interpretadas em conformidade com a Constituição Federal.

## 3.2. Novos paradigmas contratuais: os contratos de direitos autorais e as licenças públicas

### 3.2.1. Uma nova sistemática dos direitos autorais: licenças públicas

Dentro do sistema jurídico que tem a Constituição Federal como filtro interpretativo (como é o nosso caso, no Brasil), é indispensável que as leis infraconstitucionais passem pelas lentes da Constituição. No entanto, como vimos acima, essa reinterpretação da LDA não será suficiente, em muitos casos, para aferir a legitimidade do uso de obras de terceiros. É necessário buscar novos mecanismos de dar segurança jurídica a quem queira se valer de obras de terceiros.

Um desses mecanismos são as licenças públicas. O objetivo deste item é apresentarmos uma solução que, ainda que incipiente e paliativa, encontra-se já ao alcance de todos e abrange todos os tipos de obras de arte, indistintamente.

É necessário ressaltar, entretanto, que as licenças públicas não podem ser vistas como o bálsamo universal. Longe disso. Há críticas ao

---

cellos comentam que “durante muito tempo, a subsunção foi a única fórmula para compreender a aplicação do direito, a saber: premissa maior – a norma – incidindo sobre a premissa menor – os fatos – e produzindo como consequência a aplicação do conteúdo da norma ao caso concreto. Como já se viu, essa espécie de raciocínio continua a ser fundamental para a dinâmica do direito. Mais recentemente, porém, a dogmática jurídica deu-se conta de que a subsunção tem limites, não sendo por si só suficiente para lidar com situações que, em decorrência da expansão dos princípios, são cada vez mais frequentes” Uma vez que os princípios não são, nem podem ser, aplicados na medida do tudo ou nada, é necessário que o intérprete do direito valha-se, nos casos de conflitos de princípios, da *técnica da ponderação*. “A ponderação consiste, portanto, em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas. A estrutura interna do raciocínio ponderativo ainda não é bem conhecida, embora esteja sempre associada às noções difusas de balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas”. [BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. **A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. BARROSO, Luís Roberto (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp. 344-346].

sistema – e serão apontadas neste trabalho, mais adiante. Acreditamos, entretanto, que as licenças públicas podem ser interessante mecanismo de difusão cultural.

### 3.2.2. Contratos, Creative Commons e licenças públicas

#### 3.2.2.1. Aspectos da Nova Teoria Contratual

Reflexos das mudanças em nosso ordenamento jurídico e em sua orientação interpretativa fazem-se sentir também – talvez, sobretudo – no que diz respeito ao direito das obrigações e nos contratos em geral.<sup>45</sup>

Caio Mário da Silva Pereira traça em poucas palavras o panorama da transformação por que passou o direito dos contratos ao afirmar que:<sup>46</sup>

Com o passar do tempo, entretanto, e com o desenvolvimento das atividades sociais, a função do contrato ampliou-se. Generalizou-se. Qualquer indivíduo – sem distinção de classe, de padrão econômico, de grau de instrução – contrata. O mundo moderno é o mundo do contrato. E a vida moderna o é também, e em tão alta escala que, se se fizesse abstração por um momento do fenômeno contratual na civilização de nosso tempo, a consequência seria a estagnação da vida social. O *homo economicus* estancaria as suas atividades. É o contrato que proporciona a subsistência de toda a gente. Sem ele, a vida individual regrediria, a atividade do homem limitar-se-ia aos momentos primários.

Diante dos princípios adotados pelo Código Civil – como se verá adiante -, percebe-se que não se pode mais admitir a análise dos con-

---

45 José Augusto Delgado nota, citando Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, que “o Código Civil de 2002, em face da impossibilidade de ser fundado, apenas, em cláusulas gerais, utilizou-se do ‘método casuístico, notadamente no direito das obrigações, de modo que podemos afirmar que o Código Civil segue técnica legislativa mista, com base nos métodos da casuística, nos conceitos legais indeterminados e das cláusulas gerais”.

DELGADO, José Augusto. O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988. Cláusulas Gerais e Conceitos Indeterminados. Cit., p. 395.

46 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Vol III. 11ª**. Ed. Atual.: Régis Fichtner. Rio de Janeiro: Ed.Forense, 2004, p. 11.

tratos sob a perspectiva oitocentista, que tinha nos princípios advindos da autonomia da vontade seu pilar mais firme. A respeito desses princípios seculares, julgamos pertinente transcrevermos as precisas palavras de Antonio Junqueira de Azevedo:<sup>47</sup>

São três os princípios do direito contratual que vêm do século passado; giram eles em torno da *autonomia da vontade* e assim se formulam: a) as partes podem convencionar o que querem, e como querem, dentro dos limites da lei – princípio da liberdade contratual *lato sensu*; b) o contrato faz lei entre as partes (art. 1.134 do Código Civil Francês), *pacta sunt servanda* – princípio da obrigatoriedade dos efeitos contratuais; c) o contrato somente vincula as partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros, *res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest* – princípio da relatividade dos efeitos contratuais. (*grifos do autor*)

De fato, não se concebe mais a autonomia da vontade de maneira absoluta como outrora se admitia.<sup>48</sup> Com efeito, verifica-se que, na elaboração do Código Civil, o legislador atentou para a configuração mais moderna da função contratual, “que não é a de exclusivamente atender aos interesses das partes contratantes, como se ele tivesse existência autônoma, fora do mundo que o cerca. Hoje, o contrato é visto como parte de uma realidade maior e como um dos fatores de alteração da realidade social. Essa constatação tem como conseqüência, por exemplo, possibilitar que terceiros que não são propriamente partes do contrato possam nele influir, em razão de serem direta ou indiretamente por ele atingidos”.<sup>49</sup>

<sup>47</sup> Apud NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato – Novos Paradigmas**. Cit., p. 108.

<sup>48</sup> Assim escreve Caio Mário da Silva Pereira sobre a matéria: “Em primeiro lugar, vigora a faculdade de contratar e de não contratar, isto é, o arbítrio de decidir, segundo os interesses e conveniências de cada um, se e quando estabelecerá com outrem negócio jurídico-contratual. Este princípio é um tanto relativo, porque, se não há norma genérica que imponha a uma pessoa a celebração de contratos, a não ser em circunstâncias de extrema excepcionalidade, a vida em sociedade, nos moldes de sua organização hodierna, determina a realização assídua e freqüente de contratos, que vão desde a maior singeleza (como adquirir um jornal em um quiosque) até a mais requintada complexidade. Mesmo a lei contém hoje diversas exceções ao princípio de que as pessoas contratam apenas se assim o quiserem, o qual não vigora mais hoje em dia na plenitude com que se afirmava no período clássico da teoria dos contratos”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Vol III**. Cit., p. 22.

<sup>49</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Vol III**. Cit., p. 13.

Assim, a teoria das obrigações e os contratos em geral devem ser analisados de maneira a abranger os novos princípios que orientam sua interpretação. Fundamental registrar-se, entretanto, que os princípios fundantes da teoria liberal dos contratos não foram de todo abandonados. O que existe, hoje em dia, é a necessidade de se conjugar os princípios clássicos com outros que hodiernamente se fazem indispensáveis para o entendimento das leis civis dentro da disciplina constitucional.<sup>50</sup>

Em extraordinária tese de doutorado, Teresa Negreiros aponta três novos princípios que devem ser observados na celebração dos contratos.<sup>51</sup>

O primeiro diz respeito à ética nas relações contratuais. Trata-se da boa-fé objetiva, positivada em nosso ordenamento jurídico no art. 422 do Código Civil.<sup>52</sup>

Ressaltamos que a boa-fé objetiva não se caracteriza por um estado de consciência do agente de comportar-se em conformidade com o Direito, como ocorre com a boa-fé subjetiva. A boa-fé objetiva não se relaciona ao estado mental subjetivo do agente, mas sim ao seu comportamento em determinada relação jurídica de cooperação. Consiste seu conteúdo em um padrão de conduta, variando as suas exigências de acordo com o tipo de relação existente entre as partes.<sup>53</sup>

50 "Acolher a construção da unidade (hierarquicamente sistematizada) do ordenamento jurídico significa sustentar que seus princípios superiores, isto é, os valores propugnados pela Constituição, estão presentes em todos os recantos do tecido normativo, resultando, em consequência, inaceitável a rígida contraposição direito público-privado. Os princípios e valores constitucionais devem se estender a todas as normas do ordenamento, sob pena de se admitir a concepção de um '*mondo in frammenti*', logicamente incompatível com a idéia de sistema unitário". MORAES, Maria Celina Bodin de. *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*. Cit.

51 A autora se refere expressamente aos princípios propostos por Antônio Junqueira de Azevedo, *in verbis*: "Com o acréscimo de novos princípios, é natural que se perceba um processo de fragmentação e relativização da teoria contratual. Afinal, à sombra da 'mística da vontade', fomos acostumados a conhecer nos manuais e a reconhecer no Código Civil princípios capazes de nos revelar o substrato do contrato. Nos tempos atuais, contudo, isto que antes se apresentava como essencial torna-se conjuntural, e o contrato fundado na autonomia da vontade e em seus princípios correlatos é considerado 'um modelo de contrato': o modelo clássico. Opõe-se-lhe o modelo contemporâneo, cujo conceito não se restringe aos aspectos ligados à formação e à manifestação da vontade individual, passando a exigir o recurso aos chamados 'novos princípios'- boa-fé objetiva, equilíbrio econômico e função social". NEGREIROS, Teresa. Cit., pp. 110-111.

52 Art. 422: Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como na sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé.

53 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – Vol III*. Cit., p. 20.

É importante observar que a boa-fé objetiva não serve apenas para criar condutas negativas, como ocorre na boa-fé subjetiva. Na verdade, a boa-fé objetiva exercerá diversas funções, servindo como elemento interpretativo, como elemento de criação dos deveres jurídicos (por meio, por exemplo, dos deveres de correção, de cuidado e segurança, de informação, de cooperação, de sigilo, de prestar contas) e mesmo como elemento de limitação e ruptura de direitos (nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, “proibição de *venire contra factum proprium*, que veda que a conduta da parte entre em contradição com a conduta anterior, do *inciviliter agere*, que proíbe comportamentos que violem o princípio da dignidade humana, e da *tu quoque*, que é a invocação de uma cláusula ou regra que a própria parte já tenha violado”<sup>54</sup>).

Outro princípio a ser observado relaciona-se com a justiça nas relações contratuais: é o princípio do equilíbrio econômico. Assim discorre Teresa Negreiros a respeito deste princípio:<sup>55</sup>

O fato é que, em contraste com o que se passava no direito contratual clássico, onde sobressaía a fase de formação e manifestação da vontade de contratar, o princípio do equilíbrio econômico incide sobre o programa contratual, servindo como parâmetro para a avaliação do seu conteúdo e resultado, mediante a comparação das vantagens e encargos atribuídos a cada um dos contratantes. Inspirado na igualdade substancial, o princípio do equilíbrio econômico expressa a preocupação da teoria contratual contemporânea com o contratante vulnerável. Em face da disparidade de poder negocial entre os contratantes, a disciplina contratual procura criar mecanismos de proteção da parte mais fraca, como é o caso do balanceamento das prestações. De acordo com este princípio, a justiça contratual torna-se um dado relativo não somente ao processo de formação e manifestação da vontade dos declarantes, mas sobretudo relativo ao conteúdo e aos efeitos do contrato, que devem resguardar um patamar mínimo de equilíbrio entre as posições econômicas de ambos os contratantes. Definitivamente, a justiça contratual deixa de ser concebida como uma decorrência inexorável da autonomia da vontade.

54 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Vol III**. Cit., p. 21.

55 NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato – Novos Paradigmas**. Cit., pp. 156-157.



É muito relevante notar que este princípio encontra-se amparado nos ditames constitucionais – bem como os demais a que nos referimos neste item. Na verdade, a vedação a que as prestações contratuais expressem um desequilíbrio real e injustificável entre as vantagens obtidas por um e por outro dos contratantes<sup>56</sup> configura expressão do princípio consagrado no art. 3º, III, da Constituição: o princípio da igualdade substancial.<sup>57</sup>

Finalmente, o terceiro novo princípio contratual diz respeito à função social dos contratos.

Também este princípio, a exemplo da boa-fé objetiva, encontra guarida expressa nos termos do Código Civil, conforme preceitua o art. 421 de referido diploma legal.<sup>58</sup> Além disso, é fácil constatar que o princípio encontra-se amparado constitucionalmente por outro princípio, o da solidariedade, “a exigir que os contratantes e os terceiros colaborem entre si, respeitando as situações jurídicas anteriormente constituídas, ainda que as mesmas não sejam providas de eficácia real, mas desde que a sua prévia existência seja conhecida pelas pessoas implicadas”.<sup>59</sup>

O princípio da função social dos contratos vem a se contrapor ao antigo conceito de que o contrato vincula tão-somente as partes que a ele livremente se submeteram (relatividade nas relações contratuais).<sup>60</sup> Assim conclui Teresa Negreiros sobre o assunto:

Numa sociedade que o constituinte quer mais solidária, não deve ser admitido que, sob o pretexto de que o direito de crédito é um direito relativo, possa tal direito ser desrespeitado por terceiros, que argumentam não ter consentido para a sua criação. Esta ótica individualista e voluntarista deve ser superada diante do sentido de solidariedade presente no sistema constitucional.

56 Trata-se, aqui, de referência ao sinalagma, de que trataremos mais detidamente adiante. Para Antonio Junqueira de Azevedo, o princípio do sinalagma é expressão sinônima de princípio do equilíbrio econômico do contrato. *Apud* NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato – Novos Paradigmas**. Cit., p. 156, nota 242.

57 NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato – Novos Paradigmas**. Cit., pp. 155 - 156.

58 Art. 421: A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

59 NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato – Novos Paradigmas**. Cit., p. 207.

60 Realmente, “diante do novo cenário principiológico em que se insere o contrato, podem ser deduzidos fundamentos para, sob certas circunstâncias, atribuir ao credor ação de responsabilidade em face do terceiro que, através de um contrato concorrente, inviabiliza a satisfação do seu direito de crédito”. NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato – Novos Paradigmas**. Cit., p. 210.

Nesse sentido, são duas as ordens de problemas que se inferem a partir da aplicação do princípio da relatividade. O primeiro diz respeito à posição ocupada por terceiro vítima de dano decorrente de inadimplemento de obrigação em contrato do qual o terceiro não é parte integrante. O segundo versa sobre a posição de parte credora em relação ao terceiro que contribui para o inadimplemento da obrigação assumida pelo co-contratante devedor. Em ambos os casos, quer de vítima, quer de ofensor, a posição jurídica do terceiro conduz necessariamente à análise do princípio da relatividade dos efeitos dos contratos sob o prisma do princípio da função social.<sup>61</sup>

Enquanto que o princípio da boa-fé objetiva é extensível a todo o ordenamento jurídico<sup>62</sup> – e não apenas ao direito dos contratos, o princípio do equilíbrio econômico das relações contratuais diz respeito diretamente ao sinalagma, o que será tratado adiante. Finalmente, com relação ao princípio da função social dos contratos, entendemos que ele pode ser reconduzido – diante de sua amplitude – à questão da causa (ou função), tópico de que trataremos no item subsequente.

### 3.2.2.2. A Importância da Causa

De início, ressaltamos que a noção de causa do contrato é considerada uma das mais difíceis e complexas em todo o direito civil.<sup>63</sup> Ainda que não houvesse menção expressa à causa dos contratos no código civil de 1916, nem tampouco haja no atual, é imprescindível a análise da causa para a correta compreensão dos negócios jurídicos, já que é por meio daquela que são estes qualificados.

Embora estejamos cientes de que o tema discutido neste tópico pode dar ensejo a estudo vasto e profundo, entendemos que, para a consecução dos fins a que este trabalho se propõe, é suficiente indicar-

61 NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato – Novos Paradigmas**. Cit., p. 229.

62 Assim é que "a fundamentação constitucional do princípio da boa-fé assenta na cláusula geral de tutela da pessoa humana – em que esta se presume parte integrante de uma comunidade, e não um ser isolado, cuja vontade em si mesma fosse absolutamente soberana, embora sujeita a limites externos. Mais especificamente, é possível reconduzir o princípio da boa-fé ao ditame constitucional que determina como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade solidária, na qual o respeito pelo próximo seja um elemento essencial de toda e qualquer relação jurídica". NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato – Novos Paradigmas**. Cit., p. 117.

63 MORAES, Maria Celina Bodin de. A Importância da Causa. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**. Rio de Janeiro: ed. Padma. Vol. 21, jan-mar, 2005. pp. 95-119.

mos apenas os contornos mais genéricos a respeito da causa nos contratos. Por tal motivo, limitaremos nossas considerações apenas aos aspectos estritamente necessários à compreensão da causa relacionada a negócios jurídicos envolvendo direitos autorais.

Ademais, uma vez que o assunto é extremamente complexo, vasto e pode ser estudado a partir de diversas correntes e perspectivas, estaremos adstritos à concepção de causa traçada por Emilio Betti. A doutrina a respeito da causa, no Brasil, é escassa; quanto a referir-se especificamente aos contratos de direitos autorais, até onde pudemos averiguar, é inexistente.

Inicialmente, pode-se afirmar que a causa, nas palavras de Emilio Betti, é a razão do negócio, ligando-se àquilo que é o conteúdo do negócio sem, no entanto, identificar-se com ele.<sup>64</sup> Citando Pontes de Miranda, Maria Celina Bodin de Moraes afirma que “a causa é a função que o sistema jurídico reconhece a determinado tipo de ato jurídico, função que o situa no mundo jurídico, traçando-lhe e precisando-lhe a eficácia”.<sup>65</sup>

Na explanação de Henri, Léon e Jean Mazaud, e de François Chabas:<sup>66</sup>

*La cause est un élément de formation du contrat indépendant de l'objet et du consentement. Chaque élément – consentement, objet, cause – répond à un ordre de préoccupations différent:*

*Le consentement: le contractant a-t-il voulu?*

*L'objet: qu'a-t-il voulu?*

*La Cause: pourquoi a-t-il voulu?"*

Os autores prosseguem, informando:<sup>67</sup>

64 BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico – Tomo I**. Campinas: LZN Editora, 2003, pp. 247-248.

65 MORAES, Maria Celina Bodin de. O Procedimento de Qualificação dos Contratos e a Dupla Configuração do Mútuo no Direito Civil Brasileiro. **Revista Forense – Vol. 309**. Rio de Janeiro: ed. Forense, 1990, p. 35.

66 MAZEAUD, Henri, Léon e Jean e CHABAS, François. **Leçons de Droit Civil – Tome II/Premier Volume**. Montchrestien, p. 262. Em tradução livre, lê-se que “a causa é um elemento de formação do contrato independentemente do objeto e do consentimento. Cada elemento – consentimento, objeto, causa – responde a um tipo de questionamento diferente: o consentimento: o contratante quis?; o objeto: o que ele quis?; a causa: por que o quis?”.

67 MAZEAUD, Henri, Léon e Jean e CHABAS, François. **Leçons de Droit Civil – Tome II/Premier Volume**. Cit., p. 265. Em tradução livre, lê-se que “para determinar a causa da obrigação, os causalistas encaram separadamente, abstratamente, cada obrigação nascida do contrato, destacando-a do conjunto da operação jurídica. Busca-se, portanto, a razão, a causa de determinada obrigação: por que o contratante se comprometeu a exe-

*Pour déterminer la cause de l'obligation, les causaliste envisagent séparément, abstraitement, chaque obligation née du contrat, en la détachant de l'ensemble de l'opération juridique. On recherche alors la raison, la cause de cette obligation: pourquoi le contractant s'est-il engagé à exécuter cette obligation? Cette raison abstraite est toujours identique pour une même catégorie de contrats (grifo dos autores).*

Cabe, em breve digressão, informar que a noção de causa no direito francês se confunde com a noção de motivo. Encontra-se calcada muito mais na razão interna por que a obrigação é contraída.<sup>68</sup> Daí se considera subjetiva essa corrente causalista.

Já o direito italiano optou pela concepção objetiva da causa dos negócios jurídicos. Esta, ainda que considere o negócio como ato derivado da autonomia da vontade privada, em que o sujeito regula seu próprio comportamento, alega que o ordenamento o toma em consideração não porque corresponde à vontade privada, mas sim porque existente no mundo jurídico.<sup>69</sup>

O ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, optou – assim como o alemão – por não se referir explicitamente à causa das obrigações. O que não significa, por óbvio, que a questão não tenha relevância ou, mais ainda, que não exista em nossa ordem jurídica.<sup>70</sup>

---

cutar determinada obrigação? Esta razão abstrata é sempre idêntica para uma mesma categoria de contratos”.

68 Os Mazeaud e François Chabas tratam do tema ao afirmar que “*l'expression de 'cause de l'obligation' est prise, en droit français, dans un sens différent: on ne recherche pas pourquoi le débiteur est obligé, pourquoi il est engagé, mais pourquoi il a consenti à s'obliger. C'est ce qui explique que la question de la cause de l'obligation ne se pose qu'à propos des obligations qui naissent de la volonté du débiteur*”. MAZEAUD, Henri, Léon e Jean e CHABAS, François. *Leçons de Droit Civil – Tome II/Premier Volume*. Cit., p. 262. Em tradução livre, lê-se que “a expressão ‘causa da obrigação’ é considerada, no direito francês, com significado diverso: não se busca saber por que o devedor se obrigou, por que ele encontra-se vinculado, mas por que motivo consentiu em obrigar-se. É isso que explica que a questão da causa da obrigação não se indaga senão a respeito das obrigações que nascem da vontade do devedor”.

69 MORAES, Maria Celina Bodin de. O Procedimento de Qualificação dos Contratos e a Dupla Configuração do Mútuo no Direito Civil Brasileiro. Cit., p. 37.

70 Pontes de Miranda se vale de curiosa metáfora ao tratar do tema. Afirma o autor que não ter o legislador nacional se referido à causa equivale ao professor de obstetria que, chegando à unidade onde estavam internadas as parturientes, exigiria: que todos os bebês nasçam sem pernas. Assim é que a extirpação do elemento causal simplesmente resulta inoperante diante do próprio código civil brasileiro, pois que seu sistema encontra-se fundado naquela noção. MORAES, Maria Celina Bodin de. O Procedimento de Qualificação dos Contratos e a Dupla Configuração do Mútuo no Direito Civil Brasileiro. Cit., p. 34.

Assim é que, afirma Maria Celina Bodin de Moraes, “a principal utilidade do elemento causal é apontada, exatamente, no serviço que presta como meio de recusa de proteção jurídica a negócios sem significação social”,<sup>71</sup> no que se atrela ao princípio da função social dos contratos, analisado no tópico anterior.<sup>72</sup>

A análise da causa, em consonância com os princípios indicados no item 2 (dois) acima, indica que representa também a causa mais um limitador à autonomia da vontade no momento de se contratar, em adição às limitações impostas pela necessária observância da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e do respeito a seu equilíbrio econômico. Nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes:<sup>73</sup>

O princípio, tantas vezes repetido, segundo o qual “o que não é proibido, é permitido” há muito não corresponde aos valores que presidem as relações jurídicas de matriz privada. A liberdade dos privados encontra-se hoje circunscrita por todos os lados, contida em limites estritamente demarcados por princípios os mais diversos, a começar pelos valores constitucionais, dentre os quais primam a solidariedade e a dignidade humana. Além disso, limitam a vontade privada institutos tais como o (...) abuso de direito, a fraude à lei, os princípios codicistas da boa-fé, da probidade, bem como o da função social dos contratos, dentre outros.

E mais adiante, preceitua:<sup>74</sup>

A propósito, justamente por isto o art. 421 do Código de 2002 explicita que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Aliás, a maneira pela qual um direito é exercido também é determinante para a sua licitude (art. 187, CC) e para consideração de ser digno de tutela jurídica. A razão

71 MORAES, Maria Celina Bodin de. O Procedimento de Qualificação dos Contratos e a Dupla Configuração do Mútuo no Direito Civil Brasileiro. Cit., p. 35.

72 “Nessa medida, o negócio jurídico pode ser produtivo de efeitos jurídicos somente se avaliado pelo ordenamento jurídico como socialmente útil”. MORAES, Maria Celina Bodin de. O Procedimento de Qualificação dos Contratos e a Dupla Configuração do Mútuo no Direito Civil Brasileiro. Cit., p. 37.

73 MORAES, Maria Celina Bodin de. A Importância da Causa. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**. Cit.

74 MORAES, Maria Celina Bodin de. A Importância da Causa. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**. Cit.

jurídica garantidora da tutela reside exatamente no fato de que o negócio deve ser celebrado por razões que o ordenamento jurídico considera admissíveis e merecedoras de tutela, de proteção.

Ainda tratando da importância da *função*, Emilio Betti leciona que “considerada sob o aspecto social, abstraído da sanção do direito, a causa do negócio é, propriamente, a função econômico-social que caracteriza o tipo desse negócio como fato de autonomia privada (típica, nesse sentido), e lhe determina o conteúdo mínimo necessário”.<sup>75</sup>

Em adição a tais considerações, é relevante mencionar que os elementos essenciais do tipo de negócio são, por isso mesmo, elementos de sua causa. A respeito desses elementos, prossegue Emilio Betti:<sup>76</sup>

[Os elementos da causa são] constantes e invariáveis em cada negócio concreto que corresponde àquele tipo, e portanto indispensáveis para a sua identificação. Por conseguinte, ao mesmo tempo que é uniforme e constante em todos os negócios concretos que pertençam ao mesmo tipo, a causa é diferente para cada tipo de negócio e serve para distinguir um tipo do outro. Assim, por ex., é diversa a função econômico-social da venda, do arrendamento (de coisa), do mútuo: que é, respectivamente, a permuta do domínio pleno ou do temporâneo gozo de uma coisa, por um correspondente pecuniário (preço ou aluguel), ou o empréstimo para consumo de uma quantidade de coisas fungíveis contra a sua restituição em tempo determinado.

Em estreitíssima análise, objetivando-se por meio da causa a indicação do porquê do negócio jurídico que se analisa, de qual a sua razão jurídica de ser,<sup>77</sup> cumprirá a causa três funções distintas, embora seja ontologicamente una: (*i*) serve a dar juridicidade aos negócios, em especial aos contratos atípicos, mistos e coligados; (*ii*) serve a delimitá-los através do exame da função social que o negócio irá desempenhar no universo jurídico; (*iii*) serve, enfim, a qualificá-los, distinguindo seus efeitos e, em consequência, a disciplina a eles aplicável.<sup>78</sup>

<sup>75</sup> BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico – Tomo I**. Cit., pp. 261-262.

<sup>76</sup> BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico – Tomo I**. Cit., pp. 264-265.

<sup>77</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. A Importância da Causa. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**. Cit.

<sup>78</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. A Importância da Causa. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**. Cit.

Jose Maria Desantes trata especificamente da causa no direito espanhol. A partir da análise do fim a que a causa de destina, afirma<sup>79</sup>:

La causa tiene así, jurídicamente, un puesto intermedio entre la voluntad y la ley. La causa de cada contrato es valorada por la norma legal. Y, al mismo tiempo, la causa valora cada propósito contractual concreto. La causa actúa, por tanto, de puente entre la voluntad contractual y la norma legal y facilita la aplicación e interpretación de las normas conforme al fin social que el contrato tiene y a su coincidencia – positiva o negativa – con el fin que los contratantes se proponem. ***La causa aprovecha así para ir adecuando una ley antigua a unas condiciones nuevas, caso para el que puede servir de ejemplo el contrato de edición que ha de regularse por unas normas civiles decimonónicas en un mundo que cambia aceleradamente en materias tan fluidas como las informativas, tanto desde el punto de vista técnico como jurídico.*** Cuando la causa objetiva o legal es también la causa subjetiva o motivo preponderante en el ánimo de los contratantes, el derecho actúa plenamente. (*grifo nosso*)

Ao referir-se à causa nos contratos atípicos, notadamente no contrato de edição, o autor comenta:<sup>80</sup>

El contrato atípico y, en consecuencia, el contrato de edición, necesita ser referido a una causa. La admisibilidad y justificación prácticas de la causa son así indudables. La causa, además de determinar la validez del contrato, en cuanto que eleva al plano jurídico el resultado objetivo económico-social del contrato y el subjetivo que se proponem alcanzar los contratantes, diseña el esquema de toda la regulación contractual:

(...)

Observamos que, no Brasil, ainda que o Código Civil não faça menção expressa à existência da causa dos contratos, a LDA acolhe – mesmo que de modo implícito – a importância da causa dos contratos na celebração de negócios jurídicos envolvendo direitos autorais.

79 DESANTES, José María. La Relación Contractual Enre Autor y Editor. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1970. pp. 84-85.

80 DESANTES, José María. La Relación Contractual Enre Autor y Editor. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1970. p. 86.

O art. 4º da LDA dispõe que “interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre direitos autorais”. Assim, pelo denominado princípio da interpretação restritiva, “tudo que não estiver expressamente previsto no contrato, ou no negócio, entende-se como não autorizado. Não há possibilidade de se dar efeito extensivo a nenhuma cláusula do negócio, e muito menos a de o contratado transmitir os direitos recebidos do autor a terceiro, sem o seu expresso consentimento nesse sentido”.<sup>81</sup>

Dessa forma é que os contratos que versam sobre direitos autorais terão que indicar precisamente os contornos do negócio jurídico desejado. Por isso, o contraponto à interpretação restritiva dos negócios jurídicos envolvendo direitos autorais encontra-se no art. 31 da LDA, que assim prevê:

Art. 31: As diversas modalidades de utilização de obras literárias, artísticas ou científicas ou de fonogramas são independentes entre si, e a autorização concedida pelo autor, ou pelo produtor, respectivamente, não se estende a quaisquer das demais.<sup>82</sup>

Como se percebe, o artigo transcrito prevê a independência das utilizações das obras protegidas por direitos autorais. Nesse particular, afirma Eliane Y. Abrão:<sup>83</sup>

Por este princípio quer se garantir ao autor que a autorização concedida para determinado uso ou mídia não se estenda aos demais, como um corolário do princípio da interpretação restritiva. Assim, o direito concedido a um escritor para a publicação da obra em livro de papel não se estende ao formato digital ou ao CD ROM. Cada suporte ou utilização em outro meio de comunicação (o livro adaptado ao formato audiovisual para transmissão por TV, por exemplo) hão que estar previstos em contrato, ou de outro modo previamente autorizados pelo autor ou titular do direito.

81 ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. Cit., p. 36.

82 Em adição ao disposto neste artigo, o art. 49, VI, da LDA vem a disciplinar que “não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato”.

83 ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. Cit., p. 37.



Pelo exposto, vê-se com clareza que um contrato celebrado para edição de um livro de poemas não confere ao editor o direito de recitação pública das obras, ou ainda o direito de musicar o texto e lançar uma canção.<sup>84</sup>

No entanto, de nada vale o editor poder editar o livro (que é o objeto central do contrato de edição) e não poder comercializar as cópias editadas, ou, para tanto, depender de nova autorização do autor.

Por isso, ao precisarmos as fronteiras do contrato de direitos autorais, encontraremos dois limites que precisarão ser analisados. Um **primeiro limite** será delineado na medida em que há que se considerar abrangidas, pelo tipo de contrato de direitos autorais celebrado, todas as obrigações intrínsecas a esse mesmo tipo. No caso, a celebração de contrato de edição abrangerá a possibilidade de comercializar os exemplares editados, independentemente de nova autorização do autor.

Em suma, lembra José de Oliveira Ascensão, inicialmente e com propriedade, que “a interpretação ‘restritiva’ tanto atinge os autores como a outra parte nos contratos”.<sup>85</sup> E acrescenta:<sup>86</sup>

A idéia de que o autor é a parte mais fraca não se justifica, se se considera que a maioria dos contratos, talvez, é celebrada por entidades de gestão coletiva do direito de autor ou por transmisários deste, que freqüentemente são empresas especializadas.

A atenção tem de se voltar antes para a interpretação dos contratos de direitos de autor, fixando-se com muita clareza esta regra:

- **o contrato abrange todas as faculdades que forem justificadas pelo seu fim;**
- **as faculdades que não forem justificadas pelo fim permanecem com o autor. (grifamos)**

Por isso, diz-se que, dentro dos contratos de direitos autorais, haveria que se considerar compreendidas todas as utilizações que estejam necessariamente associadas àquela que se autoriza.<sup>87</sup> Mas não mais, entretanto.

<sup>84</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Cit., p. 361.

<sup>85</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Breves Observações ao Projeto de Substitutivo da Lei de Direitos Autorais. Cit., p. 52.

<sup>86</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Breves Observações ao Projeto de Substitutivo da Lei de Direitos Autorais. Cit., p. 52.

<sup>87</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Cit., p. 373.

José de Oliveira Ascensão exemplifica:<sup>88</sup>

Não há *numerus clausus*, à semelhança dos direitos reais, que exigiria a preexistência legal do tipo que as partes quisessem utilizar. Na realidade, o direito real está preso pela especialidade do objeto, que limita as possibilidades físicas de desfruto. Tal não se verifica aqui. Por isso também não há nenhuma lista das onerações do direito de autor sujeitas a registro.

Mas também não são possíveis todos os efeitos que se quiserem. Assim, quem aliena uma obra das artes plásticas não pode reservar-se, a título de direito de autor, a faculdade de a reaver todos os anos para fazer uma exposição paga. Tal direito de recuperação não existe e as partes não podem criar figuras autorais não permitidas por lei. A vinculação não teria por isso efeitos autorais.

Dessa forma, observa-se que um **segundo limite** aos contratos de direitos autorais será excluir do tipo de contrato de direitos autorais celebrado, a título de reserva de direito de autor, aquilo que não for essencial à sua eficácia. É certo, entretanto, que as partes podem convencionar obrigações adicionais – mesmo que não a título de direito de autor – desde que não sejam contrárias aos princípios contratuais, ou à lei.

Diante de tais argumentos, percebe-se que ainda que às partes seja lícito celebrar contratos atípicos envolvendo bens protegidos por direitos autorais, tanto pelas características intrínsecas do contrato, quanto pelas exclusões também impositivas (dentro do âmbito do direito de autor), a celebração do negócio jurídico estará restringida por sua **causa**.

José de Oliveira Ascensão afirma que “os preceitos que referimos, e muitos outros que se poderiam citar, vão todos no sentido de procurar as constelações de utilizações que correspondem ao fim daquele negócio e portanto à **vontade tendencial das partes**. Não interessa a textualidade das palavras usadas mas os interesses que as visaram regular”.<sup>89</sup> (**grifamos**).

Entendemos que esta vontade a que se refere o civilista português é exatamente do que trata Emilio Betti ao explicar o sentido de conteúdo de negócio jurídico:<sup>90</sup>

<sup>88</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. Cit., p. 363.

<sup>89</sup> Acreditamos que a declaração esteja em exata conformidade com o disposto no art. 112 do Código Civil, que dispõe que “nas declarações de vontade se atenderá muito mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem”.

<sup>90</sup> BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico – Tomo I**. Cit., p. 248.

Conteúdo do negócio é (...) não uma “vontade” qualquer, expressão vazia e incolor do capricho individual, mas um preceito da autonomia privada, com o qual as partes pretendem regular os seus interesses, nas relações entre elas ou com terceiros, em vista de escopos práticos de caráter típico, socialmente valoráveis pela sua constância e regularidade na vida de relações correntes. Quem promete, dispõe, renuncia, aceita, [*acrescentaríamos: celebra, de qualquer forma, negócio jurídico referente a bem protegido por direitos autorais*] não pretende, pura e simplesmente, obrigar-se, despojar-se de um bem, transmiti-lo, adquiri-lo sem outro fim, não procura fazer tudo isso só pelo prazer de praticar um ato que seja fim em si mesmo. Mas procura sempre atingir um dos escopos práticos típicos que governam a circulação dos bens e a prestação dos serviços, na interferência entre as várias esferas de interesse que entram em contato na vida social: obter um valor correspondente, trocar um bem ou um serviço por um outro, abrir um crédito, doar, cumprir uma obrigação precedente, desinteressar-se de uma pretensão, transigir num processo etc. Em qualquer negócio, analisado no seu conteúdo, pode distinguir-se logicamente, um regulamento de interesses nas relações privadas e, concretizadas nele (...) uma razão prática típica que lhe é imanente, uma “causa”, um interesse social objetivo e socialmente verificável, a que ele deve corresponder.

Na medida em que os contratos que versem sobre a disposição de bens protegidos por direitos autorais (quer se trate de cessão – quando há transferência de titularidade –, ou de licença – caso em que haverá apenas uma autorização de uso) precisarão indicar com precisão a modalidade de utilização da obra protegida (especialmente em razão de sua interpretação restritiva), a vontade das partes estará consubstanciada no contorno das modalidades referidas e o contrato atingirá sua função econômico-social apenas se observado esse contorno. Vê-se, aí, a causa nos contratos relativos a direitos autorais.

Parece ser essa a interpretação correta a se fazer das palavras de Emilio Betti quando afirma:<sup>91</sup>

Ora – como já houve quem, com toda a razão, observasse – um negócio concretamente realizado, seja ele qual for, só é negó-

91 BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico – Tomo I*. Cit., p. 264.

cio jurídico, qualificável como negócio de um determinado tipo (ex. venda, locação, mandato), na medida, precisamente, em que cumpre a função econômico-social que caracteriza o mesmo tipo. Mas esta função característica do tipo que se considera, e que o direito protege, não é outra coisa senão a causa.

Ou seja, nas palavras precisas do autor italiano, a causa é, em resumo, a função de interesse social da autonomia privada.<sup>92</sup> E quando, diante da LDA, as partes celebrarem negócio jurídico disciplinando relação jurídica envolvendo bem protegido por direitos autorais, estarão cumprindo com a função econômico-social do contrato que venham a celebrar na medida que observem o disposto no artigo 31 da LDA.

Afinal, será justamente na estipulação da modalidade de uso da obra que se caracterizará se o negócio jurídico convencionado se trata de cessão ou de licença; se se trata de contrato de edição, de tradução, de adaptação cinematográfica ou televisiva etc.; se há ou não exclusividade; se há ou não remuneração, entre outros aspectos que podem ser enfrentados. Convém lembrar que a interpretação do contrato será restritiva, nos termos da própria lei. E ultrapassadas as duas etapas (observação dos limites desejados pelas partes mais a interpretação restritiva desses limites), será possível compreender com precisão de que *tipo* de contrato se trata e a qual *regime jurídico* ele estará sujeito.<sup>93</sup>

Finalmente, cumpre enfatizar que a causa dos contratos encontra-se intimamente ligada à noção de correspectividade, bilateralidade ou sinalagma. Na verdade, usa-se o termo bilateralidade em dois âmbitos distintos: (i) na classificação dos negócios jurídicos quanto à sua formação e (ii) na classificação quanto aos seus efeitos, onde se desdobra em bilateralidade quanto (a) às obrigações e (b) quanto às prestações.

É a respeito da bilateralidade dos contratos que trataremos no tópico que se segue.

92 BETTI, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico – Tomo I*. Cit., p. 260.

93 Afinal, conforme mencionamos no início deste tópico, Maria Celina Bodin de Moraes entende que “a causa é a função que o sistema jurídico reconhece a determinado tipo de ato jurídico, função que o situa no mundo jurídico, traçando-lhe e precisando-lhe a eficácia”. MORAES, Maria Celina Bodin de. *O Procedimento de Qualificação dos Contratos e a Dupla Configuração do Mútuo no Direito Civil Brasileiro*. Cit., p. 35. Será necessário, portanto, compreender a causa do contrato para que, a partir da sua correta classificação no mundo jurídico, possa lhe ser conferida a devida eficácia.

### 3.2.2.3. Contratos Sinalagmáticos: Características

O termo “sinalagmático” vem do grego *synallagmatikós* e, na linguagem jurídica, é sinônimo de bilateral, não no sentido da formação do contrato, mas no que diz respeito a seus efeitos.<sup>94</sup>

É evidente que se considerado sob o prisma da sua formação, todo contrato será considerado negócio jurídico bilateral, uma vez que sua constituição necessariamente dependerá da declaração de vontade de pelo menos duas pessoas que participarão de uma e de outra parte.<sup>95</sup>

Entretanto, a bilateralidade não se presta a identificar apenas uma noção, relativa à contraprestação de parte a parte. Conforme esclarece Maria Celina Bodin de Moraes:<sup>96</sup>

De fato, usa-se o termo bilateralidade para designar três diversas noções: na classificação do negócio quanto à sua formação e na classificação quanto aos seus efeitos, onde se desdobra em bilateralidade quanto às obrigações e quanto às prestações.

Com relação à primeira classificação, o contrato pode ser bilateral ou plurilateral, isto é, exige o acordo de duas ou mais partes para a sua formação. Quanto à bilateralidade das obrigações, ressalta-se que a doutrina, já há muito, entende os contratos como sendo sempre bilaterais. De fato, de todo e qualquer contrato surgem efeitos, vínculos jurídicos para as partes, além dos deveres gerais de boa-fé, de diligência e de cooperação. No contrato de comodato, por exemplo, não obstante a corrente afirmação de que gera obrigações somente para o comodatário, incumbe ao comodante, entre outras, a obrigação de não retirar a coisa comodada antes do tempo previsto, a de reembolsar as despesas extraordinárias e urgentes, a de indenizar os prejuízos.

Quanto ao terceiro aspecto, que é o que releva para o que se deseja clarificar, os contratos podem conter prestações correspondentes (ou bilaterais), como a compra e venda, e prestação a cargo de uma só parte (ou unilaterais), como o comodato.

94 **Enciclopédia Saraiva de Direito – Vol. 69**, Rio de Janeiro: ed. Saraiva, 1982, p. 121.

95 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Vol III**. Cit., p. 65.

96 MORAES, Maria Celina Bodin de. A Importância da Causa. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**. Cit.

Para efeitos deste trabalho, iremos nos ater ao terceiro aspecto de classificação dos contratos em bilaterais ou unilaterais, conforme haja, ou não, corresponsabilidade de obrigações entre as partes.

No entender de Sílvio de Salvo Venosa, a distinção entre contratos bilaterais<sup>97</sup> e unilaterais se opera quanto à carga de obrigações das partes no negócio jurídico:<sup>98</sup>

Contratos bilaterais, ou com prestações recíprocas, são os que, no momento de sua feitura, atribuem obrigações a ambas as partes, ou para todas as partes intervenientes. Assim é a compra e venda. O vendedor deve entregar a coisa e receber o preço; o comprador deve receber a coisa e pagar o preço. Cada contratante tem o direito de exigir o cumprimento do pactuado da outra parte. Sua característica é o sinalagma, ou seja, a dependência recíproca das obrigações. Daí por que muitos preferem a denominação contratos sinalagmáticos.

São unilaterais os contratos que, quando de sua formação, só geram obrigações para uma das partes. Assim é a doação. O donatário não tem obrigações.

No mesmo sentido, Caio Mário da Silva Pereira, ao afirmar que “(...) define-se como unilateral o contrato que cria obrigações para um só dos contratantes; bilateral, aquele que as origina para ambos. No contrato unilateral, há um credor e um devedor; no bilateral, cada uma das partes é credora e reciprocamente devedora da outra”.<sup>99</sup>

O importante é observar que nos contratos bilaterais não só nascem obrigações para ambas as partes como as obrigações se encontram unidas uma à outra por vínculo de reciprocidade ou interdependência.<sup>100</sup> É assim que Antunes Varela se manifesta acerca do sinalagma, em importante consideração que repercutirá nos efeitos atribuídos aos contratos bilaterais, como se verá no tópico seguinte:<sup>101</sup>

---

97 Enneccerus chama os contratos bilaterais de “contratos bilateralmente obrigatórios”, enquanto que os unilaterais seriam “contratos unilateralmente obrigatórios”. ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de Obligaciones – Tomo II, vol. I*. Barcelona: Ed. Bosch, p. 163.

98 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Vol. II*. 4ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2004, p. 408.

99 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – Vol III*. Cit., p. 66.

100 VARELA, Antunes. *Das Obrigações em Geral – Vol. I*. 10ª Ed. Coimbra: ed. Almedina, 2000, p. 396.

101 VARELA, Antunes. *Das Obrigações em Geral – Vol. I*. Cit., p. 397.

Fala-se em sinalagma *genérico* para significar que, na *gênese* ou *raiz* do contrato, a obrigação assumida por cada um dos contraentes constitui a razão de ser da obrigação contraída pelo outro. O sinalagma *funcional* aponta essencialmente para a ideia de que as obrigações têm de ser exercidas em paralelo (visto que a execução de cada uma delas constitui, na intenção dos contraentes, o pressuposto lógico do cumprimento da outra) e ainda para o pensamento de que todo o acidente ocorrido na vida de uma delas repercute necessariamente no ciclo vital da outra. (*grifos do autor*)

A correspectividade é a condição indispensável para a configuração dos contratos bilaterais, ou sinalagmáticos. Nesse sentido, as palavras de Massineo são precisas:<sup>102</sup>

Il contratto con prestazioni corrispettive è caratterizzato dal fatto che ciascuna delle parti è tenuta ad una prestazione (vi è prestazione e contro-prestazione); il contratto genera due obbligazioni contrapposte. Ma non basta: si stabilisce, fra le due prestazioni (e le due obbligazioni), uno speciale nesso, che è detto di corrispettività e che consiste nell'interdipendenza (o causalità reciproca) fra esse, per cui, ciascuna parte non è tenuta alla propria prestazione, se non sia dovuta la prestazione dall'altra: l'una prestazione è il presupposto indeclinabile dell'altra. (*grifos do autor*)

Entretanto, nem todos os deveres de prestação resultantes dos contratos bilaterais atribuídos a uma das partes resultam no dever de prestar imposto à outra parte pela relação de reciprocidade característica do sinalagma. Assim, pode-se dizer, exemplificativamente, que:<sup>103</sup>

A obrigação de pagar a renda, imposta ao locatário, faz parte do sinalagma contratual, na medida em que se contrapõe à obrigação fundamental, imposta ao locador, de proporcionar o gozo da coisa ao locatário. Mas já o mesmo não sucede com a obrigação de restituir a coisa locada, uma vez finda a locação, nem com a obrigação de indemnização das benfeitorias, nem com a obrigação de

102 MASSINEO, Francesco. *Manuale di Diritto Civile e Commerciale – Volume III*, 9ª ed., revista e ampliada. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1959, p. 617.

103 VARELA, Antunes. *Das Obrigações em Geral – Vol. I*. Cit., p. 397.

indenização das despesas que o mandatário haja feito no cumprimento do mandato, etc.

A partir de nossa análise dos contratos celebrados no âmbito da LDA, verificamos que os negócios jurídicos serão notadamente de duas espécies: cessão ou licença.

A LDA não define nem uma nem outra, mas estipula que a transmissão (cessão) total compreende todos os direitos de autor, salvo os de natureza moral e os expressamente excluídos por lei.<sup>104</sup> Aos contratantes será possível convencionar a transmissão total e definitiva dos direitos, mas neste caso ela deverá ser necessariamente escrita e se presumirá onerosa.<sup>105</sup>

Já com relação à licença, a lei é silente. Sabe-se, no entanto, que a licença equivale a uma autorização de uso sem que o titular do direito abra mão deste. Existe apenas uma limitação a seu direito de propriedade, que poderá ser exclusiva ou não (quanto ao licenciado), limitada no tempo ou não, referente às modalidades que as partes convencionarem.

Cabe lembrar que os contratos referentes a direitos autorais poderão ser celebrados mediante remuneração ou, ao contrário, gratuitamente. Sendo assim, a cessão se assemelhará à compra e venda, se onerosa, e à doação, se gratuita, enquanto que a licença, por seu turno, se assemelhará à locação, se onerosa e ao comodato, se gratuita.<sup>106</sup>

É Denis Borges Barbosa quem assim leciona, a respeito da licença e da cessão de patentes, sendo o raciocínio análogo a qualquer outro bem protegido pelo direito de exclusividade das propriedades intelectuais:<sup>107</sup>

104 Art. 49, I, da LDA.

105 Art. 49, II c/c art. 50, *caput*, da LDA.

106 Denis Borges Barbosa comenta sobre patentes, sendo o ensinamento válido também para a distinção entre cessão e licença de direitos autorais: "Da licença há que se distinguir a cessão de patentes, contrato em que o titular transfere o direito de exclusividade (ou o direito de pedir patente, ou sobre o pedido de patente), como um todo, e não só o seu exercício – como no caso da licença. Pela licença, o titular do direito exclusivo autoriza o uso e o gozo do objeto de sua patente e sinal distintivo, ou, como o quer parte da doutrina, compromete-se a não exercer o seu poder de proibir o uso. Pela cessão, por sua vez, repassa a titularidade do direito, como ato voluntário *inter vivos*. Não são, porém, tão claros quanto seria conveniente os limites entre a licença e a cessão. Na prática comercial e na legislação em vigor, licença e cessão são coisas diversas. Licença é a autorização concedida para a *exploração* do direito (como no caso de locação de bens físicos), enquanto a cessão é negócio jurídico que afeta o direito em si (como a venda de um apartamento)". (*grifos do autor*). BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. Cit., p. 1045.

107 BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. Cit., pp. 1041-1042.



A licença é precisamente uma autorização, dada por quem tem o direito sobre a patente, para que uma pessoa faça uso do objeto do privilégio. Esta autorização tem um aspecto puramente negativo: o titular da patente promete não empregar os seus poderes legais para proibir a pessoa autorizada do uso do objeto da patente. Tem, porém, um aspecto positivo, qual seja, o titular dá ao licenciado o direito de explorar o objeto da patente, com todos os poderes, instrumentos e meios que disto decorram.

Enfatizando um ou outro aspecto, os vários sistemas jurídicos vêem a licença como um contrato aproximado ao de locação de bens materiais, ou, se tomado o lado negativo, como uma promessa formal de não processar a pessoa autorizada por violação de privilégio. Neste último sentido, o direito americano e determinados autores jurídicos. A corrente que favorece a aproximação entre licença e a locação, por sua vez, exige do licenciador o cumprimento de uma série de obrigações, que configuram o contrato como de natureza substantiva: quem loca tem de dar o apartamento em condições de moradia. A licença sem *royalties*, acompanhando o mesmo raciocínio, se assemelharia ao comodato.

Interessa-nos, neste particular, sobretudo a análise das licenças públicas.

#### 3.2.2.4. *Copyleft*, *Creative Commons* e Licenças Públicas

Enquanto o *copyright* é visto pelos mentores originais do *copyleft* como uma maneira de restringir o direito de fazer e distribuir cópias de determinado trabalho, uma licença de *copyleft* usa a lei do *copyright* de forma a garantir que todos que recebam uma versão da obra possam usar, modificar e também distribuir tanto a obra quanto suas versões derivadas. Assim, de maneira leiga, pode-se dizer que *copyleft* é o oposto de *copyright*.<sup>108</sup>

Entende-se, a partir da explicação acima, que o *copyleft* é um mecanismo jurídico para se garantir que detentores de direitos de proprieda-

---

<sup>108</sup> De acordo com definição da Wikipedia ([www.wikipedia.org](http://www.wikipedia.org)). No original, lê-se que "Whereas copyright law is seen by the original proponents of copyleft as a way to restrict the right to make and redistribute copies of a particular work, a copyleft license uses copyright law in order to ensure that every person who receives a copy or derived version of a work can use, modify, and also redistribute both the work, and derived versions of the work. Thus, in a non-legal sense, copyleft is the opposite of copyright"

de intelectual possam licenciar o uso de suas obras além dos limites da lei, ainda que amparados por esta. Por meio das licenças inspiradas no *copyleft*, aos licenciados seria garantido, de maneira genérica, valer-se das obras de terceiros nos termos da licença pública outorgada.

Ao tratar do tema, Pedro de Paranaguá Moniz e Pablo de Camargo Cerdeira esclarecem a respeito do sistema de *copyleft*<sup>109</sup> surgido nos Estados Unidos (e em que se inserem os *Creative Commons*):<sup>110</sup>

(...) É como qualquer licenciamento clássico em que o autor permite apenas o uso de sua obra, mas no *copyleft* há o licenciamento de outros direitos de forma não-onerosa.

Assim como outros contratos atípicos de origem estrangeira, como *factoring* ou o *franchising*, o contrato *copyleft* deverá, com o uso e a prática, ser admitido pela doutrina e pelos tribunais pátrios sem maiores problemas.

(...)

Em breve resumo, as licenças *copyleft* licenciam os direitos do *copyright*, mas obrigam todos os licenciados a fazer referência ao autor da obra e a utilizarem o mesmo modelo de licenciamento nas redistribuições do mesmo original, de cópias ou de versões derivadas.<sup>111</sup>

<sup>109</sup> Exemplos práticos do funcionamento do modelo *copyleft* no Brasil: Projeto Recombo, o sítio da Gravadora Trama, chamado Trama Virtual e o *Creative Commons*. MONIZ, Pedro de Paranaguá e CERDEIRA, Pablo de Camargo. *Copyleft e Software Livre: Uma Opção pela Razão – Eficiências Tecnológica, Econômica e Social – I. Revista da ABPI*, n. 70. p. 69. Ao tratar do *copyleft*, Andrés Guadamuz González informa que “um projeto mais ambicioso é o *Creative Commons*, que oferece uma variedade de licenças aplicáveis e todo tipo de material criativo. Na área de biotecnologia, há sugestões de que o modelo de *copyleft* seja usado para proteger resultados públicos do genoma humano que estejam sendo colocados em domínio público por pesquisadores, algo que já foi sugerido por um membro do Human Genome Consortium, embora a idéia nunca tenha sido implementada”. No original, lê-se que “*A more ambitious project is the Creative Commons, which offers a wide range of licences applicable to all sorts of creative material. In the area of biotechnology, there have been some suggestions that the copyleft model could be used to protect the public results of the human genome race that are being placed in the public domain by researchers, something that has been suggested by a leading member of the Human Genome Consortium, although the idea has never been implemented*”. GONZÁLEZ, Andrés Guadamuz. *Viral Contracts or Unenforceable Documents? Contractual Validity of Copyleft Licences*. E.I.P.R., vol. 26. Sweet & Maxwell, 2004. p. 334.

<sup>110</sup> MONIZ, Pedro de Paranaguá e CERDEIRA, Pablo de Camargo. *Copyleft e Software Livre: Uma Opção pela Razão – Eficiências Tecnológica, Econômica e Social – I. Cit.*, p. 68.

<sup>111</sup> “Pode-se dizer, portanto, que o *copyleft* em muito se assemelha ao domínio público, já que permite qualquer uso, alteração, cópia e distribuição da obra sem a necessidade de auto-

Aparentemente, não há qualquer impedimento a esse tipo de licenciamento no Brasil, uma vez que as liberdades e restrições se dão apenas no plano dos direitos patrimoniais, e não no dos morais. Aliás, os contratos *copyleft* visam, entre outros detalhes, criar justamente o conceito de direito moral de paternidade dentro do instituto *copyright*, já presente no ordenamento jurídico brasileiro como direito cogente. Ou seja, no Brasil há até mesmo previsão legal mais favorável a um dos alicerces dos contratos *copyleft*.

O *copyleft*<sup>112</sup> teve sua origem ainda em meados da década de 80 do século passado, com o surgimento do *software* livre. Segundo Sérgio Amadeu, ex-diretor presidente do Instituto Nacional de Tecnologia da Informação – ITI, “o movimento de *software* livre é a maior expressão da imaginação dissidente de uma sociedade que busca mais do que a sua mercantilização. Trata-se de um movimento baseado no princípio do compartilhamento do conhecimento e na solidariedade praticada pela inteligência coletiva conectada na rede mundial de computadores”.<sup>113</sup>

É Sérgio Amadeu quem comenta as razões que levaram ao surgimento do *software* livre:<sup>114</sup>

Foi a partir da indignação ativa de um então integrante do MIT, Richard Stallman, contra a proibição de se acessar o código fonte de um *software*, certamente desenvolvido a partir do conhecimento

---

rização específica do autor, que já a forneceu a todos os interessados por meio de uma licença. Entretanto, distingue-se do domínio público por não permitir que as obras derivadas sejam licenciadas de outra forma que não segundo o *copyleft*”. MONIZ, Pedro de Paranaçuá e CERDEIRA, Pablo de Camargo. *Copyleft e Software Livre: Uma Opção pela Razão – Eficiências Tecnológica, Econômica e Social – II. Revista da ABPI*, n. 72. p. 21.

112 Pedro de Paranaçuá Moniz e Pablo de Camargo Cerdeira esclarecem o significado do termo: “O termo surgiu como uma brincadeira para com o termo *copyright*, fazendo alusão à sua inversão, mas tem tomado sério corpo jurídico nos dias atuais. O *copyleft*, surgido nos EUA, nada mais é do que o próprio instituto do *copyright* em que o autor libera, desde o licenciamento primeiro, os direitos de uso, reprodução, distribuição e, eventualmente, de alteração de sua obra a qualquer interessado. Não traz, de fato, alterações substanciais nos princípios clássicos, salvo o de, por meio de contrato de licença apropriado, permitir das liberdades”. MONIZ, Pedro de Paranaçuá e CERDEIRA, Pablo de Camargo. *Copyleft e Software Livre: Uma Opção pela Razão – Eficiências Tecnológica, Econômica e Social – I. Cit.*, p. 68.

113 Disponível em [http://www.softwarelivre.gov.br/softwarelivre/artigos/artigo\\_02](http://www.softwarelivre.gov.br/softwarelivre/artigos/artigo_02). Acesso em 19 de fevereiro de 2006.

114 Disponível em [http://www.softwarelivre.gov.br/softwarelivre/artigos/artigo\\_02](http://www.softwarelivre.gov.br/softwarelivre/artigos/artigo_02). Acesso em 19 de fevereiro de 2006.

acumulado de tantos outros programadores, que em 1985 foi criada a *Free Software Foundation*. O movimento de *software* livre começou pequeno. Reunia e distribuía programas e ferramentas livres, com o código-fonte aberto. Assim, todas as pessoas poderiam ter acesso não só aos programas mais também aos códigos em que foram escritos. A idéia era produzir um sistema operacional livre que tivesse a lógica do sistema Unix que era proprietário, ou seja, pertencia a uma empresa. Por isso, os vários esforços de programação eram reunidos em torno do nome GNU (Gnu Is Not Unix).

Para evitar que os esforços do movimento fossem apropriados indevidamente e patenteados por algum empreendedor oportunista, novamente bloqueando o desenvolvimento compartilhado, a *Free Software Foundation* inventou a Licença Pública Geral, GPL em inglês, conhecida como *copyleft* em contraposição ao *copyright*. Ela é a garantia que os esforços coletivos não serão indevidamente considerados propriedade de alguém. O GPL é aplicável em todas as frentes em que os direitos autorais são utilizados: livros, imagens, músicas e *softwares*.

Com a difusão da *Internet*, o movimento de *software* livre ganhou o mundo e logrou produzir um sistema operacional livre, completo e multifuncional, o GNU/LINUX. Em 1992, o finlandês Linus Torvald conseguiu compilar todos os programas e ferramentas do movimento GNU em um kernel, um núcleo central, o que viabilizou o sistema operacional. Torvald denominou este seu esforço de Linux, ou seja, "Linus for Unix".

O Gnu/Linux está baseado nos esforços de mais de 400 mil desenvolvedores espalhados pelos 5 continentes e por mais de 90 países. Como bem apontou Moon e Sproull (1999), é extremamente difícil encontrar desenvolvimentos de engenharia comparáveis em extensão, envolvimento de pessoas e alcance geográfico como o empreendido pelo projeto do Gnu/Linux. A Microsoft, maior empresa de *software* do planeta, produz o sistema operacional windows e conta em seu quadro funcional com aproximadamente 30 mil funcionários concentrados em sua sede em Seattle, EUA. Em breve, o desenvolvimento e a melhoria anual do GNU/Linux contará com 1 milhão de programadores. São estudantes, especialistas, amantes da computação, diletantes, gente à procura de fama, empresas em busca de lucro, profissionais de altíssimo nível, entre tantos outros. Dificilmente uma empresa privada terá

condições de acompanhar o ritmo de inovações incrementais de uma rede tão variada e tão inteligente.

A partir do texto acima, é fácil perceber que as questões envolvendo *software* livre não se centram em peculiaridades técnicas relacionadas ao *software*, mas sim peculiaridades jurídicas. Há que ficar claro que um *software* livre não se distingue dos demais em virtude de mecanismos técnicos. Nem tampouco há que se confundir *software* livre com *software* gratuito.<sup>115</sup>

O grande passo dado por Richard Stallman foi na verdade manter o código-fonte do *software* aberto. Dessa maneira, qualquer pessoa poderá ter acesso a ele para estudá-lo e modificá-lo, adaptando-o a suas necessidades. São as chamadas quatro liberdades fundamentais do *software* livre: **(i)** A liberdade de executar o programa, para qualquer propósito; **(ii)** A liberdade de estudar como o programa funciona, e adaptá-lo para as suas necessidades; **(iii)** A liberdade de redistribuir cópias de modo que você possa ajudar ao seu próximo e; **(iv)** A liberdade de aperfeiçoar o programa, e liberar os seus aperfeiçoamentos, de modo que toda a comunidade se beneficie.<sup>116</sup>

Observe-se que o autor do *software* não está abrindo mão de seus direitos autorais. Na verdade, o titular está se valendo “dos seus direitos de autor para, através de uma licença, condicionar a fruição desses direitos por parte de terceiros, impondo o dever de respeitar as quatro liberdades fundamentais acima descritas. O *software* livre, portanto, é produto direto do direito de propriedade do autor sobre o *software* e consiste em uma modalidade de exercício desse direito, através de uma licença jurídica”.<sup>117</sup>

Para garantir a manutenção do *software* exatamente como “livre”, o instrumento é um contrato jurídico chamado de GNU GPL<sup>118</sup> (GNU

115 É clássica a assertiva de Richard Stallman a respeito de o conceito de liberdade em *software* deve ser entendido como em “*free speech*” e não como em “*free beer*”.

116 LEMOS, Ronaldo e MANZUETO, Cristiane. **Software Livre e Creative Commons**. Rio de Janeiro: FGV, Escola de Direito, 2005. p. 6.

117 FALCÃO, Joaquim (et al). Estudo sobre o *Software Livre* Comissionado pelo Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (ITI). Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2006. No prelo.

118 É fundamental mencionar que não há apenas esta licença para a qualificação de *software* livre. Para efeitos deste trabalho, usamos uma designação genérica apenas para indicar os mecanismos de licença em que o licenciado fica obrigado a licenciar a obra original ou derivada nas condições determinadas pelo licenciante - que é o que nos interessa. Para a *Free Software Foundation*, o *software* será considerado livre se seu licenciamento abarcar as quatro liberdades de que tratamos acima.

*General Public License* ou Licença Pública Geral GNU). O uso da GNU GPL enseja a formação de redes de contratos, ou de contratos de licenciamento em rede. Aquele que se vale da licença precisa necessariamente permitir o uso de seus eventuais aperfeiçoamentos e modificações:<sup>119</sup>

O exercício das quatro liberdades que constituem o contrato de licenciamento em rede – usar, adaptar, distribuir e aperfeiçoar – tem duplo significado. Para o autor, o licenciante, a cláusula de compartilhamento obrigatório é um voluntário limite que se impõe, uma obrigação que ele mesmo estabelece para seu direito de autor. Nesse sentido, exerce a autonomia da vontade da teoria contratual liberal clássica. O resultado desta autolimitação é que, para os futuros indeterminados usuários, os licenciados, estas liberdades convertem-se em direitos. Por sua vez, a contraprestação pela aquisição destes direitos é a obrigação de repassar a futuros usuários indeterminados não só os aperfeiçoamentos e modificações que porventura o próprio usuário venha a fazer no software original, como também a permissão de uso.

Por isso, diz-se tratar-se de um contrato em rede, já que o licenciado de hoje poderá ser o licenciante de amanhã. Dessa forma, alega-se o efeito viral a esse tipo de contrato, “na medida em que a cláusula do compartilhamento obrigatório inocula-se em todos os contratos, fazendo-os partícipes de uma mesma situação”.<sup>120</sup>

Dessa forma, o *software* livre tornou-se o primeiro grande projeto desenvolvido de maneira colaborativa. Hoje, conta com a adesão de milhares de voluntários que aperfeiçoam seus sistemas e aplicativos. Foi a partir desse conceito que surgiram os demais projetos colaborativos, dos quais o *Creative Commons* é um dos exemplos mais relevantes. Observe-se que, para todos os fins, não há diferença entre a licença GNU-GPL do Creative Commons (CC-GNU-GPL) e a GNU-GPL tradicional. Por isso, os termos GNU-GPL e CC-GNU-GPL possuem, assim, significado intercambiável.<sup>121</sup>

---

119 FALCÃO, Joaquim (et al). Estudo sobre o *Software Livre* Comissionado pelo Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (ITI). Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2006. No prelo.

120 FALCÃO, Joaquim (et al). Estudo sobre o *Software Livre* Comissionado pelo Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (ITI). Cit.

121 FALCÃO, Joaquim (et al). Estudo sobre o *Software Livre* Comissionado pelo Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (ITI). Cit..

O *Creative Commons* é um projeto criado pelo professor Lawrence Lessig, da Universidade de Stanford,<sup>122</sup> e que tem por objetivo “expandir a quantidade de obras criativas disponíveis ao público, permitindo criar outras obras sobre elas, compartilhando-as. Isso é feito através do desenvolvimento e disponibilização de licenças jurídicas que permitem o acesso às obras pelo público, sob condições mais flexíveis”.<sup>123</sup>

É o próprio criador do projeto quem introduz a idéia do “commons”. Afirma que na maioria dos casos, “commons” é um recurso a que as pessoas de determinada comunidade têm acesso sem a necessidade de se obter qualquer permissão. Em alguns casos, a permissão é necessária, mas seria concedida de maneira neutra. São dados os seguintes exemplos:<sup>124</sup>

- a) ruas públicas;
- b) parques e praias;
- c) a teoria da relatividade de Einstein;
- d) escritos que estejam em domínio público.

Lessig aponta ainda alguns interessantes aspectos que separam as idéias de commons das letras “a” e “b” acima das letras “c” e “d”:<sup>125</sup>

A teoria da relatividade de Einstein é diferente das ruas ou praias públicas. A teoria de Einstein é totalmente “não-rival” [no sentido de que não há rivalidade no uso por mais de uma pessoa]; as ruas e as praias não são. Se você usa a teoria da relatividade, há tanto para ser usado depois quanto havia para ser usado antes. Seu consumo, em outras palavras, não rivaliza com o meu próprio.

122 “Apensar de ser uma iniciativa surgida nos Estados Unidos, o *Creative Commons* tem caráter global. O Brasil foi o terceiro país a se integrar à iniciativa, logo após a Finlândia e o Japão. No Brasil, o *Creative Commons* funciona em parceria com a Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro (Direito Rio), que traduz e adapta ao ordenamento jurídico brasileiro as licenças, inclusive com o apoio do Ministério da Cultura”. LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura**. Cit., p. 85.

123 Disponível em [www.direitorio.fgv.br/cts/](http://www.direitorio.fgv.br/cts/). Acesso em 20 de agosto de 2005.

124 LESSIG, Lawrence. **The Future of Ideas**. Cit., pp. 19-20.

125 LESSIG, Lawrence. **The Future of Ideas**. Cit., p. 21. No original, lê-se: “*Einstein’s theory of relativity is different from the streets or public beaches. Einstein’s theory is fully “non-rivalrous”; the streets and beaches are not. If you use the theory of relativity, there is much left over afterward as there was before. Your consumption, in other words, does not rival my own. But roads and beaches are very different. If everyone tries to use the roads at the very same time (something that apparently happens out here in California often), then their use rivals my own. Traffic jams; public beaches crowded*”.

Mas estradas e praias são muito diferentes. Se todos tentam usar as estradas ao mesmo tempo (algo que aparentemente acontece na Califórnia com freqüência), então o seu uso das estradas rivaliza com o meu. Engarrafamentos, praias públicas lotadas.

Então, o autor conclui retomando uma idéia que apresentamos no capítulo anterior, a respeito do uso potencialmente infinito das obras digitais por terceiros: “se um bem é ‘não-rival’, então o problema restringe-se a saber se há incentivo suficiente para produzi-lo e não se há demanda suficiente para seu consumo. Um bem considerado ‘não-rival’ não pode ser exaurido”.<sup>126</sup>

A partir do uso do sistema *Creative Commons*, é possível a autores de obras intelectuais (quer sejam textos, fotos, músicas, filmes etc) licenciarem tais obras por meio de licenças públicas, autorizando, assim, a coletividade a usar suas obras dentro dos limites das licenças.

Por meio do site [www.creativecommons.org](http://www.creativecommons.org), é possível ao autor e a outros titulares de direito autoral autorizarem o *download* de um filme, sua exibição pública (incluindo, a seu critério, o circuito comercial) e mesmo o “sampleamento” da obra (que significa modificação e recriação sobre o original). No âmbito do *website*, é celebrado um contrato entre o titular do direito e aqueles que solicitam autorização.<sup>127</sup>

Pode-se afirmar que “a adesão a esse sistema [de *Creative Commons*] cresce diariamente e já inclui nomes como o dos músicos Gilberto Gil, David Byrne e as bandas Beastie Boys e Matmos (da cantora Björk). No campo científico, o Massachusetts Institute of Technology (MIT) registrou trabalhos pelo *Creative Commons* para promover a difusão da produção acadêmica”.<sup>128</sup>

No artigo citado,<sup>129</sup> consta informação de que até mesmo a BBC de Londres teria anunciado que iria licenciar todo seu acervo histórico sob o símbolo *Creative Commons*, uma vez que teria percebido ser mau negócio manter centenas de milhares de horas de produção audiovisual sem qualquer acesso. Vê-se, assim, que o *Creative Commons* não

126 LESSIG, Lawrence. *The Future of Ideas*. Cit., p. 21. No original, lê-se: “If a resource is non-rivalrous, then the problem is whether there is enough incentive to produce it, not whether there is too much demand to consume it. A nonrivalrous resource can't be exhausted”.

127 CRESPO, Sílvio. “Reforma Agrária no Audiovisual – *Creative Commons*: difusão de obras, memória e produção colaborativa”. Revista Sinopse – ano IV, n. 10. Dezembro de 2004. p. 60.

128 CRESPO, Sílvio. Reforma Agrária no Audiovisual. Cit., p. 60.

129 CRESPO, Sílvio. Reforma Agrária no Audiovisual. Cit., pp. 61-62.



interessa apenas ao artista iniciante ou desinteressado em auferir ganhos financeiros.

Mais recentemente, durante a realização do iSummit,<sup>130</sup> a Radiobrás anunciou a adesão a uma licença *creative commons* para autorizar o uso de seu conteúdo. Conforme esclarece o próprio *website* da Radiobrás, ao comunicar a decisão antes de seu anúncio oficial, seria adotada a licença 2.5, que permite a reprodução, o uso para obras derivadas e o uso em peças comerciais de tudo o que é publicado sob o endereço [www.agenciabrasil.gov.br](http://www.agenciabrasil.gov.br), mediante a publicação do crédito.<sup>131</sup>

A difusão do *Creative Commons* permite que, em vez de o autor se valer do “todos os direitos reservados”, possa o autor se valer de “alguns direitos reservados”, autorizando-se, assim, toda a sociedade a usar sua obra dentro dos termos das licenças públicas por ele adotadas.

Essa solução protege os direitos do autor, que os tem respeitados, ao mesmo tempo que permite, através de instrumento juridicamente válido, o acesso à cultura e o exercício da criatividade dos interessados em usarem a obra licenciada.

O *Creative Commons* busca efetivar a vontade de disseminação dos trabalhos dos mais diversos tipos de artistas, criadores e detentores de direitos. Por esse motivo, um determinado autor pode optar por licenciar seu trabalho sob uma licença específica, que atenda melhor a seus interesses, podendo escolher entre as diversas opções existentes<sup>132</sup>

De fato, as licenças do *Creative Commons* podem ser utilizadas para quaisquer obras,<sup>133</sup> tais como música, filme, texto, foto, *blog*, banco

---

130 Entre os dias 23 e 25 de junho de 2006 realizou-se, na cidade do Rio de Janeiro, o iSummit 2006, encontro dos representantes do *Creative Commons*, que tem como um de seus principais objetivos discutir os novos rumos do direito autoral. O encontro, organizado pela Fundação Getúlio Vargas – Escola de Direito Rio, contou com a participação de ícones do movimento, como os professores Lawrence Lessig e James Wales – criador da enciclopédia eletrônica wikipedia, além do Ministro da Cultura do Brasil, Gilberto Gil. Vide, entre outros, <http://oglobo.globo.com/jornal/suplementos/informaticaetc/284705562.asp>, e <http://oglobo.globo.com/jornal/Suplementos/Megazine/284427041.asp>.

131 Disponível em [www.radiobras.gov.br](http://www.radiobras.gov.br). Acesso em 05 de julho de 2006.

132 LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura**. Cit., p. 85.

133 “Embora não tenham sido desenvolvidas para uso em conexão com softwares, as licenças *Creative Commons* proporcionam uma base sólida para licenciamento em “uso aberto” de outras manifestações, como textos, músicas, *websites* e filmes. Uma das licenças é descrita aqui para demonstrar que as idéias por trás do uso aberto e licenciamento de *software* livre aplicam-se a mais do que apenas *softwares*. Adicionalmente, as licenças *Creative Commons* são solidamente construídas e bem escritas: assim, proporcionam bom modelo para aqueles que queiram considerar redigir suas próprias licenças”. No ori-

de dados, compilação, *software* ou qualquer obra passível de proteção pelo direito autoral.<sup>134</sup>

Ao tratar das características das licenças *Creative Commons*, Ronaldo Lemos comenta:<sup>135</sup>

Essas licenças são escritas em três níveis sob o projeto *Creative Commons*: um nível para leigos, passível de entendimento por quem não tem formação jurídica, explicando no que consiste a licença e quais os direitos que o autor está concedendo; um nível para advogados, em que a redação da licença se utiliza de termos jurídicos, tornando-a válida perante um determinado ordenamento jurídico; e um nível técnico, em que a licença é transcrita em linguagem de computador, permitindo que as obras sob ela autorizadas no formato digital sejam digitalmente “marcadas” com os termos da licença, e permitindo que um computador identifique os termos de utilização para os quais uma determinada obra foi autorizada. Esta última modalidade é particularmente importante em face da crescente regulamentação arquitetônica da internet, e pode permitir no futuro que, mesmo na eventualidade do fechamento completo da rede,<sup>136</sup> os trabalhos licenciados sob um tipo de licença como esta do *Creative Commons* possam continuar a ser interpretados como livres por um determinado computador.

As principais licenças são:<sup>137</sup>

---

ginal, lê-se que “*While not written for use in connection with software, the Creative Commons Licenses provide a solid basis for licensing the ‘open source’ use of other expressions, including texts, music, web sites, and films. One of these licenses is described here to reflect that the ideas behind open source and free software licensing are applicable to more than just software. Additionally, the Creative Commons Licenses are solidly constructed and well-written: as such, they provide a good model for those who are considering drafting their own open source licenses*”. LAURENT, Andrew M. Cit., p. 98.

134 O website [www.creativecommons.org](http://www.creativecommons.org) esclarece detalhadamente o uso das licenças, inclusive em português.

135 LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura**. Cit., p. 84.

136 A questão, relevante e atual, é tratada com profundidade por Lawrence Lessig em “*Code and Other Laws of the Cyberspace*”. New York: Basic Books, 1999.

137 LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura**. Cit., pp. 86-89. Para maiores detalhes e relevantes explicações de natureza econômica e tecnológica referentes ao assunto, remetemos o leitor para o trabalho de Ronaldo Lemos, principal representante do *Creative commons* no Brasil e que tem em sua obra referência nacional acerca do assunto.

## Atribuição



Quando a obra é licenciada nos termos desta licença, significa que o autor autoriza a livre cópia, distribuição e utilização da obra. Observa-se que, assim, contorna-se o problema do disposto no art. 46, II, da LDA, referente à cópia integral da obra, já que há autorização expressa do autor no sentido de se permitir cópia integral da obra.

Além disso, autoriza-se também a elaboração de obras derivadas, eliminando-se a necessidade de licença nos termos do art. 29 da LDA. O autor exige, no entanto, que a obra seja sempre atribuída ao autor original, fazendo-se sempre referência ao nome do autor, o que, inclusive, encontra-se em conformidade com os direitos morais de autor, dentre os quais se inclui o de paternidade.

## Não a obras derivativas



Nos termos desta licença, o autor autoriza a livre cópia, distribuição e utilização da obra, também de modo a se evitar a proibição constante do art. 46, II, da LDA. Diferentemente da licença anterior, entretanto, o autor não autoriza o uso de sua obra para a elaboração de obras derivadas. Por isso, a obra licenciada não poderá ser alterada ou reeditada sem a autorização expressa do autor. É esta licença, portanto, menos ampla do que a anterior, já que o autor não autoriza modificação de sua obra.

## Vedados Usos comerciais



Pelos termos desta licença, o autor autoriza a livre cópia, distribuição e utilização da obra, no que se assemelha à primeira licença analisada. Por outro lado, o autor proíbe o uso da obra com fins comerciais. Dessa forma, as pessoas que tenham tido acesso à obra poderão utilizá-la, nesse particular, apenas em consonância com o já disposto na LDA, que tem por parâmetro o uso de obras sem qualquer intenção de lucro. Permite-se, outrossim, a cópia privada para si e sua distribuição a terceiros, bem como o uso da obra original na elaboração de obras derivadas.

## Compartilhamento pela mesma licença



Esta talvez seja a licença que mais amplamente impõe o espírito do *Creative Commons*. Pelos seus termos, o autor autoriza a cópia, distribuição e utilização da obra, como ocorre nos casos das licenças “atribuição” e “vedados os usos comer-

ciais”. No entanto, o autor impõe a condição de que, caso a obra seja utilizada para a criação de obras derivadas, como, por exemplo, foto incluída em *blog* ou texto adaptado em filme, a obra derivada será necessariamente compartilhada pela mesma licença. Ou seja, uma obra licenciada pela modalidade “compartilhamento pela mesma licença” só pode ser utilizada em outras obras se essas outras obras também forem licenciadas sob a licença *Creative Commons*.

### Recombinação (Sampling)



Por esta licença, o autor pode ou não autorizar a livre cópia, distribuição e utilização da obra. De qualquer forma, autoriza sempre a utilização parcial ou recombinação de boa-fé da obra por meio do emprego de técnicas como “amostramento”, “mesclagem”, “colagem” ou qualquer outra técnica artística, desde que haja transformação significativa do original, levando à criação de uma nova obra.<sup>138</sup> A distribuição das obras derivadas fica automaticamente autorizada para o autor que recriou a obra do autor original.

### CC-GPL e CC-LGPL



Assim como a licença anterior, estas duas licenças tiveram origem no Brasil, sendo destinadas ao licenciamento de *software*. As licenças foram desenvolvidas para atender necessidades específicas do governo brasileiro no que tange ao incentivo à adoção do *software* livre no país. Essas licenças consistem nas tradicionais GPL e LGPL do GNU, isto é, a *General Public License* e a *Lesser General Public License*,<sup>139</sup> internacionalmente adotadas para o licenciamento de *software* livre, mas com a diferença de serem estruturadas a partir dos preceitos do *Creative Commons*.<sup>140</sup>

De modo a atender os interesses dos autores, as licenças *Creative Commons* podem ser utilizadas em conjunto umas com as outras.<sup>141</sup> Sendo assim, é possível que um autor licencie sua obra com as licen-

<sup>138</sup> LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura**. Cit., p. 87-88. A técnica é mais comumente utilizada na área musical.

<sup>139</sup> Para maiores detalhes, ver [www.gnu.org](http://www.gnu.org).

<sup>140</sup> LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura**. Cit., p. 88-89.

<sup>141</sup> A título de ilustração, um exemplo de licença *Creative Commons* é anexado a este trabalho como Apêndice I.

ças “não a obras derivativas” e “vedados usos comerciais” simultaneamente.

Juridicamente, as licenças públicas se classificam como contratos atípicos, cuja celebração é autorizada por nosso Código Civil, nos termos de seu art. 425.<sup>142</sup> Podem ser classificadas também como contratos unilaterais, já que não há remuneração pelo licenciado e os deveres assumidos por este não poderão constituir-se em sinalagma, sendo apenas deveres acessórios que não maculam a unilateralidade do contrato.

De fato, caso determinada obra seja licenciada valendo-se o autor da licença “atribuição” combinada com a licença “vedado o uso comercial”, o licenciado poderá fazer cópia da obra e produzir obras derivadas, embora apenas sem intuito de lucro. No entanto, no caso de produzir obras derivadas, deverá sempre indicar o autor original da obra. Ou seja, há obrigação para o licenciado.

Mas é obrigação que pode nem mesmo vir a se configurar (caso o licenciado jamais venha a produzir obra derivada daquela). Afinal, pode ser que a obra derivada jamais venha a existir. E mais: pode ser que, existindo, permaneça inédita, jamais venha a ser licenciada. O que se impõe, tão-somente, é que, existindo obra derivada, *se esta vier a ser licenciada*, deverá sê-lo pelos termos da mesma licença. Por isso, as licenças públicas *Creative Commons* serão sempre unilaterais.<sup>143</sup>

Sendo contratos atípicos, ainda assim sobre eles devem incidir todos os princípios contratuais a que nos referimos anteriormente, como a boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico e o respeito à sua função social, sendo-lhes atribuídas as características dos contratos unilaterais. Também é fácil observar sua submissão às regras da LDA, no sentido de que apenas as faculdades livre e explicitamente licenciadas pelo deten-

<sup>142</sup> Art. 425: É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

<sup>143</sup> A partir desta análise singela, pode-se afirmar que os negócios jurídicos envolvendo direitos autorais não terão no sinalagma sua característica principal. Ao contrário, poderão muito facilmente possuir configuração unilateral, como acabamos de verificar. Por isso, talvez, seja ainda mais importante a análise da causa nos contratos envolvendo direitos autorais, pois a regra, nestes casos, não será a bilateralidade. A LDA prevê, em seu artigo 50, *caput*, que “a cessão total ou parcial dos direitos de autor, que se fará sempre por escrito, presume-se onerosa”. Neste caso, haveria bilateralidade, pois a onerosidade necessariamente terá como consequência a aferição de um preço justo que comporte o sinalagma. Nos demais casos, entretanto, a lei é silente. Poderá haver pagamento ou não. E mesmo no caso do art. 50 citado, há apenas presunção que pode ser ilidida. Por isso, é fundamental a verificação precisa da causa do contrato, de modo a ser possível traçar-lhe as características bem como as consequências jurídicas decorrentes de sua celebração.

tor dos direitos autorais poderão ser aproveitadas por terceiros nos termos da licença. Aqui, também, observa-se com nitidez a causa da licença e o exercício de sua função social na medida em que o licenciado se valha da obra nos exatos termos em que foi autorizado pelo autor.

Por isso, verifica-se que as licenças públicas não são um mecanismo de escape aos princípios erigidos por nosso ordenamento jurídico. Pelo contrário. Sua estrita observância é necessária para não se incorrer em ato ilícito por não ter havido autorização expressa por parte do autor. A LDA continua eficaz em meio ao *Creative Commons*. O que se tem, no entanto, é a garantia de se poder usar a obra alheia dentro das autorizações concedidas.

Pelos exemplos dados, vê-se que as licenças públicas são instrumentos jurídicos que podem ajudar a difundir a cultura e permitir a expressão nos mais diversos campos sem contudo ferir os direitos autorais de terceiros. E nem se venha a argumentar que os autores estariam abrindo mão de seus direitos patrimoniais no sentido mais estrito do termo. As obras livres não gerariam lucros diretos a partir de seu licenciamento (uma das formas clássicas de remuneração dos autores), mas nem por isso deve-se acreditar que por isso não seriam bem aceitas. Veja-se, a esse respeito, trecho de texto disponível no *website* consultor jurídico:<sup>144</sup>

O fato de que homens talentosos como Benjamin Franklin nunca se sentiram estimulados pela perspectiva de retorno material por suas descobertas sempre foi levado em conta no debate sobre os direitos de propriedade intelectual. O historiador Thomas Macauley, por exemplo, que defendia os direitos segundo os princípios clássicos, era obrigado a fazer ressalvas quando mencionava a contribuição que os ricos davam para a criação de obras e inventos: “Os ricos e os nobres não são levados ao exercício intelectual pela necessidade. Eles podem ser movidos para a prática intelectual pelo desejo de se distinguirem ou pelo desejo de auxiliar a comunidade”. Mas será que a vaidade de produzir uma obra única ou a generosidade de produzir um bem para a comunidade são virtudes exclusivas dos ricos? Boa parte do desenvolvimento artístico parece dizer que não. Pintores importantes como Rembrandt, Van Gogh

---

<sup>144</sup> Disponível em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/27467,2>. Acesso em 30 de janeiro de 2006.

e Gauguin morreram na pobreza e sem reconhecimento, assim como músicos como Mozart e Schubert e um escritor como Kafka, embora nunca tenha sido verdadeiramente pobre, não chegou a ser reconhecido em vida. Será que a falta de perspectiva de recompensa material em algum momento impediu que eles se dedicassem à música, à pintura ou à literatura? Será que não tinham outro tipo de motivação - a expectativa do reconhecimento póstumo, o simples amor pela sua arte?

Nesse sentido, e ainda sobre o modelo de uso de obras pro meio do *Creative Commons*, é possível fazer interessantes comentários que bem ilustram o ajustamento das licenças públicas ao sistema hoje vigente:<sup>145</sup>

No modelo de negociação baseado no *copyleft* há uma inversão. Ainda no exemplo das obras musicais, o artista grava a sua obra sem grandes recursos e, por isso mesmo, esta pode sair sem a mesma qualidade de uma obra produzida segundo o modelo clássico. A obra licenciada através do *copyleft* será distribuída livremente, competindo ao autor mesmo, ou a alguma distribuidora, realizar o referido trabalho. Se o material, que foi produzido a um custo muito mais baixo que no modelo clássico, tiver receptividade no comércio, outros simpatizantes do modelo *copyleft* poderão editar a obra, acrescentando em qualidade e agregando valor ao produto. Ao final de um ciclo, ou a obra não se mostra boa o bastante para o gosto comum e é abandonada – risco que se corre também no modelo clássico – ou ela é distribuída e melhorada por terceiros. Assim, o artista original, sem grandes custos, pode acabar por ter sua obra dividida em diversas edições, cada uma de acordo com o interesse de determinado público. Por exemplo: um samba pode se transformar em uma música eletrônica e ser tocado em um ambiente que originalmente não comportaria a obra primígena.

(...)

É interessante notar que mesmo no modelo clássico de negociação de obras musicais, o retorno para o artista sobre a venda de discos costuma ser muito pequeno. Um exemplo é o con-

---

<sup>145</sup> MONIZ, Pedro de Paranaguá e CERDEIRA, Pablo de Camargo. *Copyleft e Software Livre: Uma Opção pela Razão – Eficiências Tecnológica, Econômica e Social* – I. Cit., p. 69.

trato de Jimi Hendrix, que previa 2,5% das vendas de discos para a banda do artista, incluso aí o valor que ficaria com o famoso guitarrista.

É natural que o direito de autor deva ser preservado. Há autores que dependem da remuneração pelos seus trabalhos para que possam continuar a produzir. O que não se quer, acreditamos, é um sistema impositivo em que os autores estejam obrigados a exercer direitos dos quais poderiam, em maior ou menor extensão, abrir mão.

Por isso, acreditamos que iniciativas como o *Creative Commons* incentivam o desenvolvimento de modelos cooperativos, dentro da lei brasileira, para que autores possam permitir a utilização, divulgação, transformação de sua obra, por terceiros, a fim de contribuir para a ampliação do patrimônio cultural comum e, por conseguinte, para a disseminação da cultura e do conhecimento.

Não obstante, o *Creative Commons* não se encontra isento de críticas. Alega-se que apenas mascara o rigor do sistema, já que o autor continua detentor dos direitos autorais sobre a obra, e apenas expande – de acordo com o critério de sua exclusiva vontade – o limite de autorização para uso de sua obra.<sup>146</sup>

De qualquer forma, o jornal O Globo publicou em 2005 matéria segundo a qual haveria, então, 4,5 milhões de obras licenciadas no formato *Creative Commons* no mundo. E afirma: “não apenas livros ou e-books, mas músicas, filmes, *blogs*, fotos etc. No Google, há 6,4 milhões de referências ao *Creative Commons* e 24 países já adotam essas licenças (...)”.<sup>147</sup>

Ainda que o *Creative Commons* seja um sistema passível de críticas, acreditamos que possibilita o uso de obras alheias sem o risco de violação de direitos autorais. Além disso, incentiva a criação intelectual e permite que o mundo globalizado trabalhe de maneira mais solidária.

<sup>146</sup> O escritor Luiz Ruffato critica o sistema alegando: “Sou escritor profissional, vivo disso. O Joaquim Falcão [diretor da Escola de Direito da FGV, que lançou em 2005 o livro “A Favor da Democracia” sob o selo *Creative Commons*] é advogado. A partir do momento em que eu abro mão do meu trabalho, permitindo cópias, como vou me sustentar? Não existe bolsa ou instituição que nos pague para escrever”. Jornal **O Globo**. Caderno Prosa e Verso, de 05 de março de 2005. Rio de Janeiro, 2005.

<sup>147</sup> Jornal **O Globo**. Caderno Prosa e Verso, de 05 de março de 2005. Rio de Janeiro, 2005. Durante o iSummit, Lawrence Lessig afirmou, em junho de 2006, haver mais de 140 milhões de obras licenciadas sob o regime *Creative Commons*.



### 3.2.3. Regulamentação de uso de obras alheias em websites

Calcula-se que, hoje, haja 9 milhões de *blogs* no mundo, sendo que a cada dia são criados 40 mil novos *blogs*.<sup>148 149</sup>

O crescimento do número de *blogs* e, conseqüentemente, a maior (e descontrolada) violação de direitos autorais por incautos internautas levaram a *Electronic Frontier Foundation* a colocar na *internet* guia jurídico para “blogueiros” e advogados brasileiros comentarem.<sup>150</sup>

O próprio guia elaborado pela *Electronic Frontier Foundation*<sup>151</sup> se refere diversas vezes ao *Creative Commons* como solução para conflitos oriundos do uso não autorizado de obras de terceiros. E embora tenha sido expressamente desenvolvido para usuários residentes nos Estados Unidos,<sup>152</sup> especialistas apontam que boa parte do guia seria aplicável também no Brasil, diante das leis brasileiras.<sup>153</sup>

Além dos casos típicos de *fair use* concernentes à legislação norte-americana, vários exemplos pertinentes a nossas próprias leis, indica-

148 Disponível em <http://www.glb.com.br/clipweb/manchetes/noticias.asp?1166715>. Acesso em 20 de agosto de 2005.

149 Já existem consultores que ajudam as empresas a desenvolver seus *blogs*, incluindo treinamento para executivos - da mesma forma que empresas de RP treinam executivos para falar em público ou com a imprensa. *Blogs*, no entanto, são cada vez mais um assunto polemico para as empresas. Muitas estimulam funcionários a terem os seus, mas estão preocupadas com o que poderá ser publicado. Um pouco de censura, talvez. É o caso do Google, que despediu um funcionário 11 dias depois de ter contratado porque ele estava usando seu *blog* para criticar o plano de saúde e outras iniciativas do RH. Disponível em <http://www.bluebus.com.br/show.php?p=1&id=60280>. Acesso em 20 de agosto de 2005.

150 MACHADO, André. Quando os *blogs* ficam sob o martelo do juiz. **O Globo**, Rio de Janeiro, 04 de julho de 2005. Informática Etc, p. 3.

151 Disponível em <http://www.eff.org/bloggers/lg/>. Acesso em 22 de fevereiro de 2006. Interessa-nos, notadamente, os comentários referentes à propriedade intelectual e ao uso de obras alheias em *blogs*.

152 Vê-se no guia o intuito de ser o mais global possível. Assim, o guia informa: “*Please note that this guide applies to people living in the US. We don't have the expertise or resources to speak to other countries' legal traditions, but we'd like to work with those who do. If you know of a similar guide for your own jurisdiction or feel inspired to research and write one, please let us know. We can link to it here*”. Em tradução livre, lê-se que “por favor observe que este guia se aplica a pessoas residentes nos Estados Unidos. Nós não temos conhecimento ou fontes para tratar das leis de outros países, mas gostaríamos de trabalhar com quem os detenha. Se você tiver conhecimento de guia similar em seu país de origem ou se sentir disposto a pesquisar e escrever um, por favor nos informe. Poderíamos fazer um link com este trabalho”.

153 De acordo com o advogado Renato Opice Blum, 90% do guia poderiam ser aplicados no Brasil, desde que sua leitura fosse combinada com a LDA, especialmente com o texto do art. 46. Quando os *blogs* ficam sob o martelo do juiz. **O Globo**, Rio de Janeiro, 04 de julho de 2005. Informática Etc, p. 3.

dos no guia, poderiam ser aqui reproduzidos a título de ilustração: a possibilidade de cópia de documentos oficiais, independentemente de autorização (art. 8º, IV, da LDA); a livre circulação de fatos e idéias (art. 8º, I e V, entre outros); a necessidade de autorização para reprodução do que não se enquadre em *fair use*<sup>154</sup> (analogamente, o disposto nos artigos 29 e 46 da LDA, em conjunto).

Ainda que a regulamentação de *blogs* e de *fotologs* não possa se sobrepor ao disposto em lei, seria uma forma útil de disciplinar o uso das obras de terceiros em páginas da *internet*.<sup>155</sup> Se aliada às licenças públicas do *Creative Commons*, a política de uso de obras alheias em *blogs*, *fotologs* e *e-mails* poderia, ainda que no âmbito privado (sem a força de diploma legal, mas sim de um código de ética), tornar mais legítimo os procedimentos de uso, difusão e transformação das obras protegidas, orientando os usuários da *internet* e servindo, inclusive, de subsídio para uma futura reforma legislativa.

### 3.3. A revolução das formas colaborativas

Primo Levi, autor italiano, criou certa vez um personagem chamado senhor Simpson, simpático homem de negócios que oferecia em seu catálogo variado de produtos, dentre outros, máquinas capazes de produzir, automaticamente, versos das formas desejadas, acerca dos temas escolhidos, dispensando o engenho do “autor”.<sup>156</sup>

Sabe-se que hoje a tecnologia já se encontra bem próxima disso – se é que não queremos admitir que essa realidade já existe. Pelo menos, diante das artes gráficas, os computadores já são capazes da produção independentemente da mão humana.

Diante dessas possibilidades revolucionárias, há que se repensar os conceitos de autor e de usuário da obra intelectual.

Já se entende que o autor não trabalha mais exclusivamente sozinho. É preciso compreender quem é o autor na sociedade da informação. Vários são os exemplos que podem ser invocados: há autores que

154 Pelo menos um exemplo explícito é dado, com relação a imagens que não podem ser reproduzidas independentemente de autorização, nos termos dos artigos 7º, VII, VIII e IX, c/c artigo 29, IX, ambos da LDA.

155 Exemplo a ser considerado é o do CONAR – Conselho de Auto-Regulamentação Publicitária, que com seu código de auto-regulamentação publicitária, que não tem força de lei, consegue, ainda assim, disciplinar a matéria de modo satisfatório e fazer cumprir o disposto em sua regulamentação.

156 Conforme a revista *Entre Livros*, ano I, n. 9. São Paulo: ed. Duetto. p. 70.

escrevem livros *online* contando com a contribuição dos leitores; programas de televisão que têm seu curso determinado pelos espectadores; usuários da *internet* que, diariamente, estão a criar obras derivadas de obras alheias num trabalho infinito e não sem valor artístico e cultural – muito pelo contrário.

Em comunhão com essas considerações, há que se destacar, ainda, que os consumidores da arte há muito não exercem mais papel exclusivamente passivo, mas sim atuam de maneira relevante na disseminação das idéias, na reinvenção do mundo e na integração das diversas culturas, manifestações artísticas e criativas.

É a partir da idéia de atuação conjunta que surge a idéia das obras colaborativas. O conceito não é novo. Na verdade, a concepção da obra em colaboração retoma uma conduta verificada antes da invenção dos tipos móveis. Afirma Eduardo Lycurgo Leite:<sup>157</sup>

Segundo se depreende da obra de Elizabeth L. Eisenstein [“The Printing Revolution on Early Modern Europe. Cambridge: Cambridge University Press, 193], até a invenção dos tipos móveis, toda pessoa que repetisse um texto, fosse tal repetição oral, fosse manuscrita, no curso da reprodução do mesmo o alteraria, o que deixava a impressão que o texto pertencia a todo mundo, tornando de difícil afirmação que tal texto seria a representação estrita do espírito e propriedade de uma só pessoa, pois afinal o referido texto, de certo modo, representaria a produção da coletividade composta por todas as pessoas que o manusearam, reproduziram e regeneraram ao longo do tempo.

No entanto, o princípio agora é usado não visando a violar direitos autorais, nem tampouco ignorá-los. O que existe é, a rigor, o avesso do conceito de autor: o direito do autor fica em segundo plano e muitos participam de obras colaborativas “porque consideram esta atividade divertida, outros o fazem porque acreditam estar retribuindo conhecimento à sociedade, e outros ainda porque passam a se sentir parte de uma iniciativa global, que pode beneficiar diretamente centenas de milhares de pessoas, senão a humanidade como um todo”.<sup>158</sup>

157 LEITE, Eduardo Lycurgo. A História do Direito de Autor no Ocidente e os Tipos Móveis de Gutenberg. Cit., p. 119.

158 LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura**. Cit., pp. 81-82.

Com base nesses preceitos, criou-se a *wikipedia*, em janeiro de 2001.<sup>159</sup> A *wikipedia* é um grande projeto de criação intelectual que desafia os paradigmas dos direitos autorais. Pondo em xeque os conceitos de autor, de titularidade, de edição e até mesmo de obra, a *wikipedia* pode ser considerada não mais uma obra coletiva, mas sim uma obra colaborativa.

Trata-se de uma enciclopédia *online* ([www.wikipedia.com](http://www.wikipedia.com)) em que é possível a qualquer usuário da *internet* fazer qualquer alteração em qualquer verbete, de modo a torná-lo mais preciso ou mais completo, de acordo com seu julgamento. Assim se manifesta Ronaldo Lemos acerca da iniciativa:<sup>160</sup>

Com mais de 230 mil verbetes,<sup>161</sup> a diferença entre a “*Wikipedia*” e uma enciclopédia tradicional é que ela não possui um conselho editorial. Ela é construída integralmente a partir da colaboração de pessoas de todo o mundo, que livremente criam novos verbetes e alteram os antigos. O resultado, de excelente qualidade, está on-line para quem quiser conferir ([www.wikipedia.com](http://www.wikipedia.com)).

Sem contar com os problemas engessadores da Enciclopédia Britannica, por exemplo, tais como o tamanho físico que ocupa, o custo de tradução, impressão e distribuição – além, evidentemente, do tempo gasto para revisão e atualização, a *wikipedia* pode ser, ao mesmo tempo, universal e popular.

Dessa maneira, conta com verbetes em 205 línguas e dialetos e com atualidade impressionante. É claro que há defeitos, mas especialistas afirmam que a própria Enciclopédia Britannica os contém em número, por amostragem, quase igual. A revista *Nature* inglesa submeteu à análise de especialistas 50 artigos científicos da *wikipedia* e da Britannica. Entre as 42 revisões que foram devolvidas à revista, o resultado foi que os especialistas apontaram uma média de 4 inconsistências por verbete da *wikipedia* contra 3 de sua concorrente.<sup>162</sup>

O sistema baseado no conceito de *wikis* – segundo o qual os usuários podem não apenas acrescentar informações, como nos *blogs*, mas

159 Conforme a revista *Época*, n. 401, de 23 de janeiro de 2006. p. 40.

160 LEMOS, Ronaldo. A Revolução das Formas Colaborativas. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 18 de abril de 2004. Caderno Mais, p. 10.

161 Em 2004. Observe-se que atualmente estima-se um total de 3,1 milhões de artigos e 1,6 milhões de verbetes. Revista *Época*, n. 401, de 23 de janeiro de 2006. p. 40.

162 Conforme a revista *Época*, n. 401, de 23 de janeiro de 2006. p. 43.

também editá-las, e publicá-las – pode servir a diversos fins de criação. A faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas, no Rio de Janeiro, tem projeto de adotar o sistema para uso dos alunos na elaboração do próprio material didático conforme as aulas apresentadas em sala.

Além da *wikipedia*, diversos outros projetos colaborativos encontram-se em curso. Como exemplo, pode-se citar um projeto mantido pela NASA de catalogação das crateras do planeta Marte. O projeto já catalogou, até o momento, mais de um milhão de crateras e continua aberto para quem quiser analisar as fotografias do planeta. Outro projeto é o Kuro5hin, revista de tecnologia e cultura cuja íntegra da produção editorial é realizada através de sofisticado trabalho colaborativo.<sup>163</sup>

É lógico que não vislumbramos nas formas colaborativas a solução dos problemas derivados do uso de obras alheias protegidas por direitos autorais. Os problemas persistem. No entanto, a *wikipedia* é um ótimo exemplo de como os direitos autorais devem ser repensados para se ajustarem à nova realidade do mundo informatizado e muito mais criativo.

As obras colaborativas podem vir a ser, a rigor, a efetivação, dentro do campo de direitos autorais, do disposto no art. 4º, I, de nossa Constituição Federal, que objetiva a construção de uma sociedade mais solidária, que entende que a liberdade de expressão, a ajuda mútua e o compartilhamento de conhecimento podem valer mais do que a preservação de direitos autorais, muitas vezes, de pouco espectro.

---

<sup>163</sup> LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura**. Cit., p. 82. Vejam-se os *websites* <http://clickworkers.arc.nasa.gov/top> e [www.kuro5hin.org](http://www.kuro5hin.org).



## Conclusão

*Our proverbs want rewriting. They were made in winter and it is summer now.*

Oscar Wilde  
The Picture of Dorian Gray

Muito já foi dito sobre a globalização. Muitos de seus efeitos, positivos e negativos, já foram devidamente analisados e revirados conceitualmente. Não faremos o mesmo aqui. De qualquer forma, a globalização teve como uma de suas conseqüências a possibilidade de acesso à cultura como nunca antes fora possível.

Apesar dos efeitos colaterais – alguns verdadeiramente negativos –, é inegável ver como benefício a possibilidade de entrar em contato com a literatura escandinava, a música hondurenha, o artesanato indiano ou o cinema nigeriano. Tudo ao alcance da mão – tudo a partir de alguns botões de computador.

No entanto, a vida no mundo globalizado e capitalista não permite que o acesso à cultura seja sempre gratuito. Tudo parece ter dono, e tudo parece ter preço. Foram sábias as palavras de Oscar Wilde, no século XIX, quando disse que, já naquele tempo, todos sabiam o preço de tudo mas ninguém sabia o valor de nada. Não evoluímos muito desde então. Parece que, hoje em dia, o valor das coisas está intrinsecamente ligado ao preço que podem ter.

As leis de direitos autorais não visam mais proteger o poeta boêmio, o músico romântico, o pintor solitário – se é que alguma vez essa intenção existiu. Hoje, não resta dúvidas, as leis de proteção aos direitos autorais cada vez mais se preocupam com as grandes corporações, com a indústria do entretenimento. E se são hoje os norte-americanos que governam o mundo, será a voz deles que ecoará nos diplomas legais forjados nos quatro cantos do planeta.

É natural que Hollywood queira proteção para suas obras. É evidente que as grandes editoras precisam da proteção legal para garantir que continuem funcionando. É desejo universal que o cinema, a editoração de livros e a gravação de músicas continuem viáveis, e que a cultura esteja cada vez mais acessível a todos.

Embora há muito as grandes empresas de entretenimento tenham passado a ditar as regras que valem para todos, independentemente da

vontade dos autores, com o surgimento da rede mundial de computadores, a história mudou. E não há nisso qualquer exagero. A história mudou tanto neste particular, nos últimos anos, quanto mudou, com relação à matéria, na Revolução Industrial. O problema principal é que os pilares sobre os quais se funda a propriedade intelectual no mundo contemporâneo são os mesmos que foram erigidos mais de cem anos atrás.

Os direitos autorais têm uma concepção dúplice, que envolve direitos da personalidade do autor, sob a configuração dos direitos morais, e direitos de propriedade com características especiais, os direitos patrimoniais. Embora a concepção dos direitos morais tenha evoluído ao longo da história, são poucas as controvérsias que versam sobre eles.

É consenso que em se tratando de direitos da personalidade, os direitos morais do autor contêm todas as suas peculiaridades e por isso mesmo são inalienáveis, irrenunciáveis, imprescritíveis etc. De fato, o que se verifica é a observância espontânea dos direitos morais do autor por parte de terceiros ou, ao menos, falta de resistência em acatá-los.

Contemporaneamente, o que causa as mais diversas controvérsias é o que se pode extrair economicamente das obras: na verdade, os direitos de natureza patrimonial que compõem os direitos autorais.

A política legislativa, no que tange à matéria, sempre se viu diante do dilema de ponderar (*i*) os interesses dos autores, que precisam de rigor da proteção sobre suas obras para serem remunerados e, assim, terem o incentivo de continuarem a produzir, e (*ii*) os interesses da sociedade, que precisa do acesso à cultura para seu consumo, bem como do acesso ao repositório de idéias de que a cultura se auto-alimenta, para a criação de novas obras.

Durante muitos séculos, a escolha foi simples porque o estado da arte ao longo da história servia de subsídio fundamental aos legisladores: como as técnicas de reprodução eram caras e as cópias não autorizadas normalmente possuíam qualidade visivelmente inferior ao original, a opção do legislador tendia à proteção dos direitos autorais, na escala que julgasse conveniente.

A opção se consolidava porque a contrafação era feita em escala reduzida, sendo mais fácil a identificação dos contrafatores, além do desinteresse natural por parte da sociedade quanto às obras ilegalmente reproduzidas, em razão de sua natural falta de qualidade. Por tais motivos, os autores experimentavam prejuízo normalmente diminuto em razão da reprodução não autorizada de suas obras.



A tecnologia mudou este cenário. Com a facilidade da cópia, quer se tratasse de obras impressas (com as copiadoras), ou gravadas (por meio dos gravadores de fitas K7 e com o vídeo caseiro), houve sensível diminuição na distância entre a qualidade do original e da cópia. Além disso, o fácil acesso de qualquer habitante de grande centro a tais tecnologias facilitava em muito a possibilidade de obtenção de uma cópia não autorizada.

Há autores respeitáveis<sup>1</sup> que alegam que a cópia privada, sem fins comerciais, para uso particular do copista, encontra-se sempre no âmbito de discricionariedade do usuário, e não cabe à lei reprimi-la. Em que pese louvarmos tal orientação, entendemos que não é exatamente essa a previsão legal de nossa LDA.

De fato, o art. 46 da referida lei, em seu inciso II, prevê explicitamente a autorização de reprodução apenas de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este e sem intuito de lucro. Assim, a lei é clara em permitir tão-somente a cópia de pequenos trechos e não da íntegra da obra.

Além disso, prevê a LDA, no mesmo artigo, incisos III e VIII, que é autorizada a citação de passagens e a reprodução de pequenos trechos, respectivamente, de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica ou para a elaboração de obras derivadas. Mais uma vez, veda-se o uso da obra integral.

Vê-se, portanto, que nesse particular a LDA preferiu privilegiar o direito de autor em detrimento do acesso à cultura (para o usuário como consumidor *lato sensu*) e da liberdade de expressão (para o usuário que se valha da obra alheia como matéria-prima para criação de sua própria obra).

Ocorre que a escolha legislativa esbarrou em entraves de natureza prática que não podem ser olvidados.

A lei que tratava de direitos autorais no Brasil e que vigorou antes do advento da LDA previa, diante de certas condições, a possibilidade de reprodução integral da obra, bem como autorizava até mesmo a reprodução integral de obra menor dentro do contexto de obras maiores, desde que estas apresentassem caráter científico, didático ou religioso.

Ocorre que, mesmo antes do advento da *internet*, já se tornara prática corriqueira e adotada em larga escala a cópia de obras alheias, para uso privado do copista. Quando surgiu entretanto a LDA, no alvo-

---

<sup>1</sup> Como vimos, José de Oliveira Ascensão parece defender essa corrente.

recer da era da *internet*, a lei decidiu caminhar na contramão dos fatos e proibiu, como visto, tanto a cópia privada como a citação integral.

Por curiosa casualidade, foi justo no momento do surgimento da LDA a regular o direito autoral no Brasil que a cultura digital se disseminou rapidamente, o que acentuou de modo abissal o descompasso existente entre lei e fatos.

A tecnologia digital permite a confecção de cópias de maneira veloz, a custo reduzido e qualidade normalmente idêntica ao original, de modo a haver inclusive casos em que apenas peritos são capazes de distinguir uns dos outros. Bem se vê que a eficácia da lei ficou comprometida, já que o que antes precisava de aparatos técnicos caros e volumosos para ser feito pode ser feito hoje tendo-se apenas acesso a um computador, e assim milhares de usuários da *internet* descumprem diariamente o disposto na LDA, se interpretada em sua literalidade.

Diante dos termos da lei, qualquer um que reproduza em seu próprio computador obra alheia, estaria cometendo um ilícito. E não bastasse a facilidade em se reproduzir as obras alheias, também igualmente fácil se tornou a possibilidade de deixá-las ao alcance dos outros, da comunidade cibernética, por meio da *internet*.

Pode ser que a *internet* passe a ter uma nova configuração, que seus princípios e códigos sejam alterados e, eventualmente, que em alguns anos sequer reconheçamos a *internet* dos primeiros dias,<sup>2</sup> mas a idéia de conectividade e interatividade veio para ficar. Por isso, os problemas decorrentes do acesso e uso de obras intelectuais por meio de sistemas interligados precisam ser enfrentados o quanto antes. Mesmo diante de uma nova estrutura de rede, a questão atinente aos direitos autorais persistirá.

Afinal, foi a própria *internet*, mais do que qualquer outro meio, que expôs a claro o grande problema construído a partir das próprias leis de direitos autorais, em escala mundial: os termos das leis eram em muitos casos incompatíveis com a mecânica da rede. E isso não diz respeito apenas à proibição da cópia integral da obra para uso privado.

---

2 As mudanças são inevitáveis. Quando do surgimento do videocassete no Brasil, todas as locadoras ofereciam à locação vídeos piratas sem que ninguém se importasse com isso. A cultura do videocassete foi se ajustando e em poucos anos o comércio de vídeos piratas ficou legado aos camelôs dos grandes centros. Da mesma forma, no início da *internet*, todo (ou quase todo) conteúdo era gratuito porque assim se achava que deveria ser. Hoje, há diversos *websites* que cobram pelo acesso de seu conteúdo.

Em diversos aspectos, a LDA parece insuficiente para atender satisfatoriamente aos anseios dos usuários. Quanto à proibição de cópia privada de obra alheia na íntegra (conforme LDA, art. 46, II), bem como a citação integral de obras de terceiros (conforme LDA, art. 46, III e VIII), os termos da lei brasileira são por demais restritivos em diversos aspectos, o que acarreta diversos problemas:

- a) a eficácia da lei resta prejudicada, já que a LDA prevê obrigações que, se não cumpridas, são dificilmente comprovadas;
- b) os dispositivos legais que prevêm as limitações às cópias privadas e a citação de obra alheia na íntegra carecem de aceitação por parte da sociedade, sendo comumente, neste particular, simplesmente ignorados;
- c) a lei é imprecisa e deixa ao arbítrio do julgador o que vêm a ser “pequenos trechos” e “passagens de qualquer obra” ou “na medida justificada para o fim a atingir”. No entanto, pouco se escreveu no Brasil a respeito do tema e os conceitos indeterminados continuam obscuros;
- d) os problemas decorrentes do não cumprimento da lei se tornam ainda mais graves na *internet*, já que as cópias integrais das obras podem ser feitas em ambiente privado, a custo praticamente nulo e com a qualidade muitas vezes do original;
- e) adicione-se ao item anterior a facilidade que a *internet* proporciona em tornar disponíveis, a quaisquer terceiros com acesso à rede, obras alheias digitalizadas ou obras próprias, elaboradas a partir de obras alheias, independentemente da observância dos limites impostos pela LDA;
- f) o desenvolvimento social resta prejudicado porque o repositório natural de obras a servirem como matéria-prima se torna mais escasso na medida em que são construídas verdadeiras “cercas” limitadoras do uso de seu conteúdo. Isso dificulta o acesso à cultura e a liberdade de expressão, ambas garantidas constitucionalmente.

Bem se vê que os parâmetros tecnológicos mudaram, que as necessidades das pessoas mudaram, que as possibilidades de acesso à cultura mudaram também. Mas a lei continua presa aos princípios forjados no final do século XIX.

Adicionalmente às considerações acima, acerca das obras especificamente tornadas disponíveis na *internet*, entendemos ser inadequa-

do dar o mesmo tratamento a obras que estejam em circulação comercial e a obras que, ainda que protegidas por direitos autorais, estejam fora do comércio em virtude da dificuldade de acesso.

De fato, as músicas antigas que jamais foram gravadas em CD, os filmes que nunca foram exibidos comercialmente no Brasil e livros em edições esgotadas são apenas alguns exemplos (de inúmeros que se pode alegar) em que a proibição de cópia integral da obra parece desproporcional. O dano causado pelo não acesso à obra (que, muitas vezes, pode existir em apenas uma cópia em cidade distante, no caso de bibliotecas, por exemplo) pode ser muito mais pernicioso do que a cópia efetuada sem autorização do titular dos direitos autorais.

É evidente que com esses argumentos não se faz qualquer apologia à contrafação (vulgarmente denominada “pirataria”) nem a qualquer infração legal. Ao longo de todo o trabalho aceitamos a possibilidade de uso das obras alheias (para si ou como meio de desenvolvimento de obras derivadas) sempre desde que em conformidade com os princípios legais, invocando-se para tanto os princípios constitucionais e infraconstitucionais, tais como a boa-fé objetiva e a função econômico-social da propriedade. Espera-se tão-somente que, sobretudo, possa-se, por meio da aplicação de tais princípios, ajustar a discrepância existente entre o direito e o comportamento observado.

Nesse sentido, é evidente que a vontade do autor deverá ser respeitada e restará soberana, desde que também o autor observe os mesmos princípios legais a que estão sujeitos os usuários de sua obra. A propriedade não pode mais ser concebida por meio dos conceitos oitocentistas e por isso não deve ser encarada como um direito absoluto. Assim, deverá ser exercida em conformidade com a função econômico-social que exerce.

O que se contesta aqui é que o mesmo modelo que vale para os grandes conglomerados tenha sempre valido para proteger obras que não se encontram mais dentro do espectro econômico da proteção dos direitos autorais (como aquelas em edição esgotada ou de difícil acesso) ou ainda para autores independentes, mesmo que estes não quisessem deter os mesmos direitos, ou ainda que estivessem dispostos a abrir mão de parcela desses direitos em nome da divulgação de sua obra.

Por isso, entendemos que os mesmos princípios **não podem** vigorar independentemente da situação fática. A proceder-se assim, diversas situações injustas estariam sendo legitimadas pelo (mau) uso da lei.

Na análise dos problemas identificados, apontamos diversas soluções que poderiam ser adotadas para resolver questões envolvendo direitos autorais. Destacamos duas mais relevantes.

Acreditamos que uma primeira alternativa para se suprir o descompasso hoje existente entre a previsão legal e efetivo uso das obras alheias seria uma reinterpretação da LDA a partir do filtro constitucional. Evidentemente, esta solução se afigura mais ampla do que qualquer outra e se presta a abranger um espectro maior de situações do que as demais soluções que pudéssemos adotar.

Por exemplo, por meio da interpretação constitucionalizada da LDA, seria possível permitir, ainda que aparentemente *contra legem*, a cópia integral de obra alheia, protegida por direito autoral, se se tratasse, por exemplo, de livro técnico com edição esgotada e exemplar raro. Seria bem plausível, nesse caso, a evocação de princípios constitucionais a legitimar a conduta do usuário da obra.

Além disso, a reinterpretação constitucionalizada da LDA conta com as vantagens de produzir efeitos imediatos, além de não depender de qualquer outro ato, quer por parte do legislador, que por parte do detentor dos direitos autorais, e abarcar situações muito além dos *bits* e *bytes* do mundo da *internet*. Evidentemente, as obras digitais também seria beneficiárias dessa reinterpretação legal.

Por outro lado, tal solução conta com o inconveniente da incerteza. Reportamo-nos, a esse aspecto, às palavras de José de Oliveira Ascensão a respeito do *fair use* no *common law*. Se, por um lado, a reinterpretação constitucional da LDA tem enorme capacidade de adaptação a fatos novos e a tecnologias inéditas, sofre por ser impreciso – tal como é o *fair use*. A elasticidade de sua aplicação seria determinada judicialmente, sem que houvesse parâmetros legais precisos para prever sua efetividade.

Ainda assim, verificados os prós e contras, acreditamos que a reinterpretação da LDA a partir da Constituição Federal é a melhor solução para dirimir tais conflitos. Mais uma vez concordamos com Oliveira Ascensão, em paralelo próximo ao *fair use*, quando conclui o civilista pela superioridade do sistema norte-americano ao constatar que não é tal sistema contraditório como o europeu, além de manter a capacidade de adaptação a novas circunstâncias. Acreditamos que os mesmos benefícios podem ser aludidos em favor da reinterpretação constitucional da LDA.

Outra solução apresentada somente se tornou possível com o advento da *internet*. Afinal, foi só a partir daí que foi dada aos autores,

sobretudo aqueles de menor divulgação, possibilidade de dizer ao mundo que abriam mão de parcelas de seus direitos – sem com isso deixar de ser titular de direitos autorais – a favor da coletividade. E isso foi possível com o uso das licenças públicas.

Não é possível afirmar que as licenças públicas são a solução de todos os problemas. Na verdade, é procedente o argumento de que as licenças públicas são apenas o exercício da própria LDA. De qualquer forma, por meio de tais licenças é possível atingir-se o objetivo que se persegue: permitir o uso da obra sem que o uso seja contestado legalmente. Não há dúvida de que se promove, por meio das licenças públicas, a difusão da cultura.

Ainda que conte com um espectro de incidência mais reduzido do que a solução anterior (já que, além de ser necessário acesso a um computador, é ainda necessário que o autor se disponha a expressamente licenciar sua obra), as licenças públicas contam com uma vantagem incontestável: a manifestação explícita do detentor dos direitos autorais, bem como a indicação dos exatos limites de autorização do uso da obra, colocam, na maioria dos casos, fora de dúvidas a utilização das obras por parte de terceiros.

Em suma, dispomos de pelo menos dois mecanismos de legitimação do uso de obras de terceiros na *internet*. O primeiro, de reinterpretação legal por meio da Constituição Federal, mais abrangente (por ir além mesmo dos campos da *internet*) porém mais impreciso porque carecedor justamente dos limites legais definidos. O segundo, de autorização de uso por meio de licenças públicas, mais conservador por cumprir exatamente com os ditames da LDA, mas certamente mais seguro por exprimir com precisão a vontade do autor.

Naturalmente, há várias outras possibilidades de contornar as dificuldades impostas pela lei. É possível modificar a lei de modo a torná-la mais condizente com as necessidades sociais. Além disso, há juristas que estão trabalhando em pesquisas para o uso de obras alheias independentemente da autorização dos autores, exclusivamente através da reinterpretação da lei. Que sejam bem vindas novas teses e soluções a respeito da matéria.

A bem da verdade, o tema é inesgotável. Os tempos contemporâneos e a sociedade globalizada são cruéis com o pesquisador. Por mais ampla que seja a pesquisa, e a despeito da diferença de leis e de interpretação das diversas leis nacionais, sempre haverá uma nova decisão na Islândia, na Suécia ou no Chile que poderiam apontar alternativas e

servir de fundamento a decisões brasileiras. As fronteiras estão se tornando mais tênues. Na *internet*, praticamente já nem existem mais.

Alguém já disse que uma civilização fará jus a este nome quando permitir àquele que tem talento para ser Mozart tornar-se Mozart. Para que essa realidade se efetive, é indispensável a liberdade. Liberdade de escolha, liberdade de expressão, liberdade de acesso, liberdade de divulgação – sem que se descuide, com isso, dos direitos efetivamente detidos pelos autores. Só assim o homem poderá cumprir seu destino de efetivar na arte a prova de que a vida não basta, como observou o poeta português.





## APÊNDICE



# Apêndice I

## Exemplo de Licença Creative Commons – versão para advogados



### **Atribuição - Uso não-Comercial - Compartilhamento pela mesma licença 2.5**

A INSTITUIÇÃO CREATIVE COMMONS NÃO É UM ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA E NÃO PRESTA SERVIÇOS JURÍDICOS. A DISTRIBUIÇÃO DESTA LICENÇA NÃO ESTABELECE QUALQUER RELAÇÃO ADVOCATÍCIA. O CREATIVE COMMONS DISPONIBILIZA ESTA INFORMAÇÃO “NO ESTADO EM QUE SE ENCONTRA”. O CREATIVE COMMONS NÃO FAZ QUALQUER GARANTIA QUANTO ÀS INFORMAÇÕES DISPONIBILIZADAS E SE EXONERA DE QUALQUER RESPONSABILIDADE POR DANOS RESULTANTES DO SEU USO.

### *Licença*

A OBRA (CONFORME DEFINIDA ABAIXO) É DISPONIBILIZADA DE ACORDO COM OS TERMOS DESTA LICENÇA PÚBLICA CREATIVE COMMONS (“CCPL” OU “LICENÇA”). A OBRA É PROTEGIDA POR DIREITO AUTORAL E/OU OUTRAS LEIS APLICÁVEIS. QUALQUER USO DA OBRA QUE NÃO O AUTORIZADO SOB ESTA LICENÇA OU PELA LEGISLAÇÃO AUTORAL É PROIBIDO.

AO EXERCER QUAISQUER DOS DIREITOS À OBRA AQUI CONCEDIDOS, VOCÊ ACEITA E CONCORDA FICAR OBRIGADO NOS TERMOS DESTA LICENÇA. O LICENCIANTE CONCEDE A VOCÊ OS DIREITOS AQUI CONTIDOS EM CONTRAPARTIDA À SUA ACEITAÇÃO DESTES TERMOS E CONDIÇÕES.

### **1. Definições**

- a. **“Obra Coletiva”** significa uma obra, tal como uma edição periódica, antologia ou enciclopédia, na qual a Obra em sua

totalidade e de forma inalterada, em conjunto com um número de outras contribuições, constituindo obras independentes e separadas em si mesmas, são agregadas em um trabalho coletivo. Uma obra que constitua uma Obra Coletiva não será considerada Obra Derivada (conforme definido abaixo) para os propósitos desta licença.

- b. **“Obra Derivada”** significa uma obra baseada sobre a Obra ou sobre a Obra e outras obras pré-existentes, tal como uma tradução, arranjo musical, dramatização, romantização, versão de filme, gravação de som, reprodução de obra artística, resumo, condensação ou qualquer outra forma na qual a Obra possa ser refeita, transformada ou adaptada, com a exceção de que uma obra que constitua uma Obra Coletiva não será considerada Obra Derivada para fins desta licença. Para evitar dúvidas, quando a Obra for uma composição musical ou gravação de som, a sincronização da Obra em relação cronometrada com uma imagem em movimento (“synching”) será considerada uma Obra Derivada para os propósitos desta licença.
- c. **“Licenciante”** significa a pessoa física ou a jurídica que oferece a Obra sob os termos desta licença.
- d. **“Autor Original”** significa a pessoa física ou jurídica que criou a Obra.
- e. **“Obra”** significa a obra autoral, passível de proteção pelo direito autoral, oferecida sob os termos desta licença.
- f. **“Você”** significa a pessoa física ou jurídica exercendo direitos sob esta Licença que não tenha previamente violado os termos desta Licença com relação à Obra, ou que tenha recebido permissão expressa do Licenciante para exercer direitos sob esta Licença apesar de uma violação prévia.
- g. **“Elementos da Licença”** significa os principais atributos da licença correspondente, conforme escolhidos pelo licenciante e indicados no título desta licença: Atribuição, Uso não-Comercial, Compartilhamento pela Mesma Licença.

**2. Direitos de Uso Legítimo.** Nada nesta licença deve ser interpretado de modo a reduzir, limitar ou restringir quaisquer direitos relativos ao uso legítimo, ou outras limitações sobre os direitos exclusivos do titular de direitos autorais sob a legislação autoral ou quaisquer outras leis aplicáveis.

**3. Concessão da Licença.** O Licenciante concede a Você uma licença de abrangência mundial, sem royalties, não-exclusiva, perpétua (pela duração do direito autoral aplicável), sujeita aos termos e condições desta Licença, para exercer os direitos sobre a Obra definidos abaixo:

- a. reproduzir a Obra, incorporar a Obra em uma ou mais Obras Coletivas e reproduzir a Obra quando incorporada em Obra Coletiva;
- b. criar e reproduzir Obras Derivadas;
- c. distribuir cópias ou gravações da Obra, exibir publicamente, executar publicamente e executar publicamente por meio de uma transmissão de áudio digital a Obra, inclusive quando incorporada em Obras Coletivas;
- d. distribuir cópias ou gravações de Obras Derivadas, exibir publicamente, executar publicamente e executar publicamente por meio de uma transmissão digital de áudio Obras Derivadas.

Os direitos acima podem ser exercidos em todas as mídias e formatos, independente de serem conhecidos agora ou concebidos posteriormente. Os direitos acima incluem o direito de fazer modificações que forem tecnicamente necessárias para exercer os direitos em outras mídias, meios e formatos. Todos os direitos não concedidos expressamente pelo Licenciante ficam aqui reservados, incluindo, mas não se limitando, os direitos definidos nas Seções 4(e) e 4(f).

**4. Restrições.** A licença concedida na Seção 3 acima está expressamente sujeita e limitada aos seguintes termos:

- a. Você pode distribuir, exibir publicamente, executar publicamente ou executar publicamente por meios digitais a Obra apenas sob os termos desta Licença, e Você deve incluir uma cópia desta licença, ou o Identificador Uniformizado de Recursos (Uniform Resource Identifier) para esta Licença, com cada cópia ou gravação da Obra que Você distribuir, exibir publicamente, executar publicamente, ou executar publicamente por meios digitais. Você não poderá oferecer ou impor quaisquer termos sobre a Obra que alterem ou restrinjam os termos desta Licença ou o exercício dos direitos aqui concedidos aos destinatários. Você não poderá sub-licenciar

- a Obra. Você deverá manter intactas todas as informações que se referem a esta Licença e à exclusão de garantias. Você não pode distribuir, exibir publicamente, executar publicamente ou executar publicamente por meios digitais a Obra com qualquer medida tecnológica que controle o acesso ou o uso da Obra de maneira inconsistente com os termos deste Acordo de Licença. O disposto acima se aplica à Obra enquanto incorporada em uma Obra Coletiva, mas isto não requer que a Obra Coletiva, à parte da Obra em si, esteja sujeita aos termos desta Licença. Se Você criar uma Obra Coletiva, em havendo notificação de qualquer Licenciante, Você deve, na medida do razoável, remover da Obra Coletiva qualquer crédito, conforme estipulado na cláusula 4 (d), quando solicitado. Se Você criar um trabalho derivado, em havendo aviso de qualquer Licenciante, Você deve, na medida do possível, retirar do trabalho derivado, qualquer crédito conforme estipulado na cláusula 4 (d), conforme solicitado.
- b. Você pode distribuir, exibir publicamente, executar publicamente ou executar publicamente por meios digitais uma Obra Derivada somente sob os termos desta Licença, ou de uma versão posterior desta Licença com os mesmos Elementos de Licença desta, ou de uma licença do Creative Commons International (iCommons) que contenha os mesmos Elementos de Licença desta Licença (por exemplo, Atribuição, Uso Não Comercial, Compartilhamento pela Mesma Licença 2.5 Japão). Você deve incluir uma cópia desta licença ou de outra licença especificada na sentença anterior, ou o Identificador Uniformizado de Recursos (Uniform Resource Identifier) para esta licença ou de outra licença especificada na sentença anterior, com cada cópia ou gravação de cada Obra Derivada que Você distribuir, exibir publicamente, executar publicamente ou executar publicamente por meios digitais. Você não poderá oferecer ou impor quaisquer termos sobre a Obra Derivada que alterem ou restrinjam os termos desta Licença ou o exercício dos direitos aqui concedidos aos destinatários, e Você deverá manter intactas todas as informações que se refiram a esta Licença e à exclusão de garantias. Você não poderá distribuir, exibir publicamente, executar publicamente ou executar publicamente por meios digitais a Obra Derivada com qualquer medida tecno-

lógica que controle o acesso ou o uso da Obra de maneira inconsistente com os termos deste Acordo de Licença. O disposto acima se aplica à Obra Derivada quando incorporada em uma Obra Coletiva, mas isto não requer que a Obra Coletiva, à parte da Obra em si, esteja sujeita aos termos desta Licença.

- c. Você não poderá exercer nenhum dos direitos acima concedidos a Você na Seção 3 de qualquer maneira que seja predominantemente intencionada ou direcionada à obtenção de vantagem comercial ou compensação monetária privada. A troca da Obra por outros materiais protegidos por direito autoral através de compartilhamento digital de arquivos ou de outras formas não deverá ser considerada como intencionada ou direcionada à obtenção de vantagens comerciais ou compensação monetária privada, desde que não haja pagamento de nenhuma compensação monetária com relação à troca de obras protegidas por direito de autor.
- d. Se Você distribuir, exibir publicamente, executar publicamente ou executar publicamente por meios digitais a Obra ou qualquer Obra Derivada ou Obra Coletiva, Você deve manter intactas todas as informações relativas a direitos autorais sobre a Obra e exibir, de forma razoável com relação ao meio ou mídia que Você está utilizando: (i) o nome do autor original (ou seu pseudônimo, se for o caso) se fornecido e/ou (ii) se o autor original e/ou o Licenciante designar outra parte ou partes (Ex.: um instituto patrocinador, editora, periódico, etc.) para atribuição nas informações relativas aos direitos autorais do Licenciante, termos de serviço ou por outros meios razoáveis, o nome dessa parte ou partes; o título da Obra, se fornecido; na medida do razoável, o Identificador Uniformizado de Recursos (URI) que o Licenciante especificar para estar associado à Obra, se houver, exceto se o URI não se referir ao aviso de direitos autorais ou à informação sobre o regime de licenciamento da Obra; e no caso de Obra Derivada, crédito identificando o uso da Obra na Obra Derivada (exemplo: “Tradução Francesa da Obra de Autor Original”, ou “Roteiro baseado na Obra original de Autor Original”). Tal crédito pode ser implementado de qualquer forma razoável; entretanto, no caso de Obra Derivada ou Obra Coletiva, este crédito aparecerá no mínimo onde qualquer

- outro crédito de autoria comparável aparecer e de modo ao menos tão proeminente quanto este outro crédito.
- e. De modo a tornar claras estas disposições, quando uma Obra for uma composição musical:
- i. **Royalties e execução pública.** O Licenciante reserva o seu direito exclusivo de coletar, seja individualmente ou através de entidades coletoras de direitos de execução (por exemplo, ECAD, ASCAP, BMI, SESAC), o valor dos seus direitos autorais pela execução pública da obra ou execução pública digital (por exemplo, webcasting) da Obra se esta execução for predominantemente intencionada ou direcionada à obtenção de vantagem comercial ou compensação monetária privada.
  - ii. **Royalties e Direitos fonomecânicos.** O Licenciante reserva o seu direito exclusivo de coletar, seja individualmente ou através de uma entidade designada como seu agente (por exemplo, a agência Harry Fox), royalties relativos a quaisquer gravações que Você criar da Obra (por exemplo, uma versão “cover”) e distribuir, conforme as disposições aplicáveis de direito autoral, se a distribuição feita por Você da versão “cover” for predominantemente intencionada ou direcionada à obtenção de vantagem comercial ou compensação monetária privada.
- f. **Direitos de Execução Digital pela Internet (Webcasting)** e royalties. De modo a evitar dúvidas, quando a Obra for uma gravação de som, o Licenciante reserva o seu direito exclusivo de coletar, seja individualmente ou através de entidades coletoras de direitos de execução (por exemplo, SoundExchange ou ECAD), royalties e direitos autorais pela execução digital pública (por exemplo, Webcasting) da Obra, conforme as disposições aplicáveis de direito autoral, se a execução digital pública feita por Você for predominantemente intencionada ou direcionada à obtenção de vantagem comercial ou compensação monetária privada.

## 5. Declarações, Garantias e Exoneração

EXCETO QUANDO FOR DE OUTRA FORMA MUTUAMENTE ACORDADO PELAS PARTES POR ESCRITO, O LICENCIANTE OFERECE A OBRA “NO ESTADO EM QUE SE ENCONTRA” (AS IS) E NÃO



PRESTA QUAISQUER GARANTIAS OU DECLARAÇÕES DE QUALQUER ESPÉCIE RELATIVAS À OBRA, SEJAM ELAS EXPRESSAS OU IMPLÍCITAS, DECORRENTES DA LEI OU QUAISQUER OUTRAS, INCLUINDO, SEM LIMITAÇÃO, QUAISQUER GARANTIAS SOBRE A TITULARIDADE DA OBRA, ADEQUAÇÃO PARA QUAISQUER PROPÓSITOS, NÃO-VIOLAÇÃO DE DIREITOS, OU INEXISTÊNCIA DE QUAISQUER DEFEITOS LATENTES, ACURACIDADE, PRESENÇA OU AUSÊNCIA DE ERROS, SEJAM ELES APARENTES OU OCULTOS. EM JURISDIÇÕES QUE NÃO ACEITEM A EXCLUSÃO DE GARANTIAS IMPLÍCITAS, ESTAS EXCLUSÕES PODEM NÃO SE APLICAR A VOCÊ.

#### **6. Limitação de Responsabilidade.**

EXCETO NA EXTENSÃO EXIGIDA PELA LEI APLICÁVEL, EM NENHUMA CIRCUNSTÂNCIA O LICENCIANTE SERÁ RESPONSÁVEL PARA COM VOCÊ POR QUAISQUER DANOS, ESPECIAIS, INCIDENTAIS, CONSEQÜENCIAIS, PUNITIVOS OU EXEMPLARES, ORIUNDOS DESTA LICENÇA OU DO USO DA OBRA, MESMO QUE O LICENCIANTE TENHA SIDO AVISADO SOBRE A POSSIBILIDADE DE TAIS DANOS.

#### **7. Terminação**

- a. Esta Licença e os direitos aqui concedidos terminarão automaticamente no caso de qualquer violação dos termos desta Licença por Você. Pessoas físicas ou jurídicas que tenham recebido Obras Derivadas ou Obras Coletivas de Você sob esta Licença, entretanto, não terão suas licenças terminadas desde que tais pessoas físicas ou jurídicas permaneçam em total cumprimento com essas licenças. As Seções 1, 2, 5, 6, 7 e 8 subsistirão a qualquer terminação desta Licença.
- b. Sujeito aos termos e condições dispostos acima, a licença aqui concedida é perpétua (pela duração do direito autoral aplicável à Obra). Não obstante o disposto acima, o Licenciante reserva-se o direito de difundir a Obra sob termos diferentes de licença ou de cessar a distribuição da Obra a qualquer momento; desde que, no entanto, quaisquer destas ações não sirvam como meio de retratação desta Licença (ou de qualquer outra licença que tenha sido concedida sob os termos desta Licença, ou que deva ser concedida sob os ter-

mos desta Licença) e esta Licença continuará válida e eficaz a não ser que seja terminada de acordo com o disposto acima.

## **8. Outras Disposições**

- a. Cada vez que Você distribuir ou executar publicamente por meios digitais a Obra ou uma Obra Coletiva, o Licenciante oferece ao destinatário uma licença da Obra nos mesmos termos e condições que a licença concedida a Você sob esta Licença.
- b. Cada vez que Você distribuir ou executar publicamente por meios digitais uma Obra Derivada, o Licenciante oferece ao destinatário uma licença à Obra original nos mesmos termos e condições que foram concedidos a Você sob esta Licença.
- c. Se qualquer disposição desta Licença for tida como inválida ou não-executável sob a lei aplicável, isto não afetará a validade ou a possibilidade de execução do restante dos termos desta Licença e, sem a necessidade de qualquer ação adicional das partes deste acordo, tal disposição será reformada na mínima extensão necessária para tal disposição tornar-se válida e executável.
- d. Nenhum termo ou disposição desta Licença será considerado renunciado e nenhuma violação será considerada consentida, a não ser que tal renúncia ou consentimento seja feito por escrito e assinado pela parte que será afetada por tal renúncia ou consentimento.
- e. Esta Licença representa o acordo integral entre as partes com respeito à Obra aqui licenciada. Não há entendimentos, acordos ou declarações relativas à Obra que não estejam especificadas aqui. O Licenciante não será obrigado por nenhuma disposição adicional que possa aparecer em quaisquer comunicações provenientes de Você. Esta Licença não pode ser modificada sem o mútuo acordo, por escrito, entre o Licenciante e Você.

O Creative Commons não é uma parte desta Licença e não presta qualquer garantia relacionada à Obra. O Creative Commons não será responsável perante Você ou qualquer outra parte por quaisquer danos, incluindo, sem limitação, danos gerais, especiais, incidentais ou conseqüentes, originados com relação a esta licença. Não obstante as

duas frases anteriores, se o Creative Commons tiver expressamente se identificado como o Licenciante, ele deverá ter todos os direitos e obrigações do Licenciante.

Exceto para o propósito delimitado de indicar ao público que a Obra é licenciada sob a CCPL (Licença Pública Creative Commons), nenhuma parte deverá utilizar a marca "Creative Commons" ou qualquer outra marca ou logo relacionado ao Creative Commons sem consentimento prévio e por escrito do Creative Commons. Qualquer uso permitido deverá ser de acordo com as diretrizes do Creative Commons de utilização da marca então válidas, conforme sejam publicadas em seu website ou de outro modo disponibilizadas periodicamente mediante solicitação.

O Creative Commons pode ser contactado pelo endereço:<http://creativecommons.org/>.

Versão para leigos:



**Atribuição-Uso Não-Comercial-Compatilhamento pela mesma licença 2.5 Brasil**

Você pode:

- copiar, distribuir, exibir e executar a obra
- criar obras derivadas

**Sob as seguintes condições:**

**Atribuição.** Você deve dar crédito ao autor original, da forma especificada pelo autor ou licenciante.

**Uso Não-Comercial.** Você não pode utilizar esta obra com finalidades comerciais.

**Compatilhamento pela mesma Licença.** Se você alterar, transformar, ou criar outra obra com base nesta, você somente poderá distribuir a obra resultante sob uma licença idêntica a esta.

- Para cada novo uso ou distribuição, você deve deixar claro para outros os termos da licença desta obra.
- Qualquer uma destas condições podem ser renunciadas, desde que Você obtenha permissão do autor.

**Qualquer direito de uso legítimo (ou “fair use”) concedido por lei, ou qualquer outro direito protegido pela legislação local, não são em hipótese alguma afetados pelo disposto acima.**

Este é um sumário para leigos da Licença Jurídica (na íntegra).  
Termo de exoneração de responsabilidade

## Referências Bibliográficas

- ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. São Paulo: Ed. do Brasil, 2002.
- ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. As Limitações ao Direito do Autor na Legislação Autoral Brasileira. **Revista de Direito Autoral** – Ano I – Número II, fevereiro de 2005. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- AGUIAR, Adriana. Livro na Web sem Autorização Viola Direito Autoral. Disponível em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/40136,1>.
- ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- AMARAL, Cláudio de Souza. Os Direitos Autorais nas Constituições Brasileiras. **Revista de Direito Autoral**, São Paulo, Ano I, n. II, fevereiro de 2005.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Breves Observações ao Projeto de Substitutivo da Lei de Direitos Autorais. **Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002.
- \_\_\_\_\_. O Cinema na Internet, as Hiperconexões e os Direitos dos Autores. **Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1997.
- \_\_\_\_\_. Direito do Autor e Desenvolvimento Tecnológico: Controvérsias e Estratégias. **Revista de Direito Autoral** – Ano I – Número I, agosto de 2004. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- \_\_\_\_\_. E Agora? Pesquisa do Futuro Próximo. **Sociedade da Informação – Estudos Jurídicos**. Coimbra: Almedina, 1999.
- \_\_\_\_\_. O “Fair Use” no Direito Autoral. **Direito da Sociedade e da Informação – Vol IV**. Coimbra: Coimbra Editores, 2003.
- \_\_\_\_\_. A Recente Lei Brasileira dos Direitos Autorais, Comparada com os Novos Tratados da OMPI. **Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002.
- \_\_\_\_\_. Sociedade da Informação e Mundo Globalizado. **Propriedade Intelectual & Internet**. WACHOWICZ, Marcos (coord.). Curitiba: Juruá Editora, 2004.
- ASSIS, Diego. Quanto Vale o Cristo? São Paulo: Folha de São Paulo, 19 de setembro de 2004. Caderno Ilustrada, p. E 10.

- BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BARBOSA, Denis Borges e JESSEN, Nelida Jabik. O Uso Livre de Música Encontrada na Internet. **Revista de Direito Autoral**, São Paulo, Ano I, n. II, fevereiro de 2005.
- BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. “O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro” **A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. BARROSO, Luís Roberto (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BASSO, Maristela. **O Direito Internacional da Propriedade Intelectual**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2000.
- BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Campinas: Ed. LZN, 2003.
- BETTIG, Ronald V. **Copyrighting Culture – The Political Economy of Intellectual Property**. Westview Press. Boulder, 1996.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Os Direitos da Personalidade** – 5ª ed. Atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- BLUM, Renato M. S. Opice e ABRUSIO, Juliana Canha. Lemos, Ronaldo e WAISBERG, Ronaldo. (Org.). **Direito Autoral Eletrônico. Conflitos Sobre Nomes de Domínio e Outras Questões Jurídicas da Internet**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas e Revista dos Tribunais (co-edição): 2003.
- BORGES, Robinson. **Valor Econômico**, Rio de Janeiro, 16 de julho de 2004. Caderno Eu & Fim de Semana.
- CABRAL, Plínio. **Direito Autoral – Dúvidas e Controvérsias**. 2ª edição. São Paulo: Editora Harbra, 2000.
- CARBONI, Guilherme C. **O Direito de Autor na Multimídia**. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2003.
- CASCÓN, Fernando Carbajo. **Publicaciones Electrónicas y Propiedad Intelectual**. Madrid: Colex, 2002.
- CHAVES, Antônio. **Direito de Autor – Princípios Fundamentais**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1987.
- COSTA, Priscyla. Rede de Ofensas. Disponível em <http://conjur.estado.com.br/static/text/38645,1>.
- CRESPON, Sílvio. “Reforma Agrária no Audiovisual – Creative Commons: difusão de obras, memória e produção colaborativa”. **Revista Sinopse – ano IV, n. 10**. Dezembro de 2004. p. 60.

- CUPIS, Adriano de. **Os Direitos da Personalidade**. Campinas: Romana, 2004.
- DELGADO, José Augusto. O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988. Cláusulas Gerais e Conceitos Indeterminados. **Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil**. ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira e ROSAS, Roberto (coord.). São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2003.
- DESANTES, José María. La Relación Contractual Enre Autor y Editor. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1970.
- Enciclopédia Saraiva de Direito – Vol. 69**, Rio de Janeiro: ed. Saraiva, 1982.
- ELIAS, Paulo Sá. Novas Tecnologias, Telemática e os Direitos Autorais. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3821>.
- ENNECCERUS, Ludwig. **Derecho de Obligaciones**. Barcelona: Ed. Bosch.
- FACCHINI Neto, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2003.
- FALCÃO, Joaquim (et al). Estudo sobre o *Software Livre* Comissionado pelo Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (ITI). Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2006. No prelo.
- GANDELMAN, Henrique. **De Guttenberg à Internet – Direitos Autorais na Era Digital**. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- GIOGIANNI, Michele. O Direito Privado e suas Atuais Fronteiras. **Revista dos Tribunais**, n. 747. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, janeiro, 1998.
- GOMES, Orlando. **Direitos Reais** - 10ª ed. Rio de Janeiro: ed. Forense, 1994. p. 85.
- GONZÁLEZ, Andrés Guadamuz. Viral Contracts or Unenforceable Documents? Contractual Validity of Copyleft Licences. E.I.P.R., vol. 26. Sweet & Maxwell, 2004.
- GORINI, Attilio. Do Napster ao Grokster: Justiça dos Estados Unidos põe freio em troca de arquivos pela internet. Disponível em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/36986,1>.
- H AidAR, Rodrigo. Terra de Ninguém. Disponível em <http://conjur.estadao.com.br/static/text/35213,1>.
- HAMMES, Bruno Jorge. **O Direito de Propriedade Intelectual**. 3ª edição. Porto Alegre: Ed. Unisinos, 2002.

- HARRIS, Lesley Ellen. **Digital Property – The Currency of the 21st. Century**. McGraw Hill, 1998.
- JOSSERAND, Louis. **Derecho Civil – Tomo II, Vol. I – Teoría General de las Obligaciones**. Buenos Aires: Bosch y Cía Editores, 1950.
- JUNDI, Maria Elaine Rise. Das Limitações aos Direitos Autorais. **Revista de Direito Autoral** – Ano I – Número I, agosto de 2004. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- LANDES, William M. e POSNER, Richard A. **The Economic Structure of Intellectual Property Law**. Harvard University Press, 2003.
- LEITE, Eduardo Lycurgo. **Direito de Autor**. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.
- \_\_\_\_\_. A História do Direito de Autor no Ocidente e os Tipos Móveis de Gutenberg. **Revista de Direito Autoral**, São Paulo, Ano I, n. II, fevereiro de 2005.
- LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura**. Rio de Janeiro: ed. FGV, 2005.
- \_\_\_\_\_. A Revolução das Formas Colaborativas. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 18 de abril de 2004. Caderno Mais, p. 10.
- LEMOS, Ronaldo e MANZUETO, Cristiane. **Software Livre e Creative Commons**. Rio de Janeiro: FGV, Escola de Direito, 2005.
- LESSIG, Lawrence. **Free Culture – How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity**. New York: The Penguin Press, 2004.
- \_\_\_\_\_. **The Future of Ideas – The Fate of the Commons in a Connected World**. New York: Random House, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Code and Other Laws of the Cyberspace**. New York: Basic Books, 1999.
- MACHADO, André. Quando os *Blogs* Ficam Sob o Martelo do Juiz. **O Globo**, Rio de Janeiro, 04 de julho de 2005. Informática Etc., p. 3.
- MANSO, Eduardo Vieira. **Direito Autoral – Exceções Impostas aos Direitos Autorais (Derrogações e Limitações)**. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1980.
- MARTINS-COSTA, Judith. Os Direitos Fundamentais e a Opção Culturalista do Novo Código Civil. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.
- MASSINEO, Francesco. **Manuale di Diritto Civile e Commerciale – Volume III**, 9ª ed., revista e ampliada. Milano: Dott. A. Giuffrè Editora, 1959.



- MAZEAUD, Henri, Léon e Jean e CHABAS, François. **Leçons de Droit Civil – Tome II/Premier Volume**. Montchrestien.
- MONIZ, Pedro de Paranaguá e CERDEIRA, Pablo de Camargo. Copyleft e Software Livre: Uma Opção pela Razão – Eficiências Tecnológica, Econômica e Social – I. **Revista da ABPI**, n. 70.
- \_\_\_\_\_. *Copyleft e Software Livre: Uma Opção pela Razão – Eficiências Tecnológica, Econômica e Social – II*. **Revista da ABPI**, n. 72.
- MONTEIRO, Elis. Qual o Limite da Intolerância? O Globo, Informática Etc., 12 de setembro de 2005, p. 1.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Civil**, julho-setembro de 1993. Número 65.
- \_\_\_\_\_. Constituição e Direito Civil: Tendências. **Revistas dos Tribunais**, n. 779, setembro de 2000.
- \_\_\_\_\_. **Danos à Pessoa Humana: uma Leitura Civil Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- \_\_\_\_\_. O Procedimento de Qualificação dos Contratos e a Dupla Configuração do Mútuo no Direito Civil Brasileiro. **Revista Forense – Vol. 309**. Rio de Janeiro: ed. Forense, 1990.
- \_\_\_\_\_. A Importância da Causa. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**. Rio de Janeiro: ed. Padma. Vol. 21, jan-mar, 2005. p. 95-119.
- NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 22ª. Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002.
- NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato – Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002.
- NETTO, José Carlos Costa. **Direito Autoral no Brasil**. São Paulo: Ed. FTD, 1998.
- NÓBREGA, Marcelo. A Culpa é da Tecnologia – Decisão da Suprema Corte dos EUA pode sufocar inovação e mudar indústria do consumo. Disponível em <http://jbonline.terra.com.br/jb/papel/cadernos/internet/2005/07/03/jorinf20050703001.html>.
- OLIVER, Paulo. **Direitos Autorais da Obra Literária**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2004.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Vol. I**. 20ª ed. Atualização: Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004. P. 23.
- \_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Civil – Vol III**. 11ª. Ed. Atual.: Régis Fichtner. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre

- Particulares. **A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. BARROSO, Luís Roberto (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002.
- PIMENTA, Eduardo. **Os Direitos Autorais do Trabalhador**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 19ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 1991.
- REBELLO, Luiz Francisco. **Introdução ao Direito de Autor – Vol. 1**. Lisboa: Sociedade Portuguesa de Autores – Publicações Dom Quixote, 1994.
- REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. **Responsabilidade por Publicações na Internet**. Rio de Janeiro: Forense. 2005.
- ROCHA, Daniel. **Direito de Autor**. São Paulo: Ed. Irmãos Vitale, 2001.
- ROSA, Dirceu Pereira de Santa. A Importância da Due Diligence de Propriedade Intelectual nas Reorganizações Societárias. **Revista da ABPI – n. 60**, set-out/2002. Rio de Janeiro.
- ROSE, MARK. **Authors and Owners – The Invention of Copyright**. Harvard University Press, 1993.
- SANTOS, Manoel J. Pereira dos. O Futuro do Uso Privado no Direito Autoral. **Revista de Direito Autoral – Ano I – Número II**, fevereiro de 2005. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- \_\_\_\_\_. A Proteção Autoral do Website. **Revista da ABPI**, n. 57, março-abril de 2002.
- SCHITTINE, Denise. Blog: **Comunicação e Escrita Íntima na Internet**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.
- SILVA NETO, Amaro Moraes. **Emails Indesejados à Luz do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2002.
- SILVEIRA, Newton. Os Direitos Autorais e as Novas Tecnologias da Informação Conforme a Lei n. 9.610, de 1998. **Revista de Direito Autoral – Ano II – Número III**, agosto de 2005. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- SPOTA, Alberto G. **Instituciones de Derecho Civil – Contratos – Volumen I**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1981.
- ST. LAURENT, Andrew M. Understanding **Open Source and Free Software Licensing**. Sebastopol: O'Reilly, 2004. p .1.
- SZTAJNBERG, Deborah. **O Show Não Pode Parar – O Direito do Entretenimento no Brasil**. Rio de Janeiro: Ed. Espaço Jurídico, 2003.

- TEPEDINO, Gustavo (et al.). **Editorial da Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora PADMA. Volume 13 – janeiro/março de 2003.
- \_\_\_\_\_. **Editorial da Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora PADMA. Volume 14 – abril/junho de 2003.
- \_\_\_\_\_. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. **Temas de Direito Civil**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- \_\_\_\_\_. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. **Temas de Direito Civil**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- VAIDHYANATHAN, Siva. **Copyrights and Copywrongs: The Rise of Intellectual Property and How it Threatens Creativity**. New York University Press. 2001.
- VARELA, Antunes. **Das Obrigações em Geral – Vol. I**, 10ª. Coimbra: ed. Almedina, 2000.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Vol. II**. 4ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Direito Civil – Vol. III**. 4ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Direito Civil – Vol. V** - 4ª ed. São Paulo: ed. Atlas, 2004.
- VIDE, Carlos Rogel e DRUMMOND, Victor. **Manual de Direito Autoral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- VOLTAIRE, **Dicionário Filosófico**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003.
- WACHOWICZ, Marcos (coord.). **Propriedade Intelectual & Internet**. Curitiba: Juruá Editora, 2004.
- WILLINGTON, João e OLIVEIRA, Jauny N. de, **A Nova Lei Brasileira de Direitos Autorais**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2002.
- YAMASHITA, Douglas. Sites na Internet e a Proteção Jurídica de sua Propriedade Intelectual. **Revista da ABPI**, n. 51, março-abril de 2001.