

# Direitos patrimoniais de autor *versus* direitos culturais do cidadão: fundamentos para a proposição de um direito autoral-constitucional

**Ciro de Lopes e Barbuda**

*Advogado da CAIXA na Bahia*

*Mestre em Direito pela Universidade*

*Federal da Bahia*

*Especialista em Direito do Estado pela JusPODIVM –*

*Curso Preparatório para Carreiras Jurídicas*

## **RESUMO**

Este estudo colima demonstrar que a estruturação da disciplina do direito autoral-constitucional é condição para a superação da crise dos direitos autorais no Brasil. Para tanto, examinam-se as características dos dois principais direitos fundamentais em sede jusautoralista: a propriedade autoral, influenciada pelo princípio da função social, e o direito à cultura, alimentado pelo valor da justiça social. A harmonização desses direitos, em face das regras contidas na vigente Lei n° 9.610/98, sem que eles se excluam mutuamente, é o grande desafio da sociedade da informação, apontando-se a ponderação de bens como plausível solução.

Palavras-chave: Direito autoral constitucional. Função social. Direito à cultura. Ponderação de interesses fundamentais.

## **RESUME**

Cette étude vise à démontrer que l'organisation de la discipline du droit d'auteur constitutionnel est une condition pour surmonter la crise des droits d'auteur au Brésil. Pour ce faire, sont examinés les caractéristiques des deux principaux droits fondamentaux dans le domaine du droit d'auteur: la propriété d'auteur, influencé par le principe de la fonction sociale, et le droit à la culture, alimenté par la valeur de la justice sociale. L'harmonisation de ces droits, selon les règles contenues dans la actuelle Loi n° 9.610/98, afin de qu'ils ne s'excluent pas mutuellement, est le grand défi de la société de l'information, en montrant la pondération des biens comme une solution plausible.

Mots-clés: Droit d'auteur constitutionnel. Fonction sociale. Droit à la culture. Pondération des intérêts fondamentaux.

## Introdução

Com o presente estudo, pretende-se (re)edificar a disciplina do direito autoral constitucional.

A fim de concretizar projeto tão ambicioso, revela-se necessário o desenvolvimento preliminar de alguns assuntos, pendentes de pacificação na doutrina e na jurisprudência, os quais compõem o cenário da tão comentada “crise dos direitos autorais”, oriunda da total falta de reconhecimento e eficácia sociais da Lei n.º 9.610/98, o que tem tornado esse ramo do direito nacional mera “letra morta”, ou, parafraseando Habermas (2003, p.25), o que tem agravado a “tensão entre facticidade e validade”.

A abordagem de tais questões constitui o instrumental jurídico-propedêutico necessário para que, em seguida, se defenda a existência de um direito autoral-constitucional. Tal disciplina apoia-se, a nosso ver, na configuração tanto dos direitos de propriedade do autor e direitos conexos quanto dos direitos culturais do público consumidor das obras artísticas, científicas e literárias como direitos fundamentais, com as consequências jurídico-dogmáticas pertinentes.

A caracterização e a efetivação desses direitos fundamentais, que, frequentemente, colidem na ordem constitucional-autoralista vigente é o que se erige como objeto da vertente investigação monográfica, que intenta resolver o conflito jurídico-axiológico em espeque mediante a ponderação dos referidos bens fundamentais, à luz dos princípios regentes da ordem constitucional brasileira e das cláusulas gerais de direito privado, estas, germinadouro de onde promanam os renovados princípios civilistas, favoráveis à dignidade humana.

Desse modo, este trabalho pretenderá harmonizar o direito de propriedade de autor com o princípio da função social, e o direito à cultura e à informação com o valor da justiça social, a fim de que, ao final, a interpretação dos negócios jurídicos e das lides envolvendo direitos autorais possa estar alinhada ao direito autoral-constitucional.

### 1 Dos indícios da crise do direito autoral brasileiro positivo

O grande desafio do direito autoral contemporâneo consiste em regular, de maneira harmônica, o interesse público e o privado, de modo que o sistema autoral não seja, de um lado, excessivamente punitivo, com o alheamento da propriedade intelectual de sua função social, a ruptura da noção de solidariedade social e o monopólio especulativo da informação, a qual é pressuposto para o desenvolvimento social e econômico de qualquer povo; nem, por ou-

tro, seja retirada a atratividade econômica e desincentivada comercialmente a atividade cultural e científica, com a abertura indiscriminada do sistema de regras de proteção da obra intelectual.

Assim é que, no plano constitucional, a Carta Magna de 1988 conferiu ao direito de propriedade do autor o *status* de direito fundamental, no inciso XXVII de seu art. 5º, que verbera que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”. No inciso seguinte do Texto Maior, foram assegurados, ainda, “a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas”, e “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”. Entretanto, é preciso ter em conta que tais direitos patrimoniais, disciplinados nos arts. 28 e 29 da Lei dos Direitos Autorais (LDA), hão de legitimar-se na medida em que atendam a exigência do inciso XXIII do mesmo dispositivo constitucional supramencionado, segundo o qual “a propriedade atenderá a sua função social”.

Além disso, o constituinte fez constar, no art. 215, § 3º, incisos II e IV, que o Plano Nacional da Cultura deveria visar à “produção, promoção e difusão de bens culturais” e à “democratização do acesso aos bens de cultura”. No art. 218, ao dispor sobre a Ciência e a Tecnologia, o Diploma Maior prescreveu que “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas”.

Até agora, pois, ficou claro que legislador constituinte brasileiro pretendeu equacionar o interesse público, de ordem cultural e artístico-científica, com o interesse privado, relativo à exploração econômica das obras individuais ou coletivas protegidas pelo direito autoral. Portanto, os bens jurídicos tutelados constitucionalmente não podem, como se tem verificado na prática, anular-se reciprocamente.

Infraconstitucionalmente, por sua vez, o direito autoral brasileiro é regulado, atualmente, pela Lei n.º 9.610/98 (LDA).<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Faça-se, neste passo, uma pequena digressão, a fim de evidenciar a taxonomia do direito autoral. Ocorre que este ramo do direito, segundo a doutrina majoritária, é espécie do gênero “direitos intelectuais”, que também abrange o direito industrial. Assim, em matéria de direitos intelectuais, no Brasil, existem, além da LDA, também a Lei n.º 9.279/96, que abarca o direito industrial, disciplinando a concessão de marcas e patentes, a Lei de Cultivares, tombada sob o n.º 9.456/97, que disciplina a manipulação biológica, e a Lei n.º 9.609/98, que regulamenta a utilização dos programas de informática, sem prejuízo das legislações extravagante, internacional e regulamentar afins.

São inúmeros os exemplos que nos levam à conclusão de que esse diploma legal ainda conserva o espírito patrimonialista e privatista, herdado da cultura liberal e individualista que serviu de pano de fundo para a positivação original do direito autoral nos séculos XVIII e XIX.

*Exempli gratia*, percebe-se que, no Brasil, a rigor, *qualquer reprodução não autorizada* da obra científica, artística ou literária será ilícita, salvo quando a lei dispuser em contrário. Esse ilícito é denominado “contrafação” pelo inciso VII do técnico-conceitual art. 5º da LDA. Ao ser praticado, sujeita o contrafator a indenizar as perdas e danos ocasionados ao titular do direito de autor, sem prejuízo das sanções civis e administrativas cominadas nos arts. 102 a 110 da LDA. Por isso, no Brasil, a regra é que qualquer reprodução não autorizada de obra, salvo as exceções legais, seja ilícita.

As limitações à tutela autoralista são de dois tipos. Ou o objeto é expressamente excluído da proteção do direito autoral – hipótese normada no art. 8º da LDA –, ou é excluída a antijuridicidade da conduta subjetiva. Nesse último caso, deixa de configurar-se o ilícito quando a reprodução inautorizada enquadra-se numa das hipóteses dos arts. 46 a 48 da LDA, em que o legislador reputou haver superior interesse público ou justificável interesse privado, para afastamento dos direitos patrimoniais de autor.

Nas hipóteses em xeque – que a doutrina majoritária, de forma pusilânime, considera taxativas, ao argumento de que, em se tratando de restrições, devem ser interpretadas restritivamente –, julgou o legislador que a reprodução ou utilização da obra artística, científica ou literária não configuraria ato ilícito, dada a existência de superior interesse social (como nas hipóteses do inciso I, alínea “d”, do art. 46 da LDA, referente à reprodução de obras para uso exclusivo dos deficientes visuais, sem fins lucrativos, no sistema Braille ou equivalente, e do inciso VII, referente à utilização de obras para fins de produção de prova judiciária ou administrativa) ou a ocorrência de interesse privado justificado (demais incisos).

Para eminente doutrinador português, todavia, as limitações aos direitos do autor ainda são muito tímidas, revelando-se inadequadas à real consecução da *ratio legis* autoralista:

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

As restrições ao direito de autor permitem a adaptação constante deste direito às condições de cada época. Agora, não só não se prevêem as restrições adequadas à evolução tecnológica como se impede toda a adaptação futura. O direito de autor torna-se rígido, insensível a todo o devir (ASCENSÃO, 2002, p. 135-137).

Dando prosseguimento à análise dos exemplos que personificam a inconsistência do direito autoral do Brasil, toma-se como um verdadeiro símbolo do descompasso entre a teoria e a *praxis* autoralistas a polêmica questão da reprodução xerográfica de livros em instituições de ensino, máxime nas universidades. *A contrario sensu*, o art. 46, inc. II da LDA só admite a reprodução, “em um só exemplar”, “de pequenos trechos” de obras impressas, e desde que “para uso privado” e “sem intuito de lucro” por parte do copista.

O que se verifica, contudo, em qualquer faculdade, é o endosso de uma *praxis contra legem*, porquanto os estudantes, amíúde incentivados pelos próprios professores, adquirem fotocópias integrais de livros, normalmente produzidas em série para diversos colegas, a despeito de a LDA considerar tal conduta como contrafação. Essa é uma norma completamente desprovida de eficácia, pois qualquer pessoa consegue obter cópias “ilícitas” de obras integrais na maioria dos estabelecimentos reprográficos. E ainda se mostra uma norma contra-histórica, uma vez que o art. 49, inc. II da LDA revogada, a saber, a Lei n.º 5.988, de 1973, permitia, numa postura muito mais razoável e tolerante, a reprodução integral de 1 (um) exemplar da obra, desde que sua utilização não tivesse fim lucrativo.

É, além disso, curioso notar que a LDA, além de prescrever restrições ao direito de uso da obra intelectual alheia, muitas vezes acaba interferindo, indevidamente, na utilização da obra por parte de seu próprio autor. Nessas hipóteses, o direito autoral brasileiro, ao invés de proteger o interesse do autor, acaba por prestar-lhe um desserviço.

Precisa ser urgentemente repensado o aparato axiológico sobre o qual se sustenta a construção legislativa dos direitos morais do autor, em razão da distorção teleológica contida no art. 27 da LDA, que lhes atribui os (indesejáveis) predicados da inalienabilidade e da irrenunciabilidade. Ora, sendo uma expressão dos direitos da personalidade, os direitos morais do autor, entre os quais, *verbi gratia*, a paternidade, o ineditismo e a retirada, deveriam possuir, a princípio, os mesmos atributos que têm os direitos de personalidade.

Ocorre que, como o direito autoral é um direito civil especializado, e como o atual estágio da doutrina civilista sobre autono-

mia jurídica descrê da irrenunciabilidade e da inalienabilidade de certos direitos de personalidade<sup>2</sup> – especialmente daqueles que podem expressar-se economicamente, a exemplo do direito à integridade física, vislumbrado na casuística dos casos de “barriga de aluguel”, por exemplo –, não há justificativa para que o Estado intervenha em direitos de personalidade que, a critério do sujeito, poderiam ser relativamente disponibilizados.

Essa disponibilidade relativa, ao invés de afetar a dignidade da pessoa humana, como se poderia imaginar, pelo contrário, reforça-a. Até mesmo porque, em se encarando a realidade material que envolve artistas, literatos e cientistas, amiúde, pode ser interessante para o autor da obra intelectual a alienação ou renúncia de certas manifestações de seus direitos morais, seja a título oneroso, seja a título gratuito, em consonância com o livre exercício da autonomia privada, que também incide sobre o campo jusautoralista, mormente em face do contexto mercadológico que demonstra as fartas possibilidades de negócios jurídicos intelectuais.

Dessa maneira, sustenta-se que o tratamento jurídico dispensado a tais situações, evidenciadoras da nova representatividade dos direitos morais do autor em face da evolução da teoria da autonomia jurídica, deveria ser idêntico àquele que é dispensado aos negócios jurídicos em geral. Logo, não havendo vícios na manifestação de vontade do sujeito que possam vir a tornar o negócio nulo ou anulável, não subsiste justificativa, *prima oculi*, para que a LDA impeça o pleno exercício da autonomia jurídica individual do autor.

Igualmente, considera-se descabida a restrição dos arts. 29 e 33 da LDA, que submetem à prévia autorização do autor (ou do editor, como habitualmente se verifica, na prática) qualquer utilização de sua obra. Parece razoável admitir que, como o autor busca inspiração para suas criações no amplo repositório de informações existente no mundo, não deveria haver restrição a que qualquer ser humano pudesse fruir, desde que respeitando os direitos morais do autor, dessa criação do espírito, sem necessidade de pré-

<sup>2</sup> “Na verdade, o direito de personalidade, em si, não é disponível *stricto sensu*, ou seja: não é transmissível nem renunciável. A titularidade do direito não é objeto de transmissão. Ou seja: a imagem não se separa do seu titular original, assim como sua intimidade. A imagem continuará sendo daquele sujeito, sendo impossível juridicamente – até fisicamente – sua transmissão a outrem ou, mesmo, sua renúncia. Mas expressões do uso do direito de personalidade podem ser cedidas, de forma limitada, com especificações quanto à duração da cessão e quanto à finalidade do uso. Há, portanto, certa esfera de disponibilidade em alguns direitos de personalidade. O exercício de alguns direitos de personalidade podem, sim, sofrer limitação voluntária, mas essa limitação é também relativa” (BORGES, 2007, p. 120-121, grifos nossos).

via autorização. Inclusive, é esse mesmo pensamento – o de que a obra é feita no mundo e para o mundo – que subjaz à regulamentação da caída da obra em domínio público, após o prazo legal.

Um dos parâmetros plausíveis, para aferir a legitimidade da destinação acima propugnada da obra intelectual, deveria ser, com efeito, a ausência de finalidade lucrativa. Assim, em se utilizando determinada obra, desde que na estrita observância dos direitos morais do autor e sem fins lucrativos, seria teleologicamente adequado à *ratio legis* do direito autoral, de índole constitucional, que a lei permitisse o uso pessoal, não empresarial, da obra, até mesmo como uma maneira de universalizar o acesso do cidadão aos bens da cultura (BARBUDA, 2010, p. 25).

Diante do exposto, fica patente a desconexão hodierna entre a teoria e a prática do direito autoral no Brasil. Cada vez mais, e sobretudo após o advento da Internet, parece que o direito autoral corre risco de extinção, a menos que ultrapasse profunda reformulação de suas premissas, de forma a ser reconduzido a seu verdadeiro papel na sociedade. Acerca da revolução paradigmática protagonizada pela hodierna sociedade da informação, merece alusão o magistério de Moraes (2006a, p. 258, grifos do autor):

A digitalização não implode a edificação do Direito Autoral, mas impõe novo paradigma e uma profunda releitura. Antes, a proteção legal era vista como necessária aos custos da reprodução e à circulação de obras. Com o gigantesco poder da Internet, torna-se desnecessário o suporte físico. O *corpus misticum* não necessita mais do *corpus mechanicum*. Metaforicamente, o gênio foge do confinamento da garrafa; a alma, do corpo biológico. O verbo não precisa mais se fazer carne. Na digitalização, o código binário, composto de “zeros e uns”, substitui o mundo físico. A desmaterialização dos suportes gera barateamento na circulação de idéias, obrigando um novo olhar sobre o papel do Direito Autoral, que, em suas primeiras leis, era justificado exatamente pelos custos da materialização e reprodução de obras.

Hoje em dia, basta possuir um computador conectado à rede mundial de computadores para que se esteja munido de todo o instrumental necessário para violar uma série de direitos autorais. Com poucos cliques, é possível fazer o *download*, ou seja, a transferência eletrônica de dados, de todo tipo de criação do gênio humano “protegida” pelos direitos autorais: livros, músicas, imagens, vídeos, programas de computador. Há um acervo digital ilimitado de obras, disponibilizadas na Internet à revelia dos autores, que podem, facilmente, ser vítimas do “copiar e colar”, ou, pior ainda, do comando “editar”.

Nesse panorama de incerteza jurídica, as próprias noções de autor e obra metamorfoseiam-se, como relata Antonio (1998, p.4):

Na Internet, por exemplo, cada indivíduo pode assumir várias identificações ao mesmo tempo: todos podem ser autores, agentes, produtores, editores, leitores, consumidores, de um modo em que a subjetividade de cada papel prevalece de acordo com o instante. Nesse sentido, os papéis se misturam e se confundem, distanciando-se de suas caracterizações tradicionais e colocando em discussão a reorganização desses temas. [...]

A obra intelectual e artística na Internet não mais se apresenta exclusivamente como a produção íntegra e perene de autores que se pode reconhecer, mas também como obra coletiva, múltipla e, frequentemente, anônima, fragmentada, incompleta, mutante e, muitas vezes, fugaz.

Diante dessa realidade comunicacional, “tudo o que é sólido desmancha no ar”, como sustentado por aqueles que acreditam estarmos vivenciando a emersão de um paradigma chamado pós-modernidade (BAUMAN, 1998, p. 30), que descortina uma sociedade da informação em que as obras literárias, artísticas e científicas podem circular livremente, em tempo real, entre quaisquer pontos do mundo. Tal contexto germina questões e conflitos jurídicos até então inimaginados, fazendo-se necessário repensar as próprias categorias jurídicas basilares da relação jusautoralista. Apenas um exemplo dessa nova realidade é aquilo que, hoje, ao redor do mundo, se organiza como um forte e subversivo movimento em prol da “cultura livre”, normalmente identificado ao licenciamento ironicamente apelidado de *Copyleft*:

O *software* livre é baseado na ideologia do “*copyleft*”, denominação surgida de um trocadilho feito por Don Hopkins, numa carta enviada ao amigo Richard Stallman na década de oitenta: “*Copyleft – All Rights Reversed*” [*Copyleft – Todos os direitos reversos*]. A expressão foi utilizada por Stallman para batizar o novo conceito de distribuição de *softwares*. Para ele, os programas deveriam ser livres. Então, criou a licença Pública GNU. O *free* não quer dizer “*grátis*”, mas sim “*livre*”. Ou seja, não é proibido cobrar pelo *software*, mas são livres o uso, a cópia, a modificação e a redistribuição de uma versão melhorada. Essas são as quatro liberdades que caracterizam o *software* livre: usar, copiar, modificar e redistribuir (MORAES, 2006a, p.320, grifos do autor).

Não seria exagerado afirmar que a indústria fonográfica é a que mais tem, consecutivamente, sofrido o impacto dessas novas

tecnologias, simbolizado pela criação de *softwares* de compartilhamento de arquivos, como o pioneiro *Napster* e os atuais *Kazaa* e *eMule*, baseados na tecnologia peer-to-peer (P2P) e afins:

Enquanto pequenos grupos de hackers radicais começaram campanhas de violação dos direitos autorais, distribuindo música, vídeos, textos e programas de graça na internet sob o lema “a informação quer ser livre”, grandes movimentos espontâneos menos conscientes e menos radicais tomavam conta de um público mais amplo. Entres esses movimentos, o de maior impacto, sem dúvida, foi a formação da comunidade *Napster*. 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 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 (ORTELLADO, 2002, p. 7).

Ainda se subestima o impacto dessa explosão da informação, conduzida através dos novos meios de comunicação e tecnologias, sobre a subsistência do direito autoral. As possibilidades ilimitadas de infringência da legislação autoral, outorgadas a qualquer usuário da *World Wide Web*, são resumidas pelo teórico precursor da assim chamada “cultura livre” e incentivador das *Creative Commons*, Lawrence Lessig, como uma arquitetura do “copiar e colar”, onde se torna possível localizar, em segundos, uma imagem “protegida” pelo *copyright* e, em seguida, usá-la em qualquer apresentação particular (LESSIG, [s.d.], p.113). Inclusive, o movimento das comunidades de criação e do *software livre* levou o ex-ministro da Cultura, Gilberto Gil, a considerá-lo uma verdadeira “reforma agrária no campo da propriedade intelectual” (ASSIS, 2004, p. E1).

Nesse contexto, vale referir as ideias de juiz federal cearense, que, ainda no século passado, já propusera a licitude da reprodução não autorizada de obras literárias, pela Internet, de acordo com a destinação dada ao produto pelo consumidor. Segundo essa orientação, nos casos em que a reprodução implicar o auferimento de lucro direto ou indireto – como nos casos das empresas que comercializam essas obras pela rede, como provedores de acesso, empresas de programação e titulares de sítios eletrônicos que cedem espaço para publicidade –, o pagamento dos direitos autorais seria devido. De outra sorte, nas hipóteses em que o usuário da Internet utiliza a obra sem finalidade lucrativa, não subsiste razão para limitar a reprodução da obra (LIMA, 1997).

Não parece ser a solução adequada, para resolver o embate teórico-prático sob comento, o endurecimento da legislação autoral, com o aumento de figuras ilícitas e o agravamento das sanções respectivas. Melhor seria, com efeito, abrir o sistema paulatinamente, ampliando ou reinterpretando as hipóteses de limitação aos direitos de autor, abandonando-se o raciocínio vetusto que presume a ocorrência de prejuízo em qualquer reprodução não autorizada pelo autor. Afinal, o uso pessoal de uma faixa de música no formato MP3, “baixada” por um internauta, não significa que ele deixará de adquirir, nas lojas, o álbum inteiro, ou assistir ao show do artista, devendo ser levada em consideração, antes de punir a conduta, a existência de variáveis socioeconômicas e político-culturais.

Por isso é que nos parece temerária a tipificação de crimes eletrônicos no nosso país, que vem sendo recentemente discutida com a apresentação do Projeto de Lei de Crimes de Informática (“AI-5 Digital”) e do PL n.º 5.361/2009, de autoria do Deputado Federal de São Paulo, Bispo Ge Tenuta, que pretende alterar a LDA para a inserção de novos tipos penais e a pena “restritiva de acesso à Internet” (MILAGRE, 2009).

Tais deliberações legislativas parecem contraproducentes, à medida que, no Brasil, a pirataria, por exemplo, é uma prática socialmente aceita, que democratiza o acesso à informação, gera trabalho e renda, ainda que na informalidade, e garante o sustento de muitas famílias. Sem falar que, com os movimentos de libertação cultural em voga, muitos autores já autorizam tal reprodução, visando à ampla divulgação de sua obra, como já ocorrera com inúmeras bandas estrangeiras, a exemplo do Radiohead, que disponibilizaram álbuns inteiros gratuitamente. Por isso, em tese, seria até possível a alegação de erro de proibição em relação a tais crimes, visto que sua noção de antijuridicidade foi totalmente diluída no meio social.

Para finalizar, merece transcrição integral a opinião de Ortellado (2002, p. 9) sobre as perspectivas do direito autoral após o *boom* da rede mundial de computadores:

Hoje, o movimento pelo copyleft, pela livre circulação da cultura e do saber ampliou-se muito além do universo dos programadores. O conceito de copyleft é aplicado na produção literária, científica, artística e jornalística. Há ainda muito trabalho de divulgação e esclarecimento a ser feito e é preciso que discutamos politicamente os prós e os contras dos diferentes tipos de licença. Precisamos discutir se queremos conciliar a exploração comercial com a utilização não comercial livre ou se devemos simplesmente nos livrar dos mecanismos de difusão comercial de uma vez por todas; precisamos também discutir questões relativas à autoria e à integridade da obra, principalmente numa época em que o *sampleamento* e a *colagem* constituem formas de manifestação artística importantes; temos, finalmente, que discutir as inúmeras peculiaridades de cada tipo de produção adequando a licença ao que estamos fazendo (a ênfase na possibilidade de modificação de um programa de computador tem pouco cabimento quando aplicada à produção científica, etc.). Esse trabalho não é o trabalho de imaginar um mundo possível, mas de passar a construí-lo, aqui e agora.

Diante de tamanha crise de legitimidade, validade e eficácia do direito autoral em vigor, impende que se faça uma filtragem constitucional do discurso jurídico autoralista, que se tornou tão distanciado do “mundo circundante” (*Umwelt*), como ensinara Heidegger.

## 2 Resgatando a vocação constitucional dos direitos de autor

No âmbito do direito autoral, diz-se que é bastante perceptível a existência de um conflito jurídico entre o interesse privado, relativo à exploração econômica da propriedade autoral, e o interesse público, relativo à livre difusão do conhecimento na comunidade social. Nada obstante, como se verá mais adiante, o maniqueísmo que dá suporte a essa afirmação não é isento de críticas, posto que a dicotomia entre interesse privado x interesse público, subjacente à própria divisão entre direito privado x direito público sobre a qual a ciência jurídica alicerçou-se, desde Roma, não é mais condizente com a proposta de concretização dos direitos fundamentais no Estado Social. Como bem pontua Portella (2006, p. 164), “a Constituição Federal de 1988 reflete, pois, as duas dimensões essenciais do ser humano, a da individualidade e a da socialidade, as quais devem ser equilibradas, harmonizadas, com vistas à consecução do valor supremo da dignidade da pessoa humana”.

Ademais, muito se fala, em sede doutrinária, acerca da constitucionalização do direito privado. Mais do que um fenômeno essencialmente legislativo, vinculado à técnica de cláusulas gerais adotada pelas novas codificações privatistas, parece-nos que a grande mudança de postura dos juristas radica-se no campo da nova hermenêutica constitucional. Para Facchini Neto (2003, p. 37-39, grifos do autor), outrossim, a constitucionalização do direito privado pode ser encarada, em sentido mais moderno, sob dois enfoques:

No primeiro deles, trata-se da descrição do fato de que vários institutos que tipicamente eram tratados apenas nos códigos privados (família, propriedade, etc.) passaram a serem (sic) disciplinados também nas constituições contemporâneas, além de outros institutos que costumavam ser confinados a diplomas penais ou processuais. É o fenômeno de *relevância constitucional das relações privadas*. [...]

Numa segunda acepção, que costuma ser indicada com a expressão *constitucionalização do direito civil*, o fenômeno vem sendo objeto de pesquisa e discussão apenas em tempos mais recentes, estando ligado às aquisições culturais da hermenêutica contemporânea, tais como a força normativa dos princípios, à distinção entre princípios e regras, à interpretação conforme à Constituição, etc.

Esse segundo aspecto é mais amplo do que o primeiro, pois implica analisar as consequências, no âmbito do direito privado, de determinados princípios constitucionais, especialmente na área dos direitos fundamentais, individuais e sociais.

Num contexto de pós-positivismo, como o que se costuma vincular à contemporaneidade, o papel central na modificação do direito substancial não incumbe ao Poder Legislativo, como na era positivista, mas sim ao Poder Judiciário. Essa idiossincrasia dos aplicadores do direito é bem identificada por Lôbo (1999, p. 100):

Antes havia a disjunção; hoje, a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre).

Conforme a dicção de Tepedino (1999, p. 7),

O Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição do direito privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao código civil e a império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família

lia, matérias típicas de direito privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional. Por outro lado, o próprio direito civil, através da legislação extracodificada, desloca sua preocupação central, que já não se volta tanto para o indivíduo, senão para as atividades por ele desenvolvidas e os riscos delas decorrentes.

Além da ocupação do vértice do sistema pelas regras constitucionais, de maneira a dar harmonia e concordância prática ao todo, outros sintomas definem a ruptura de paradigma supra-aludida. O direito privado descentraliza-se, abandonando o Código Civil a sua posição central, antes conformada “como o sol dentre os demais astros da Via Láctea”, e é a Constituição que passa a irradiar sua luz sobre as normas jusprivatistas. Estas começam a migrar da legislação codificada para a legislação extravagante, cujas leis especiais, por sua vez, dispõem de plena autonomia de princípios e de um arcabouço autossuficiente de regras cíveis, penais e administrativas, tanto materiais como processuais:

Diante de tais circunstâncias, que se reproduzem em diversos países europeus, o Professor Natalino Irti, da Universidade de Roma, anunciou a chamada “era da descodificação”, com a substituição do monossistema, representado pelo Código Civil, pelo polissistema, formado pelos estatutos, verdadeiros microsistemas do direito privado (TEPEDINO, 1999, p. 11).

A própria LDA, aliás, é um grande exemplo dessa tendência, agravada após a edição da Constituição de 1988, enquanto ainda vigia o Código Civil de 1916. Inicialmente através da Lei n.º 5.988/73, e em seguida pela Lei n.º 9.610/98, o direito autoral emigrou do bojo do vetusto Código Beviláqua, onde era tratado no livro dos direitos reais, na condição de propriedade literária, artística e científica, e ganhou autonomia legislativa e científica.

Contudo, o legislador nacional envereda no caminho contra-histórico da recodificação – oposto, diga-se mais uma vez, à lógica sistêmica descentralizadora que então prevalecia –, consumado com a final promulgação do Projeto de Código Civil capitaneado por Miguel Reale, mediante a publicação da Lei n.º 10.406, em 10 de janeiro de 2002.

Sem embargo, a noção de codificação é completamente alterada, em relação à concepção que grassava desde o florescimento do liberalismo burguês através do *Code Civil des français*, de 1804. Assim é que o Código Civil brasileiro, de 2002, abandona os dogmas da exclusividade e da completude, convivendo pacificamente com os estatutos especiais vigentes, tendo como fiel da balança a Constituição. Nesse sentido, o direito civil codificado, para poder sobre-

viver num tal panorama de fragmentariedade do direito privado, adota, por conseguinte, a técnica de cláusulas gerais, que alavanca um processo de despatrimonialização e repersonalização do direito privado.<sup>3</sup>

Tendo como primazia a dignidade humana, e embebido nos novos princípios regentes do direito privado, a saber, a eticidade<sup>4</sup>, a socialidade<sup>5</sup> e a operabilidade<sup>6</sup>, é que se almeja reconstruir o direito civil dos dias atuais e, conseqüentemente, suas especializações, tais como o direito autoral. Constituindo matéria recentíssima na seara civilista, ainda muito pouco estudada no Brasil, como se depreende da circunstanciada análise dos fluxo-

<sup>3</sup> “Da constitucionalização do direito civil decorre a migração, para o âmbito privado, de valores constitucionais, dentre os quais, como verdadeiro *primus inter paris*, o princípio da dignidade da pessoa humana. Disso deriva, necessariamente, a chamada *repersonalização* do direito civil, ou visto de outro modo, a *despatrimonialização* do direito civil. Ou seja, recoloca-se no centro do direito civil o ser humano e suas emanções. O patrimônio deixa de estar no centro das preocupações privatistas (recorde-se que o modelo dos códigos civis modernos, o *Code Napoleon*, dedica mais de 80% de seus artigos à disciplina jurídica da propriedade e suas relações, sendo substituído pela consideração com a pessoa humana). Daí a valorização, por exemplo, dos direitos de personalidade, que o novo Código civil brasileiro emblematicamente regulamenta já nos seus primeiros artigos, como a simbolizar uma chave de leitura para todo o restante do estatuto civil” (FACCHINI NETO, 2006, p. 34-35, grifos do autor).

<sup>4</sup> “[...] se o Código Civil de 1916 já trazia consigo disposições que protegiam aquele que agia com boa-fé, numa alusão de caráter individual – interna à sua relação jurídica pontual – com a lanterna de guia da Carta Magna, princípio da eticidade iluminou o legislador do Código Civil de 2002, fazendo com que novas regras fossem embutidas para a proteção e realização de uma sociedade mais justa e equilibrada, haja vista que somente através da vigência de preceitos éticos do sistema será possível fazer valer o desejo de proteger concretamente a dignidade humana, em toda sua extensão. A nova forma de interpretação do Código Civil, impulsionado pela Constituição Federal de 1988, aponta para a interpretação de que a valorização do indivíduo não ficará apenas na garantia de tratamento humanitário e respeito à sua integridade física, pois o princípio da dignidade humana vai mais além e prima pela vivência com valores ético-jurídicos” (MAZZEI, 2005, p. CXIV).

<sup>5</sup> “Em curtas linhas, com o princípio da socialidade afasta-se a concepção de que o Direito Privado tem os olhos voltados apenas para o cilindro fechado das relações entre os particulares, pois esses vínculos têm também uma conotação que interessa à sociedade, razão pela qual se permite a intervenção estatal em hipóteses determinadas em lei” (MAZZEI, 2005, p. CXVI).

<sup>6</sup> “Com o princípio da operabilidade, buscou o legislador civil que as matérias dispostas no Código Civil fossem de fácil aplicação, não causando embaraço na sua execução. Para tanto, o Código Civil de 2002 se utilizou de duas estratégias diferentes: (1) a abertura de acessos para facilitar a interpretação do Código Civil; e (2) afastar controvérsias que pudessem surgir de institutos privados constantes na codificação” (MAZZEI, 2005, p. CXXIII).

gramas dos cursos universitários de Direito, nos quais raramente o direito autoral é ensinado como disciplina autônoma, sequer na condição de cadeira eletiva, os direitos de autor precisam ser repensados com base no *ethos* constitucional e nos novos princípios gerais de direito privado preconizados pelo Código de 2002: boa-fé objetiva, vedação do abuso de direito, função social e equilíbrio econômico.

É preciso, neste passo, dissociar o processo de *publicização* do de *constitucionalização do direito privado*, nomenclatura que parte da doutrina confunde. A publicização corresponde ao dirigismo estatal dos negócios privados, reduzindo o espaço da autonomia jurídica através da intervenção do Poder Público em nível infraconstitucional, normalmente para a tutela dos hipossuficientes, ao passo que a constitucionalização segue o caminho oposto, remetendo o direito infraconstitucional aos fundamentos de validade estabelecidos na Constituição; “enquanto o primeiro fenômeno é de discutível pertinência, o segundo é imprescindível para a compreensão do moderno direito civil” (LÔBO, 1999, p. 101-102).

Incontestável, portanto, o despontar da disciplina do Direito Autoral-Constitucional, que deve passar a ser sistematicamente estudada para a redefinição do copyright na sociedade da informação. De acordo com a doutrina especializada, assim como sucede com a debatida tendência de constitucionalização do direito civil, o direito autoral também necessita abrir suas comportas à tutela da dignidade humana, para efetivação dos direitos morais do autor (MORAES, 2006b, p. 80). Todavia, mais ainda do que isso, também os direitos patrimoniais do autor, com o referido fenômeno, passam a cingir-se à garantia dos direitos fundamentais em jogo, como se demonstrará a seguir.

## **2.1 Programa autoralista da Constituição Econômica: do direito fundamental à propriedade intelectual**

A Constituição Federal de 1988 conferiu ao direito de propriedade intelectual, previsto no art. 5º, incisos XXVII e XXVIII, o *status* de direito fundamental:

O art. 5º, XXVII, que assegura o direito autoral, contém duas normas bem distintas. A primeira e principal confere aos autores o direito exclusivo de utilizar, publicar e reproduzir suas obras, sem especificar, como faziam as constituições anteriores, mas, compreendido em conexão com o disposto no inc. IX do mesmo artigo, conclui-se que são obras literárias, artísticas,

*científicas e de comunicação. Enfim, aí se asseguram os direitos do autor de obra intelectual e cultural, reconhecendo-lhe, vitaliciamente, o chamado direito de propriedade intelectual, que compreende direitos morais e patrimoniais. A segunda norma declara que esse direito é transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar (SILVA, 2004, p. 274-275, grifos do autor).*

A Constituição, na referida norma, assegurou, expressamente, aos autores os direitos patrimoniais decorrentes da exploração econômica de suas obras, deixando implícita, contudo, a garantia dos direitos extrapatrimoniais do autor. Sabe-se que o direito autoral possui dupla dimensão: a) *personalíssima*, que abrange os direitos morais ou pessoais de autor, correspondentes aos direitos autorais de personalidade (reivindicação, paternidade, inédito, integridade, modificação, retirada, acesso a exemplar único e raro da obra), atualmente previstos no art. 24 da LDA, considerados pelo art. 27 “inalienáveis e irrenunciáveis”; e b) *patrimonial*, que abrange o direito de propriedade autoral propriamente dito, o qual garante a exclusividade de utilização, fruição, disposição e reivindicação da obra, prevista no art. 28 da LDA, e os demais direitos de exploração econômica da obra (reprodução, edição, adaptação, tradução, inclusão, distribuição, representação, entre outros), previstos no art. 29 da LDA.

Desse modo, o direito autoral, subespécie dos direitos intelectuais, em que também se inclui o direito de propriedade industrial – “primo rico” do direito autoral, como se tem asseverado jocosamente –, expressa-se tanto como direito patrimonial quanto como direito pessoal. De acordo com a ilustre opinião de Ascensão (1997, p. 129), a terminologia “direito pessoal” é mais precisa do que o termo de origem francesa, “direito moral”<sup>7</sup>, o qual tem feição ética estranha aos direitos de autor. Em contraste com a doutrina autoralista mais atualizada, que inclui os direitos sub-

<sup>7</sup> Avalizando, porém, a terminologia adotada pelo legislador, encontra-se a doutrina de Cavalieri Filho (1998, p. 44, grifos do autor): “Quanto ao primeiro – direito moral do autor – o nome foi usado pela primeira vez por André Morillot em 1872, para indicar as prerrogativas que tem a personalidade do autor sobre sua criação intelectual [...]. Alguns autores preferem chamá-lo, com razão, de *direito imaterial do autor, ou direito pessoal*, em face do sentido restrito que o termo moral tem em nosso direito. A terminologia – Direito oral do Autor –, todavia, está consagrada universalmente, de modo a desestimular qualquer tentativa de mudança. Basta que tenhamos em mente que o termo moral não é aqui utilizado no tradicional sentido do *dano moral*, vinculado a sentimento de tristeza, dor, vexame, sofrimento e humilhação. Não, quando a lei fala em direito moral do ator está se referindo àquele direito que decorre da manifestação da sua personalidade, emanção do seu espírito criativo, sem levar em conta qualquer conteúdo econômico”.

jetivos de autor no rol dos direitos de personalidade<sup>8</sup>, o mesmo autor sustenta que

[...] os direitos pessoais não são direitos de personalidade. Embora mantenham uma ligação, ao menos genética, aos direitos de personalidade, afastam-se estes no seu âmbito de tutela e no seu regime. Por isso, são admitidos negócios sobre direitos pessoais que não seriam admitidos sobre os direitos de personalidade (ASCEN-SÃO, 1997, p. 130).

Para os fins do presente estudo, porém, não serão abordados os direitos pessoais de autor, e tanto o direito de propriedade intelectual *stricto sensu* (art. 28 da LDA) quanto os demais direitos patrimoniais do autor (art. 29 da LDA) serão denominados genericamente de *direito de propriedade autoral*. E embora não se olvide a importância dos direitos morais – os quais, para Moraes (2006b, p.84), defensor da “repersonalização do direito autoral”, assumem dimensão central na tutela dos direitos intelectuais –, aqui nos ateremos, principalmente, ao direito de propriedade autoral, com o objetivo de desvendar o tratamento dos direitos autorais prescritos pela Constituição Econômica, em sua acepção formal.<sup>9</sup>

O programa econômico conferido pelo constituinte ao direito de propriedade atesta a premente necessidade de funcionalização dos direitos autorais, consoante defendido por Lôbo (1999, p. 107):

A concepção de propriedade, que se desprende da constituição, é mais ampla que o tradicional domínio sobre coisas corpóreas, principalmente imóveis, que os códigos civis ainda alimentam. Coenvolve a própria atividade econômica, abrangendo o controle empresarial, o domínio

<sup>8</sup> Vide, por todos: GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *Novo curso de direito civil: parte geral* (abrangendo o Código de 1916 e o novo Código Civil). 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p.178. V. I; BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção Prof. Agostinho Alvim; coord. Renan Lotufo), p.130-132; e MORAES, Rodrigo. *Os direitos morais do autor: repersonalizando o direito autoral*. 2006(b). 340 f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado e Econômico) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 68.

<sup>9</sup> Scaff (2003, p. 261, grifos do autor) distingue três conceitos de ordem econômica: “(1) o de *ordem econômica*, que diz respeito às normas inscritas na Constituição de um país sob esta rubrica; (2) o de *constituição econômica formal*, que alcança o de ordem econômica e o amplia, alcançando todas as normas que dizem respeito à matéria econômica em uma Constituição; e o de (3) *constituição econômica material*, onde o vocábulo “constituição” não corresponde ao de norma fundamental de um país, pois extrapola seus limites alcançando todas as normas que organizam a economia”.

sobre ativos mobiliários, a propriedade de marcas, patentes, franquias, biotecnologias e outras propriedades intelectuais. Os direitos autorais de *software* transformaram seus titulares em megamilionários. As riquezas são transferidas em rápidas transações de bolsas de valores, transitando de país a país, em investimentos voláteis. Todas essas dimensões de propriedade estão sujeitas ao mandamento constitucional da função social.

Ao tratar do regime constitucional dos direitos autorais, Bittar (1999, p. 37) também nota a ênfase atribuída pelo Constituinte de 1988 ao aspecto patrimonial, em detrimento do aspecto pessoal, que para ele deveria ter sido positivado:

Inobstante esses pronunciamentos [menção aos autores que reconhecem a fonte constitucional dos direitos morais do autor] – e que têm prevalecido na prática, pois parte (sic) de insignes juristas –, *data venia*, consideramos insuficiente e injustificado o posicionamento atual da questão. A nosso ver, o direito moral deve ser previsto por expresse nas Constituições. Impõe-se, para nós, em nível constitucional, a consagração do direito moral de autor, para que se torne também uma das liberdades públicas, tendo sido perdida a oportunidade na Carta de 1988 (BITTAR, 1999, p. 44).

*Excelsa maxima venia*, o argumento do autor, quanto à necessidade de previsão explícita dos direitos de personalidade do autor, para que tais interesses possam ser preservados pela ordem constitucional, é insustentável, à medida que o asseguramento desses bens jurídicos, por meio do inciso XVII do art. 5º da Constituição, é uma decorrência lógica do princípio da *dignidade da pessoa humana*.

Além dessa justificativa teórica, existe um argumento prático que demonstra a insubsistência da tese. A garantia constitucional de exploração econômica da obra restaria inócua se não fosse também tutelado o direito de menção (expressão do direito moral de *paternidade*), do qual decorrem, do ponto de vista processual, as condições da ação, relativas à *legitimidade ad causam* e ao *interesse de agir*, para ingresso de demanda para reparação dos danos morais e materiais eventualmente ocasionados pela violação aos direitos de autor.

Contudo, a opinião de Bittar procede, no que pertine à prevalência do aspecto patrimonial dos direitos autorais segundo a ótica da Carta Magna. Certamente ainda imerso no paradigma liberal-patrimonialístico do Código Civil de 1916 e da LDA derogada, de 1973, que ainda vigiam quando da promulgação da Carta Cidadã, o Constituinte de 1988 aderiu à concepção da

natureza jurídica do direito autoral como um direito real<sup>10</sup>, entendido, portanto, como um *direito de propriedade literária, artística ou científica*.

Tradicionalmente, estuda-se o direito de propriedade com base nos quatro poderes assistidos ao proprietário: *jus utendi, fruendi, abutendi* e *reivindicandi*. O Código Civil de 2002 repetiu a doutrina românica milenar, ao verberar, no art. 1228, que “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”.

A grande polêmica, destarte, consiste em saber *em que medida o não exercício dessas faculdades proprietárias implica violação à função social da propriedade*. Essa *questio vexata* revela-se ainda mais tortuosa no campo jusautoralista, onde se asseguram ao autor certos direitos personalíssimos, pelos quais lhe é dado o direito, por exemplo, de furtar-se à exploração econômica da obra, mantendo-a impublicada, ou, até mesmo, de retirá-la de circulação, quando a utilização afronta sua reputação ou imagem. Trata-se, respectivamente, dos direitos de *inédito* e de *arrependimento*, assegurados na LDA, art. 24, incisos III e VI.

Em face de tais direitos subjetivos, inalienáveis e irrenunciáveis (e, a despeito da omissão do art. 27 da LDA, imprescritíveis), per-

<sup>10</sup> Em consonância com o magistério de Ascensão (1997, p. 601-609), existem as seguintes correntes doutrinárias acerca da natureza jurídica do direito autoral: a) *teoria personalística*: classifica o direito autoral como um direito de personalidade. Subdivide-se na corrente monista, que só vislumbra o aspecto pessoal na relação jusautoralista, e a dualista, que acolhe tanto a dimensão pessoal quanto a dimensão patrimonial dos direitos de autor (esta última parece ser a teoria albergada pela LDA); b) *teoria patrimonialística*: reduz o direito autoral à realidade meramente patrimonial, considerando-o um direito real (esta parece ser a teoria adotada pela Constituição Federal). Ascensão critica tal corrente ao argumento de que a obra não é suscetível de apropriação exclusiva, razão pela qual não poderia induzir o direito de propriedade; c) *teoria da propriedade intelectual ou espiritual*: posição alemã, parte do pressuposto de que o direito autoral trata-se de direito real diferenciado, porquanto a coisa apropriada é a criação do intelecto humano, bem espiritual que não se submete às mesmas vicissitudes da propriedade material comum; d) *teoria do direito sui generis*: corrente que, à falta de melhor categorização jurídica para o direito autoral, considera-o um *tertium genus*, para alguns denominado “direito intelectual”. Apesar da crítica de Ascensão, de que essa teoria é contraproducente, por recorrer a um artifício terminológico sem fornecer a devida configuração do direito autoral, acredita-se que seja o pensamento mais adequado, devido à especificidade do objeto e dos princípios que regem o direito autoral, que reclamam sua autonomia jurídica. Importante notar que a classificação de Ascensão não esgota as teorias que, na atualidade, versam sobre a dinâmica natureza do direito autoral, reputando-o ora como direito real, ora como direito obrigacional, ora como direito do trabalho, ora como direito do consumidor, entre outras.

gunta-se: será que, eventualmente, o exercício desses direitos de personalidade não atentaria contra o princípio da função social, ao atingir o direito de terceiros ao acesso à informação e à cultura?

Diante de tudo quanto exposto, ficam claros os “gargalos principiológico-axiológicos” em que invariavelmente se desemboca, quando se consideram os direitos fundamentais do autor. A despeito da expressa previsão legal dos direitos morais de autor, devido ao corte metodológico aqui procedido, somente se avalia-  
rão os *direitos patrimoniais de autor*, conforme a natureza jurídica de propriedade intelectual conferida pelo Texto Maior. Não obstante essa opção teórico-legislativa consagre, apenas, uma das dimensões dos direitos de autor, é justamente nesse *locus* que dormitam as maiores controvérsias, seja por admitir o exercício da autonomia privada, seja por se imbricar na polêmica questão da função social.

### **2.1.1 Do princípio da função social aplicado à propriedade e aos contratos intelectuais**

Em sendo os direitos patrimoniais do autor enquadrados segundo a natureza jurídica de direito de propriedade pela Constituição, tal direito só se justificará à medida que for atendido o pressuposto de validade objetivado no art. 5º, inciso XXIII, do Texto Maior, que verbera que “A propriedade atenderá a sua função social”.

Além disso, a própria Constituição, ao elencar como princípios gerais da atividade econômica, no art. 170, incisos II e III, respectivamente a propriedade privada e a função social da propriedade, evidencia que a ordem econômica nacional, baseada no modo de produção capitalista, funda-se na livre iniciativa. Mas a propriedade privada não tem caráter absoluto e precisa ser funcionalizada, sob pena de não ser tutelada pela ordem constitucional.

Outrossim, o Código Civil de 2002, ao dispor explicitamente sobre a propriedade, no art. 1.228, § 1º, regulamentou o inciso XXIII do art. 5º da CF, traçando o perfil da funcionalização da propriedade. Embora este dispositivo seja mais invocado no âmbito da propriedade imobiliária, também se revela extensível à propriedade intelectual:

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histó-

rico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Comentando sobre o conteúdo da função social da propriedade, na acepção de direito real estabelecida pelo CC/02, Rizzardo (2004, p.178) aduz:

Os poderes assegurados ao proprietário cedem ante outros direitos mais preponderantes e vitais, forçosamente reconhecidos em razão do direito natural. Assim, se uma determinada quantidade de pessoas se estabeleceu em certa área, lá erguendo suas moradias, e não se lhe proporcionando qualquer outra oportunidade para fixar a residência, é de direito que se proclame a função social da propriedade, a merecer a tutela estatal, que encontra respaldo no próprio direito à vida, pois, repetindo o bispo Dom Helder Câmara, se existe uma lei de propriedade privada, existe o direito a uma casa própria. Foi com vistas a princípio desta ordem que se pretende vigore, com o Código Civil de 2002, o § 4º do art. 1.228, encerrando que “o proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicando consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, com conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante”.

Observe-se que, de acordo com Ferraz Junior (1998, p. 13), a função social, mais do que um fundamento de validade de institutos jurídicos, tais como a propriedade ou o contrato, é uma *necessidade zetética* a ser observada por toda a dogmática jurídica, que somente se tem voltado, ao longo dos tempos, para duas ordens de preocupação, a saber, os antecedentes históricos e a parte sistemática:

Neste sentido, uma problematização da Dogmática urge nos dias de hoje. Tal problematização, entretanto, não significa a substituição da Dogmática por uma problemática, mas uma proposição de novas bases para a reflexão sobre sua função e sobre seu próprio conceito” (FERRAZ JUNIOR, 1998, p. 12).

Já tivemos, aliás, oportunidade de preconizar, em outro trabalho, uma abordagem zetética da Dogmática autoralista, como solução para o estado de crise dos direitos autorais:

Hoje, o direito autoral, para não ser “letra morta”, pressupõe uma abertura axiológica para as demandas de uma sociedade *online* que, cada vez mais, se inter-relaciona intersubjetivamente em função dos processos da informática.

A fim de que as regras autoralistas sejam providas de alguma eficácia social, é mister que os problemas atuais desse campo da Ciência Jurídica sejam trazidos para o diálogo entre autores, financiadores e consumidores, para que, encarados zeteticamente, possam ser superados de modo democrático e conciliador (BARBUDA, 2009, p.203, grifo do autor).

A funcionalização da dogmática autoralista, portanto, pressupõe ampla revisão da propriedade intelectual e dos negócios jurídicos correlatos, à luz da função social que devem exercer. Segundo uma ótica tópico-problemática, torna-se possível, por conseguinte, a restrição aos direitos de autor, para além dos limites legais, segundo avaliação casuística, a ser implementada pelo julgador, levando em consideração os vetores hermenêuticos da razoabilidade e da proporcionalidade.

Parte da doutrina vê na função social meras restrições aos direitos patrimoniais do autor:

a função social do Direito Autoral guarda relação direta com as limitações impostas ao mecanismo autoral. Na realidade, as limitações têm o objetivo primordial de restringir o exercício do Direito Autoral à sua função ("social"), evitando criar uma vantagem excessiva para o autor em prejuízo da sociedade. Desse modo, função social e limitações, quando relacionadas ao Direito Autoral, estarão umbilicalmente ligadas ao equilíbrio entre interesse individual e coletivo (TEIXEIRA, 2008, p. 42).

No entanto, o setor mais avançado da doutrina autoralista tem afastado a noção de função social como mero limitador do exercício da propriedade, embutindo o referido princípio na própria estrutura do direito de propriedade autoral:

não raras vezes, o princípio da função social da propriedade tem sido mal definido pela doutrina brasileira, obscurecido pela confusão que dele se faz com os sistemas de limitação da propriedade. Porém, não se confundem. Limitações dizem respeito a exercício desse direito, ao proprietário, enquanto a função social interfere com a estrutura do direito mesmo, levando em consideração os interesses da coletividade em detrimento do direito individual (REIS, 2008, p. 155).

Hoje, a função social representa um componente estrutural da propriedade, revelando-se em seu aspecto interno (LOUREIRO, 2003, p. 110). Dessa forma, a propriedade não mais se ergue de maneira absoluta, como no paradigma liberal da autonomia da vontade,

mas, pelo contrário, amiúde se relativiza em face da ocorrência de outros direitos fundamentais, que também merecem a atenção da Constituição. Estes são denominados por Tepedino (1999, p. 286-287) de *contradireitos* e se definem como centros de interesses aos quais o direito de propriedade tem de se conformar. Assim é que a limitação intraestrutural da propriedade, relativa à função social, aparece, *exempli gratia*, no confronto com meio ambiente, defesa do consumidor, proteção da família e do idoso, saúde, segurança, lazer, relações de trabalho etc. (LOUREIRO, 2003, p. 113).

No que tange aos direitos autorais patrimoniais, além dessas restrições subjetivas e casuísticas, decorrentes da tutela constitucional dos direitos fundamentais de terceiros, individuais e coletivos, a própria LDA estabeleceu restrições objetivas e gerais, tais como as excludentes de configuração de obras e de violações às obras (arts. 8º, 46, 47 e 48) e a limitação temporal de exploração da obra até a caída em domínio público (arts. 41 a 44).

Já para outra corrente doutrinária, existiriam restrições *intrínsecas* e restrições *extrínsecas* ao direito de autor. Somente em relação às últimas é que haveria a incidência do princípio da função social, já que as primeiras decorreriam da própria estrutura legal, como explica Carboni (2006, p. 97):

Normalmente, confunde-se a regulamentação da função social do direito de autor com as limitações e exceções ditadas em lei. Entendemos, porém, que tais limitações e exceções não são suficientes para resolver os conflitos entre o direito individual do autor e o interesse público à livre utilização de obras intelectuais. Por essa razão, defendemos uma regulamentação mais abrangente da função social do direito de autor, de forma a abarcar não apenas as limitações previstas em lei, mas também outras limitações relativas à estrutura do direito de autor (aqui chamadas “restrições intrínsecas”), bem como as que dizem respeito ao seu exercício (aqui denominadas “restrições extrínsecas”). Como “restrições intrínsecas”, deverão ser consideradas as limitações estabelecidas em lei, bem como o próprio objeto e a duração do direito de autor. As “restrições extrínsecas” dizem respeito à aplicação ao direito de autor da função social da propriedade e dos contratos, da teoria do abuso de direito e das regras sobre desapropriação para reedição ou divulgação da obra intelectual. Todas essas restrições têm como intuito regular a função social do direito de ator.

No entanto, em sede de direitos autorais, afigura-se possível a conjugação de todas essas concepções doutrinárias, que não são incompatíveis entre si. Consoante tal proposição, a função social

desmembra-se em seus dois aspectos, o da *função* e o *social*. Pela ótica da *função*, a propriedade autoral funcionaliza-se de maneira intrínseca, posto que as limitações ao direito de autor são criadas pelo próprio legislador, como já analisado alhures, prendendo-se à consecução de interesses coletivos ou particulares de ordem superior. Por outro lado, ao focar o elemento *social*, a propriedade autoral absorve as demandas envidas pelos centros de interesses sociais, funcionalizando-se de maneira extrínseca. Nesse sentido, a função social operaria tanto *ope legis* (elemento interno), para estruturar a própria definição da propriedade intelectual, como *ope iudicis* (elemento externo), limitando-a pelo controle judicial.

As consequências práticas, advindas da filiação a uma ou outra corrente acerca da posição da função social no direito de propriedade, são bem delineadas por Loureiro (2003, p. 124):

Ressalte-se, aqui, que discussão sobre a natureza da função social – interna ou externa à relação jurídica – não é neutra e produz efeitos relevantes. Para aqueles que vêem a propriedade ainda como um direito subjetivo e a função social como uma limitação externa, aplica-se o princípio da legalidade. As restrições e limitações devem sempre ser impostas por lei. Ao invés, para aqueles que enxergam a propriedade como relação jurídica complexa, carregada de direitos e deveres, as chamadas restrições e especialmente a função social constituem o próprio conteúdo do instituto, podendo, pois, derivar da natureza das coisas ou de ato administrativo.

Grau (2004, p. 214) pontifica, por seu turno, que a função social da propriedade contida no art. 170, III da CF/88, em se tratando de diretriz ou princípio constitucional impositivo incidente sobre a ordem econômica, e, portanto, sobre a propriedade como bem de produção, difere da função social da propriedade contida no art. 5º, XXIII, que para ele não se justificaria, vez que aí se depara o direito individual de propriedade, cuja *função* não seria *soci-al*, mas eminentemente *individual*:

Não se resume, no entanto, a *função social* de que cogitamos, a incidir pronunciadamente sobre os bens de produção, afetando também a propriedade que excede o quanto caracterizável como propriedade tangida por *função individual*. Entenda-se como excedente desse padrão especialmente a propriedade detida para fins de especulação ou acumulada sem destinação ao uso a que se destina.

Posso assim, sopesando as ponderações que venho desenvolvendo, concluir que fundamentos distintos justificam a *propriedade dotada de função individual* e *propriedade dotada de função social*.

Encontra justificção, a primeira, na garantia, que se reclama, de que possa o indivíduo prover a sua subsistncia e de sua família; daí por que concorre para essa justificção a sua origem, acatada quando a ordem jurídica assegura o direito de herança.

Já a propriedade dotada de *função social* é justificada pelos seus *fins*, seus serviços, sua função (GRAU, 2004, p. 216, grifos do autor).

Inobstante a cultura jurídica do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, sua tese não é, de todo, isenta de críticas. O direito individual de propriedade, inclusive o do autor, carece de atendimento de sua função social para ser tutelado. A grande questão que se coloca, porém, é se essa funcionalização implica a observância somente de deveres negativos (*non facere*), ou se também de deveres positivos (*facere*).

Ainda de acordo com Grau, só o proprietário de *bens de produção* é que se sujeitaria a obrigações positivas, inerentes ao cumprimento da função social econômica:

O que mais releva enfatizar, entretanto, é o fato de que o princípio da *função social da propriedade* impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de *exercê-lo* em benefício de outrem. Isso significa que a *função social da propriedade* atua como fonte da imposição de comportamentos positivos – prestação de *fazer*, portanto, e não, meramente, de *não fazer* – ao detentor do poder que deflui da propriedade. Vinculação inteiramente distinta, pois, daquela que lhe é imposta mercê de concreção do *poder de polícia* (GRAU, 2004, p. 222, grifos do autor).

Contudo, parece-nos que, em se tratando de função social dos direitos de autor, a previsão de deveres positivos somente para os titulares de bens de produção, em detrimento dos titulares de bens individuais, vai de encontro à feição constitucional do princípio da função social e ao paradigma da socialidade que alimenta o atual direito privado. Além disso, os direitos patrimoniais do autor, para se poderem considerar funcionalizados, devem admitir eventual restrição do campo de sua autonomia privada em razão tanto de deveres de abstenção ou tolerância (obrigações negativas) quanto de deveres de ação (obrigações positivas).

Os efeitos das novas tecnologias no nosso cotidiano, no contexto da hodierna sociedade da informação, reclamam a funcionalização da propriedade autoral, o que é identificado por Studer e Oliveira (2006, p. 74-75, grifos dos autores):

Além da função social da propriedade imóvel ou móvel, a lei também defende a propriedade intelectual, po-

rém, em tempos de *Internet* aumentou-se a necessidade das pessoas à informação, e a prontidão em se fazer cópias, sem qualquer compromisso com o autor intelectual. O acesso à informação e ao uso desta informação, que num primeiro momento poderia ser vista apenas como cópia, em contraposição a proteção dos direitos autorais, faz parte da nossa estrutura evolutiva, ante o impacto que a *Internet* tem sobre as nossas vidas, como ser social e integrado. Portanto vislumbra-se também o aspecto da função social da propriedade intelectual na época da *Internet*.

Nesse tortuoso, polêmico e emergente campo do Direito Virtual, merece ser citada, pelo menos, a tese que avaliza a usucapião de direitos autorais no espaço da *Internet* – embora nela haja, ainda, algumas inconsistências técnico-jurídicas<sup>11</sup> –, que se configura como bom exemplo de aplicação da função social à propriedade intelectual.

De acordo com Brant (2007), por se tratarem os direitos autorais de bens móveis, nos termos do art. 3º da LDA, eles se sujeitariam à usucapião ordinária do art. 1260 (que pressupõe três anos de posse mais justo título e boa-fé) ou à usucapião extraordinária do art. 1261 do CC (que pressupõe cinco anos de posse, independentemente de justo título e boa-fé). O exemplo dado pelo referido autor é o dos domínios virtuais (endereços ou sítios eletrônicos, ou ainda, segundo a terminologia inglesa, *websites*), os quais, na medida em que constituem propriedade intelectual, passível de registro pelo INPI (Instituto Nacional da Propriedade Industrial), poderiam ser passíveis à incidência de prescrição aquisitiva (usucapião).

Essa construção jurídica, todavia, não é bem aceita em *terrae brasilis*, como relata Cavalieri Filho (2001, p. 50, grifos do autor):

tanto a doutrina como a jurisprudência não admitem a via possessória para a defesa do direito autoral. A pos-

<sup>11</sup> Não existe, no ordenamento jurídico-civil nacional, a figura da posse de direitos autorais, razão pela qual a aquisição da propriedade autoral não se poderia consumir através da usucapião, que tem como um dos requisitos a posse mansa e pacífica do bem. A convolar esse entendimento, destaca-se a Súmula 228 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que veda o manejo de interdito proibitório para evitar a turbação do direito autoral, justamente porque o interdito é ação possessória e, no campo autoralista, só se tutela o direito de propriedade. Nada obstante, a construção jurídica de Cássio Brant, acerca da “usucapião virtual”, ainda assim, foi referenciada, somente para prestigiar a ideia original, nela embutida, de que o “desuso” da propriedade autoral poderia implicar a perda da propriedade, o que condiz perfeitamente, *prima oculi*, com o princípio da função social da propriedade.

se pressupõe a existência de coisa corpórea, o que não se coaduna com direitos de natureza incorpórea. “*Constituindo os direitos autorais propriedade intelectual, não podem ser objeto de proteção por meio de interdito proibitório, dada a impossibilidade do exercício da posse sobre coisas incorpóreas, podendo o autor da obra indevidamente reproduzida valer-se das medidas autorizadas na lei autoral*”. (RJTAMG 56/7, p. 267, rel. Juiz Geraldo Augusto).

Nada obstante, é de se notar que a função social não é princípio que se adstringe, apenas, ao *direito de propriedade* autoral. Também os *negócios jurídicos* que têm por objeto direitos patrimoniais de autor não de observá-lo. Com efeito, os contratos, na nova ordem civil-autoralista, carecem de funcionalização.

Talvez exista, nesses termos, uma interessante interface entre o assunto em baila e a teoria dos planos do negócio jurídico, eivada por Pontes de Miranda. Entendida como elemento intrínseco do contrato, a função social constituiria seu *fundamento de existência*, de maneira que a inobservância daquele princípio acarretaria a inexistência do vínculo obrigacional. Já como elemento extrínseco, a função social configura-se como *fundamento de validade*, sendo passível de invalidação o negócio jurídico que a ela não se conforme. Finalmente, para aqueles que veem na função social simples restrição ou limitação, alheia ao objeto do contrato, o descumprimento do princípio só acarretaria a *ineficácia* do negócio.

A funcionalização do direito autoral contratual restringe a incidência da autonomia privada nos negócios jurídicos envolvendo direitos autorais. Em se tratando o ordenamento jusautoralista de mecanismo regulador das obras da ciência, da arte e da literatura, os negócios jurídicos envolvendo direitos de autor sempre acarretarão efeitos extrassubjetivos. O princípio da relatividade contratual, no campo autoralista, encontra-se completamente mitigado. Assim, os contratos intelectuais não podem fechar os olhos para as múltiplas influências nas relações jurídicas de terceiros, sob pena de não cumprirem a função social dos contratos.

Na mesma esteira, o entendimento de Negreiros (2006, p. 208):

Partimos da premissa de que a função social do contrato, quando concebida como um princípio, antes de qualquer outro sentido e alcance que se lhe possa atribuir, significa muito simplesmente que o contrato não deve ser concebido como uma relação jurídica que só interessa às partes contratantes, impermeável às condicionantes sociais que o cercam e que são por ele próprio afetadas.

E, em seguida, a mesma autora complementa:

À semelhança do que ocorre com a propriedade – cuja estrutura mesma é alterada pela função social, atuando esta como parâmetro de validação do exercício do direito do titular do domínio – também o contrato, uma vez funcionalizado, se transforma em um ‘instrumento de realização do projeto constitucional’. Neste sentido, o contrato não mais se compadece com uma leitura individualista, de acordo com a qual haveria somente limites externos, isto é, confins para além dos quais seria concedida aos contratantes uma espécie de salvo-conduto para exercerem a liberdade contratual à maneira oitocentista, isto é, de forma absoluta. Deve, pois, ser reforçada a ideia de que a funcionalização, acima de tudo, é inerente à situação jurídica, conformando-a em seus aspectos nucleares, qualificando-a em sua natureza e disciplina, donde ser equivocada a conceituação da função social como algo que seja contraposto ao direito subjetivo e que o delimite apenas externamente (NEGREIROS, 2006, p. 210-211).

Os contratos envolvendo direitos intelectuais comportam enorme potencial de funcionalização. No âmbito do direito marcário e patentário, por exemplo, toda sorte de criações do intelecto humano com aplicação industrial podem, em determinadas situações, cominadas legalmente, ser licenciadas compulsoriamente, como decorrência direta da função social da propriedade, para evitar o abuso de direito ou de poder econômico na exploração da patente (PORTELLA, 2006, p. 187-188). Com efeito, o art. 2º da Lei n.º 9.279/96 determina que a propriedade industrial deve pautar-se pelo interesse social e pelo desenvolvimento tecnológico e econômico brasileiro.

A função social do direito de propriedade das invenções industriais é mais nítida ainda quando se cogita sobre patente de medicamentos, hipótese em que o direito intelectual pode ser afastado para tutelar o direito à saúde (“quebra de patente”):

Destarte, mesmo sendo resguardado o direito de propriedade, tal amparo não é atribuído de modo absoluto. Veda-se a má utilização, a não utilização e, ainda, o uso com *finalidade meramente emulativa*, fatos que evidenciam o abuso de direito e, consequentemente, afrontam o princípio da função social. Cabe ao estado, nestas hipóteses, valer-se de meios que conduzam a um emprego produtivo dos bens, tais como a desapropriação e, [...] (no que diz respeito à propriedade de inventos relacionados a medicamentos), o licenciamento compulsório (BOCHEHIN, 2008, p. 221-222).

Digno de menção, no que concerne à limitação da autonomia privada em sede de direitos autorais, é o caso Lüth, que tornou

célebre a jurisdição constitucional alemã no pós-guerra. Veit Harlan, cineasta alemão que havia participado ativamente da propaganda nazista alemã, lançou um novo filme, *Amada imortal* (1951), que não possuía nenhum traço antisemita. Um jornalista judeu, Eric Lüth, tendo em vista o histórico de Harlan, conclamou os cidadãos alemães a boicotar o filme. Harlan processou Lüth postulando indenização pelos prejuízos ocasionados pela correspondência e ganhou em todas as instâncias ordinárias, mas o Tribunal Constitucional Alemão reformou os acórdãos e, pela vez primeira, desenvolveu as teses da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, de sua eficácia horizontal e da necessidade de ponderação, em caso de colisão de direitos (ALEXY, 2008, p. 298-301).

O caso Lüth é paradigmático no estudo da função social da propriedade autoral, uma vez que o boicote ao filme de Harlan foi ratificado pela jurisprudência alemã, que, ao ponderar os interesses em jogo, reconheceu a superioridade do direito de expressão de Lüth em relação ao direito de exploração econômica da precitada obra cinematográfica.

Ante tudo quanto exposto, conclui-se que o direito à propriedade intelectual é um direito fundamental albergado pela Constituição brasileira, o qual, entretanto, não é absoluto, relativizando-se ao princípio da função social, compreendido tanto como elemento intrínseco e extrínseco como gerador de obrigações positivas e negativas. Vez que a função social mostra-se como elemento estrutural tanto da relação contratual quanto da propriedade intelectual, não seria exagerado afirmar que a ordem jurídica não reconhece nem tutela, juridicamente, o direito de propriedade autoral, ou o correlato contrato, se não estiverem *funcionalizados*, é dizer, comprometidos com a função social exercida, *inter e ultra partes*.

## 2.2 Programa autoralista da Constituição Social: do direito fundamental à cultura

Sarlet (2004) procede à sistematização dos direitos fundamentais em quatro dimensões, excursão da Teoria da Constituição que, pela sua precisão e abrangência, merece, com a devida vênia, integral transcrição aqui:

Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês), do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direi-

tos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. Assumem particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. Ao, posteriormente, complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, etc.) e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia. Também o direito de igualdade, entendido como igualdade formal (perante a lei) e algumas garantias processuais (devido processo legal, *habeas corpus*, direito de petição) se enquadram nesta categoria. Em suma, como relembra P. Bonavides, cuida-se dos assim chamados direitos civis e políticos, que, em sua maioria, correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental, mas que continuam a integrar os catálogos das Constituições no limiar do terceiro milênio, ainda que se lhes tenha sido atribuído, por vezes, o conteúdo e significado diferenciados.

[...] na esfera dos direitos de segunda dimensão, há que atentar para a circunstância de que estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas “liberdades sociais”, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, apenas para citar alguns dos mais representativos. A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, bem mais do que os direitos de cunho prestacional, de acordo com o que ainda propugna parte da doutrina, inobstante o cunho “positivo” possa ser considerado como o marco distintivo desta nova fase na evolução dos direitos fundamentais. Saliente-se, contudo, que, a exemplo dos direitos da primeira dimensão, também os direitos sociais (tomados no sentido amplo ora referido) se reportam à pessoa individual, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos e/ou difusos da terceira dimensão. A utilização da expressão “social” encontra justificativa, entre outros aspectos que não nos cabe aprofundar neste momento, na circunstância de que os direitos da segunda dimen-

são podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem à (sic) reivindicações das classes menos favorecidos, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico.

[...] Os direitos fundamentais da terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação) e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. Para outros [Bonavides], os direitos da terceira dimensão têm por destinatário precípua o "gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação em termos de existencialidade concreta. Dentre os direitos fundamentais da terceira dimensão consensualmente mais citados, cumpre referir os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação. Cuida-se, na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes conseqüências, acarretando profundos reflexos da esfera dos direitos fundamentais.

[...] Ainda no que tange à problemática das diversas dimensões dos direitos fundamentais, é de se referir a tendência de reconhecer a existência de uma quarta dimensão, que, no entanto, ainda aguarda sua consagração da esfera do direito internacional e das ordens constitucionais internas. Assim, impõe-se examinar, num primeiro momento, o questionamento da efetiva possibilidade de se sustentar a existência de uma nova dimensão dos direitos fundamentais, ao menos nos dias atuais, de modo especial diante das incertezas que o futuro nos reserva. Além do mais, não nos parece impertinente a ideia de que, na sua essência, todas as demandas na esfera dos tradicionais e perenes valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade), tendo, na sua base, o princípio maior da dignidade da pessoa.

Contudo, há que referir, no âmbito do direito pátrio, a posição do notável Prof. Paulo Bonavides, que, com a sua peculiar originalidade, se posiciona favoravelmente ao reconhecimento da existência de uma quarta dimensão, sustentando que esta é o resultado da globalização

dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional, que corresponde, na sua opinião, à derradeira fase de institucionalização do Estado Social. Para o ilustre constitucionalista cearense, esta quarta dimensão é composta pelos direitos à democracia (no caso, a democracia direta) e à informação, assim como pelo direito ao pluralismo (SARLET, 2004, p. 54-59).

A cultura é, portanto, um direito fundamental de segunda geração ou, de acordo com a terminologia mais aceita na doutrina constitucionalista atualizada, de segunda dimensão, revelando-se, logo, sob a forma de um direito prestacional. Costuma-se vincular cada dimensão dos direitos fundamentais a um dos lemas da Revolução Francesa, sendo que, se o direito de propriedade intelectual, na qualidade de direito de primeira dimensão, atrela-se à bandeira da “liberdade”, a cultura, como direito de segunda dimensão, concatena-se à bandeira revolucionária da “igualdade”.

Cumpra, ainda, desmistificar a ideia de que o catálogo dos direitos fundamentais restringir-se-ia àqueles positivados nos arts. 5º a 17 da CF/88 (quais sejam, os direitos individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade, os direitos políticos e os direitos dos partidos políticos). Destarte, existem direitos fundamentais dispersos ao longo da Constituição, como, *exempli gratia*, as limitações constitucionais ao poder de tributar, prescritas nos art. 150 a 152 (direitos fundamentais do contribuinte), os princípios da ordem econômica, estipulados no art. 170 (direitos fundamentais da ordem concorrencial) e o direito à seguridade social, inscrito no art. 194 e seguintes da CF (direitos fundamentais à previdência, à saúde e à previdência social), entre outros. E, além dos espalhados no Texto Constitucional, também existem direitos fundamentais implícitos e decorrentes do regime e da principiologia constitucional, bem como aqueles oriundos da ratificação de tratados internacionais, nos termos do § 2º do art. 5º do Estatuto Fundamental da República.

Superada essa questão acerca da topografia dos direitos fundamentais na Carta Cidadã, cumpre referir que o § 3º do art. 215, incisos II e IV, acrescentado pela Emenda Constitucional n.º 48/2005, estabeleceu o “Plano Nacional da Cultura”, com o intuito de realizar a “produção, promoção e difusão de bens culturais” e a “democratização do acesso aos bens de cultura”. No art. 218, ao dispor sobre a Ciência e a Tecnologia, o Diploma Maior prescreveu que “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas”.

Todavia, mais do que a mera oportunização do acesso à cultura, consubstanciada, no plano do direito autoral, na disponi-

bilização de consulta às obras artísticas, científicas e literárias, o Plano Nacional da Cultura representa uma feliz inovação no catálogo dos direitos fundamentais, com a criação do princípio denominado por Lenza (2009, p. 825) de “cidadania cultural”. Segundo esse princípio, o Estado deve promover o desenvolvimento cultural do país, imprescindível à consolidação da própria cidadania dos brasileiros.

Interessante colacionar o arrazoado aduzido por parlamentar, acerca da necessidade de postura positiva do governo nos assuntos da cultura, durante a tramitação do Projeto de Emenda que se converteu na EC 48/2005, uma vez que deixa clara a importância da proteção do direito fundamental à cultura para um salto qualitativo no progresso brasileiro:

Ao comentar sobre a necessidade de um *plano nacional de cultura*, o Senador Marcelo Crivella sinalizou que se tratava “... de uma iniciativa do Governo Federal da maior relevância. Estamos sendo aculturados por potências estrangeiras, hegemônicas, porque não temos ainda, neste País, um plano nacional que valorize a nossa cultura, que destine recursos suficientes e que organize desde os nossos *sítes* antropológicos, onde estão (sic) a história dos nossos ancestrais, até mesmo uma organização consistente, um arcabouço completo da nossa cultura, das nossas festas, da nossa música, da nossa poesia, dos nossos quadros, principalmente da nossa história, para que os brasileiros não cometam os erros do passado. O Plano Nacional de Cultura é fundamental tanto no seu conselho gestor como no seu fundo. É um momento importante em que o Congresso Nacional e o Senado Federal dão uma manifestação concisa, definitiva para que fique valorizada e preservada para as futuras gerações a cultura do nosso povo...” (DSF, 02.06.2005, p. 17142) (LENZA, 2009, p. 826).

Um grande risco, porém, desses discursos positivadores de direitos, mas desprovidos de eficácia social e dotação orçamentária, é incorrer na chamada *desjuridificação dos direitos fundamentais*, própria dos contextos de constitucionalização simbólica, como o de países periféricos como o Brasil. A desjuridificação nada mais é que a perda de espaço na realidade constitucional (produção de efeitos jurídicos), apesar de crescente ganho de espaço no Texto Constitucional (produção de mais normas jurídicas) (NEVES, 2007, p. 168). Em tal contexto de simbolismo constitucional, as normas positivadas convertem-se em *legislação-álibi*, lograda quando “o legislador, muitas vezes, sob pressão direta do público, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respec-

tivas normas” (NEVES, 2007, p. 36), ou se convertem, ainda, em *fórmula de compromissos dilatatórios*, hipótese em que “o acordo não se funda no conteúdo do diploma normativo, mas sim na transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado” (NEVES, 2007, p. 41).

Os bens culturais não podem ser, destarte, encarados como direitos meramente programáticos, ou compreendidos como legislação-álibi, de cunho dilatatório dos compromissos sociais. Nesse sentido, os autores e os empresários da indústria cultural têm de assumir as responsabilidades constitucionais derivadas do fato de se colocarem como veículos difusores da cultura. E essa consciência acerca dos direitos fundamentais alheios, muito mais do que retórica subjacente ao contexto de constitucionalização simbólica, é pressuposto para que a propriedade autoral seja também reciprocamente protegida como direito fundamental:

A dignidade humana pressupõe a satisfação das necessidades inerentes ao ser humano, a fim de garantir o pleno desenvolvimento de sua personalidade, de realizar-se como ser inserido na sociedade. Tais necessidades são deveres do Estado, constituindo-se assim, os Direitos e Garantias Fundamentais dos cidadãos, como por exemplo o direito à educação, considerada como um direito de todos e um dever do Estado. No entanto, a justiça social impõe que cada pessoa só é sujeito de direito se reconhecer o outro também como sujeito de direitos. No âmbito do direito autoral, significa que o autor, para ter seu devido reconhecimento, deve ao mesmo tempo reconhecer o direito dos leitores de ter acesso às suas obras, caso contrário tais obras seriam inéditas, o que impossibilitaria seu prestígio social (FRACALOSSO, [s.d.], p. 22).

Sob essa ótica, a cultura, a informação e a educação devem ser encaradas como *contradireitos* a serem observados, necessariamente, pelos titulares de direitos autorais, até mesmo como decorrência do caráter intrínseco-estrutural que a função social possui na propriedade de autor. Isso é um consectário lógico do próprio sistema privatista, que se tem alicerçado, desde a Constituição de 1988 e principalmente após o Novo Código Civil de 2002, sob a égide da eticidade, da solidariedade e da operabilidade.

As sete conclusões humanistas de Piovesan (2007), exaradas em estudo sobre as perspectivas da propriedade intelectual para o futuro, em face das atuais conquistas dos direitos humanos, não podem deixar de ser infracolacionadas, a despeito de extensas. Tais opiniões sintetizam o *leitmotiv* que guia o projeto de direito autoral-constitucional de que se faz apologia, na presente monografia,

ultrapassando-o até, à proporção que postula as bases dos *direitos humanos autorais*, na seara internacionalista:

1) os contornos conceituais do direito à propriedade intelectual devem considerar sua função social, transitando, assim, de um paradigma liberal individualista exclusivamente protetivo dos direitos do autor relativamente à sua produção artística, científica e literária para um paradigma coletivista que contemple as dimensões sociais do direito à propriedade intelectual, bem como do direito à propriedade industrial, que tem dentre seus objetivos principais o incentivo à inovação.

2) à luz deste novo paradigma, há que se buscar um adequado equilíbrio entre a proteção dos direitos do autor relativamente à sua produção artística, científica e literária e os direitos sociais à saúde, à educação e à alimentação assegurados pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e pelos demais tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. Ressalte-se que os Estados-partes assumem o dever jurídico de respeitar, proteger e implementar tais direitos, garantindo um “minimum core obligation” afeto aos direitos sociais, bem como o dever de promover a aplicação progressiva destes direitos, vedado retrocesso social. Daí a necessidade de compatibilizar os tratados de natureza comercial à luz dos parâmetros protetivos mínimos consagrados pelos tratados de direitos humanos, observando-se que, gradativamente, as dimensões e preocupações relacionadas à proteção dos direitos humanos têm sido incorporadas pelos tratados comerciais. Note-se, ainda, que, via de regra, o conflito não envolve os direitos do autor *versus* os direitos sociais de toda uma coletividade; mas, sim, o conflito entre os direitos de exploração comercial (por vezes abusiva) e os direitos sociais da coletividade.

3) os regimes jurídicos de proteção ao direito à propriedade intelectual devem ser avaliados no que concerne ao impacto que produzem no campo dos direitos humanos, anteriormente à sua implementação e após determinado período temporal;

4) medidas protetivas especiais devem ser adotadas em prol da proteção da produção científica, artística e literária de povos indígenas e de minorias étnicas, religiosas e linguísticas, considerando as peculiaridades (sic), singularidades e vulnerabilidades destes grupos, bem como a proteção de seus direitos coletivos, assegurado o seu direito à informação e à participação nos processos decisórios afetos ao regime de proteção da propriedade intelectual;

5) a cooperação internacional e uma nova relação entre os hemisférios Norte/Sul, Sul/Sul e Sul/organismos internacionais são essenciais para avanços no campo

cultural e científico, com destaque ao acesso ao conhecimento e à efetiva transferência de tecnologia, sob a inspiração do direito ao desenvolvimento. Deve ser encorajada a remoção de barreiras ao sistema educacional e de pesquisa, considerando a possibilidade da ciência produzir avanços ao crescimento econômico, ao desenvolvimento humano sustentável e à redução da pobreza.

6) o direito ao acesso à informação surge como um direito humano fundamental em uma sociedade global em que o bem-estar e o desenvolvimento estão condicionados, cada vez mais, pela produção, distribuição e uso equitativo da informação, do conhecimento e da cultura. Destacam-se, nesta direção, importantes iniciativas de um “emerging countermovement”, cabendo menção, a título exemplificativo, à Wikipedia; ao Creative Commons; à FLOSS, dentre outras, que objetivam transformar o paradigma tradicional vigente acerca da propriedade intelectual, tornando-a mais acessível, democrática e plural, eliminando, assim, barreiras ao acesso à informação;

7) há desafio de redefinir do direito à propriedade intelectual à luz da concepção contemporânea dos direitos humanos, da indivisibilidade, interdependência e integralidade destes direitos, com especial destaque aos direitos econômicos, sociais e culturais e ao direito ao desenvolvimento, na construção de uma sociedade aberta, justa, livre e plural, pautada por uma democracia cultural emancipatória (PIOVESAN, 2007, p. 35-39).

Atente-se, no entanto, para que, seja por conta da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas (SARMENTO, 2008, p. 185-186), seja pela aceção solidarista e fraternal do direito civil moderno, se nega aqui, veementemente, tanto a preponderância *prima facie* do direito à cultura sobre a propriedade autoral (prevalência da Constituição Social), como o oposto, isto é, a sobrepujança da propriedade autoral sobre o direito à cultura (prevalência da Constituição Econômica). Ora, não mais se pode defender, no atual estágio da doutrina administrativista, a supremacia apriorística do interesse público sobre o interesse privado (SARMENTO, 2005, p. 23-25). Aliás, até mesmo a *summa divisio* romana, divisão metodológica da Ciência do Direito entre direito público e direito privado, que subsidia a noção de superioridade do público sobre o privado (publicização do direito), é hoje profundamente questionada (FACCHINI NETO, 2003, p. 15).

Nos países em desenvolvimento, onde a necessidade de difusão das obras intelectuais é ainda mais revestida de interesse público e o conflito público-privado mostra-se ainda mais exacerbado, delinea-se uma tendência perigosa de promover a cultura à

custa dos direitos patrimoniais dos autores, como adverte Bittar (1999, p. 170-171):

Assim é que, respeitadas as considerações em prol do desenvolvimento cultural – necessários nos países em causa – a verdade é que não se pode sustentar essa expansão *lastreada apenas no sacrifício e um setor da coletividade, o intelectual*, mas deve, ao revés, existir um planejamento adequado e que leve em conta todos os aspectos globais do problema.

Deve haver uma conciliação entre os interesses em causa, mas de sorte a que a carga não recaia somente sobre os criadores intelectuais, cumprindo engendrem-se fórmulas que repartam esses ônus pela coletividade em geral, e aproveitando-se, nessa tarefa, das diretrizes oferecidas pelas organizações internacionais, enquanto norteadoras de ação eficaz nessa área.

Cumpra-se seja efetuado planejamento adequado no campo cultural, desenvolvendo-se política própria, mediante a estimulação das artes, das letras e das ciências, consoante instrumental e técnicas disponíveis em cada país, e atendendo-se sempre, nesse mister, à tradição e às condições específicas de cada qual.

De fato, não é razoável que o ativismo judicial em matéria autoral, conquanto tenha a intenção de universalização do direito fundamental à cultura, acabe por espoliar os autores de seus direitos patrimoniais. Corre-se o risco de inverter a ordem constitucional, substituindo o Estado pelos particulares no dever de promoção dos bens culturais.

Do exposto, fica nítido o intuito do legislador constituinte brasileiro de incentivar o desenvolvimento e difusão da cultura, do conhecimento e da ciência no país, democratizando-lhes e universalizando-lhes o acesso. E esse nobre programa cultural da Constituição Social brasileira, profundamente ramificado com os ideais desenvolvimentistas do país, o direito autoral não pode, simplesmente, ignorar. Por outro lado, também não pode ser invocado para anular a propriedade autoral. Localizado na Seção II do Capítulo III do Título VII da Constituição Federal, o direito à cultura insere-se dentro “Da Ordem Social”. Por conseguinte, é assaz relevante o valor da justiça social que deve alimentar esse direito fundamental, como se intentará demonstrar a seguir.

### **2.2.1 Do valor da justiça social no campo jusautoralista**

Os valores determinam o agir e o pensar do homem. Aqueles que determinam a essência do dever-ser humano são denominados *invariantes axiológicas*, que se conformam a cada vocação hu-

mana: a sacralidade (sacerdote), a beleza (poeta), a riqueza (empresário), a verdade (filósofo) e o útil-vital (trabalhador) (REALE *apud* BEZERRA, 2008, p. 7-8). A axiologia jurídica, teoria dos valores aplicada ao direito, retrata os fins que o homem busca realizar, convergindo as normas jurídicas para os valores *ordem, segurança, liberdade e justiça* (BEZERRA, 2008, p. 9-10).

Noronha (1999, p. 102) transporta esses valores para o direito privado, vislumbrando neles a plataforma fundamental da nova teoria dos contratos:

A liberdade, no Direito dos Contratos, constitui o núcleo essencial do *princípio da autonomia privada*. A justiça conforma o princípio da *justiça contratual*. A ordem, que no âmbito dos contratos seria melhor chamada de *segurança*, faz-se presente através do princípio da *boa-fé contratual*.

A justiça social é um dos valores fundantes do ordenamento jurídico e busca, justamente, coibir o darwinismo jurídico (LÔBO, 1999, p. 101), isto é, a depredação dos mais fracos pelos economicamente mais fortes.

Desse modo, a justiça social, ao ser invocada como meta do direito autoral, pode embasar tanto a proteção do autor quanto a dos cidadãos destinatários das obras, uma vez que, neste campo do direito privado, ao contrário de outros, como o direito do trabalho e o direito das relações de consumo, não existe situação abstrata de hipossuficiência de parte a parte.

De acordo com a doutrina espanhola, a ideia de justiça interpenetra-se sempre com a de igualdade, consoante relata Bezerra (2008, p. 15-16):

Apesar da diversidade de conceitos, observa Recásens Siches que um levantamento dessas teorias [acerca da definição de justiça] demonstra, por trás de sua aparente contradição, alguma identidade. A similitude está em que a noção de justiça vem sempre ligada à de igualdade. O símbolo desse entrelaçamento é também o da justiça, a balança de pratos nivelados e fiel vertical.

Na seara autoralista, a justiça social é valor que deve, constantemente, ser perseguido. Concorrer para a justiça social significa que o direito autoral deve possibilitar aos cidadãos o acesso ao conhecimento, única via para a construção da cidadania e do desenvolvimento humano e econômico de um povo. Não se trata, sem embargo, de um mandamento “Robin Hood”, engajado na consecução de um ideal romântico do justo, mas sim de uma

premissa metodológica a ser seguida, durante a aplicação do arcabouço jurídico-protetivo da LDA às lides em que se discute o direito material de autor. Fora do âmbito processual, a justiça social autoralista quer dizer, ainda, que a produção artística, científica e literária deve ser dirigida à comunidade, da qual se extrai o instrumental material para as criações do gênio humano e que, portanto, deve ter como contrapartida o direito de fruição da obra do autor.

Com isso, não se quer dizer que a autorização do autor é prescindida, em qualquer caso, para a utilização da obra. Da justiça social apenas se pode inferir que o uso pessoal da obra, ou seja, sem fins lucrativos, e tendo por finalidade a consecução do direito fundamental à cultura e, por conseguinte, da dignidade da pessoa humana, deve ser exercido sem as restrições que a LDA prescreve, se do cotejo entre o peso dos bens jurídicos envolvidos prevalecer, proporcionalmente, a cultura em detrimento da propriedade ou do contrato.

Parece-nos que um exemplo claro da incidência do valor da justiça social, como orientador dos direitos patrimoniais de autor, é o domínio público. Após o prazo legal, atualmente de setenta anos contados a partir de 1 de janeiro do ano seguinte ao da morte do autor, a obra cai em domínio público. Protegida, temporariamente, a exploração econômica dos direitos do autor por parte de até três gerações sucessoras, afigura-se absolutamente consentâneo à ideia de justiça social que a obra seja devolvida à coletividade, para poder ser livremente utilizada por todos, ressaltando-se seus direitos morais, que não prescrevem.

Como já aduzido anteriormente, o ativismo judicial não pode espoliar os autores de seus direitos patrimoniais, contudo, deve caminhar na direção da harmonização dos interesses econômicos particulares com os interesses culturais coletivos. Afinal, sendo a erradicação da pobreza um dos objetivos fundamentais da República (CF, art. 3º, III), a igualdade formal evolui para a acepção de igualdade substancial e a justiça retributiva evolui no sentido de uma justiça distributiva (TEPEDINO, 1999, p. 15).

Em outras palavras, Fracalossi ([s.d.], p. 39) ensina:

O Estado, ente responsável pela distribuição igualitária dos ônus e encargos entre os cidadãos, tem o dever de promover o acesso de todos aos diversos meios culturais existentes. Entretanto, tem também o dever de tutelar os pensadores, garantindo-lhes respeito e recompensa pro suas criações. É a chamada Justiça Social, que como fundamento do Estado Democrático de Direito deve buscar a harmonia entre os interesses conflitantes.

Ao que tudo indica, o conflito de normas de direitos fundamentais em xeque, ambas buscando máxima concreção, pode ser mais bem equacionado à luz da Teoria dos Direitos Fundamentais, de Alexy (2008), segundo uma avaliação casuística baseada na técnica de ponderação de interesses, mediante aplicação da máxima de proporcionalidade, dividida nas subfases da necessidade, adequação e proporcionalidade *stricto sensu* (ALEXY, 2008, p. 116-117).

Aplicando a técnica de ponderação de bens proposta por Alexy (2008) a situações hipotéticas regulamentadas pela legislação de direitos autorais, têm-se algumas conclusões interessantes.

A título lúdico, examine-se um caso fictício, envolvendo o exemplo do direito pessoal de arrependimento do autor: "Art. 24. São direitos morais do autor: [...] 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". Essa regra poderia colocar os princípios fundamentais autorais em colisão, por exemplo, na hipótese em que, sob a alegação de afronta à sua honra objetiva, o autor quisesse fazer valer o seu direito de retirada de obra única, a respeito de determinado tema, distribuída em estabelecimentos públicos de ensino. Aplicando-se a máxima de proporcionalidade, ter-se-ia:

a) *Exame de adequação*: a previsão do direito de retirada do autor como direito moral, nesse contexto fático, é adequada, no sentido de proteger a dignidade do autor? Sim, porque a retirada da obra de circulação é meio apto a interromper a ocorrência do dano moral.

b) *Exame de necessidade*: a previsão do direito de retirada do autor como direito moral, nesse contexto fático, é necessária, no sentido de haver algum meio alternativo menos gravoso? Sim, porque a não retirada da obra implicará a consumação ou recrudescimento do dano, caso toda a obra comprometa a dignidade do autor; ou não, se a distribuição de uma errata ou suplemento literário for suficiente para coibir a emergência do dano moral.

c) *Exame de proporcionalidade em sentido estrito*: a previsão do direito de retirada do autor como direito moral, nesse contexto fático, é proporcional, no sentido de importar em um valor superior ao desvalor ocasionado? Não, porque a preservação da integridade moral do autor poderá implicar o alijamento de inúmeros alunos do acesso a obra insubstituível para o bom desempenho de seus estudos.

Em face do resultado do exame de proporcionalidade *stricto sensu*, observa-se que, na hipótese vertida, a medida de retirada ou

suspensão de distribuição da obra seria desproporcional, devendo-se privilegiar o direito fundamental de acesso à cultura por parte dos estudantes, em detrimento do direito de personalidade autoral.

## Conclusão

Ao longo desta monografia, verificaram-se os fundamentos do direito autoral-constitucional. Foram elucidados os principais direitos fundamentais em conflito, na ambiência jusautoralista, e a principiologia e axiologia constitucionais correlatas. Por esse motivo, seria pleonástico e cansativo, à guisa de conclusão, resumir os temas enfrentados, em virtude do que se optou por encerrar com uma perspectiva geral do fenômeno de constitucionalização do direito autoral objetivo brasileiro.

Uma vez que, após a consolidação do Estado Social no Brasil, com o advento da Carta Cidadã de 1988, a Constituição passou a regular as relações privadas e econômicas, anteriormente submetidas ao jugo da codificação civil, todo o direito privado nacional, atualmente, tem que passar por um processo de filtragem constitucional.

Com o direito autoral não poderia ser diferente. Se a dignidade da pessoa humana passa a ser a cláusula-matriz, o centro gravitacional do ordenamento jurídico, os direitos autorais, para corresponderem às expectativas constitucionais, hão de colocar o ser humano como centro da tutela autoralista, e não os direitos patrimoniais, de índole marcadamente liberal e patrimonialista, eivados pelo modelo de *copyright* consolidado no *common law*.

Note-se que “colocar o ser humano como centro da tutela autoralista” não tem relação de sinonímia com “proteger sempre os direitos culturais, em detrimento dos direitos patrimoniais previstos na LDA”. Em verdade, não é possível encarar a questão com a arrogância de alguns administrativistas, que postulam a supremacia do interesse público sobre o privado. Primeiro, a dicotomia público x privado já caiu por terra, desde que se tem verificado a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Segundo, ainda que subsistisse a tradicional clivagem, não seria possível definir, aprioristicamente, a superioridade do interesse cultural coletivo do cidadão em detrimento do interesse proprietário particular do autor. Ambos possuem a mesma natureza de direito fundamental.

Eis por que se faz apologia, no presente estudo, da adoção da máxima de proporcionalidade alexyana como critério racional para a ponderação casuística das regras de direitos fundamentais que colidem quando se defrontam os interesses dos autores com os dos populares.

A total inefetividade do direito autoral brasileiro, agravada pelo desenvolvimento das novas tecnologias de comunicação, deixa clara a necessidade de uma profunda reformulação das premissas e da regulamentação da LDA. Ainda excessivamente conservadora, privatista, patrimonializada, liberal e inapta para a proteção dos interesses dos autores, artistas e intérpretes e da sociedade consumidora dos bens intelectuais por eles produzidos, a Lei n.º 9.610/98 somente poderá vencer o patente estado de crise que a ultrapassa se, ao invés de preconizar desmedida “guerra contra a pirataria”, conciliar os direitos culturais dos cidadãos ambientados numa sociedade da informação, líquida, instantânea, estandardizada e supostamente pós-moderna com os direitos autorais, sem anulá-los reciprocamente.

O princípio da função social e o valor da justiça social não podem, nesse contexto, ser desprezados pelo ordenamento autoralista, tal como hoje se pode notar. Assim, apenas para se ficar num exemplo, muito mais eficiente do que proibir o direito de reprodução integral da obra para fins particulares, prática livremente disseminada em todos os segmentos da sociedade e que concretiza, amiúde, o projeto constitucional de acesso ao conhecimento e à cultura por parte do cidadão, seria que o legislador apenas vedasse a reprodução com fins comerciais e, máxime, aparelhasse os órgãos competentes com a infraestrutura necessária para a fiscalização das regras. Se isso fosse feito, sairiam ganhando o cidadão, que mais facilmente angariaria o *mínimo existencial cultural*; o autor, que teria o seu direito fundamental de propriedade muito mais bem tutelado pelo Estado; e o próprio Estado, que atuaria, um pouco mais, na direção do que está simbolicamente escrito na Constituição.

Lamentavelmente, o Brasil é *um país que não lê* e é espantoso que o próprio direito formal, que deveria chancelar o desenvolvimento humano, artístico e científico deste povo, pressuposto para o abandono da condição de subdesenvolvimento, crie óbices, por intermédio da tutela autoralista, para a mudança dessa realidade. Como diria o diretor teatral Antônio Abujamra: “No Japão, quem não sabe ler vai preso. Aqui no Brasil, eles são eleitos!”

## Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANTONIO, Irati. Autoria e cultura na pós-modernidade. **Ciência da informação**, Brasília, v. 27, n. 2, 1998. Disponível em: <<http://www.scielo.br/>

[scielo.php?pid=S0100-19651998000200012&script=sci\\_arttext&tilng=es](http://www.scielo.php?pid=S0100-19651998000200012&script=sci_arttext&tilng=es). Acesso em: 3 jul. 2009.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. 2. ed., ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

- \_\_\_\_\_. **Direito da internet e da sociedade da informação:** estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ASSIS, Diego. "Reforma Agrária" no direito autoral. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, p. E1, 3 jun. 2004.
- BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade.** São Paulo: Jorge Zahar, 1998.
- BARBUDA, Ciro de Lopes e. O embaite entre teoria e práxis no campo do direito autoral. **Revista de Direito da ADVOCEF**, Porto Alegre, Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal, v. 1, n. 9, 2009. p. 171-205.
- \_\_\_\_\_. Habermas e direito autoral: entre a faticidade e a validade da Lei n.º 9.610/98. **Revista de Direito da ADVOCEF**, Porto Alegre, Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal, v. 1, n. 10, 2010. p. 13-42.
- BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à Justiça:** um problema ético-social no plano da realização do direito. 2. ed. rev. São Paulo: Renovar, 2008.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Contornos atuais do direito do autor.** 2. ed. rev., atual. e ampl. de conformidade com a Lei 9.610, de 19.02.1998, por Eduardo Carlos Bianca Bittar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BOCHEHIN, Lisier. A função social da propriedade industrial e o licenciamento compulsório de medicamentos. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo (coords.). **Propriedade intelectual em perspectiva.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.217-235.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada.** 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007. (Coleção Prof. Agostinho Alvim; coord. Renan Lotufo).
- BRANT, Cássio Augusto Barros Brant. **Usucapião no espaço virtual.** In: DireitoNet, 16 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3537/Usucapiao-no-espaco-virtual>>. Acesso em: 30 nov. 2009.
- CARBONI, Guilherme. **Função social do direito de autor.** São Paulo: Juruá, 2006.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. Direito autoral e responsabilidade civil. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 13, p. 44-50, 2001. Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana.
- FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica.** São Paulo: Max Limonad, 1998.
- FRACALOSSI, Liandra. **O direito autoral e o acesso ao conhecimento.** Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Ritter dos Reis, Porto Alegre, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.uniritter.edu.br/w2/letras/palavora/arquivosMonografia%20Liandra%20Fracalossi.pdf>>. Acesso em: 30.11.2009.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988:** interpretação e crítica. 9. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

HABERMAS, Jünger. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. 1, 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. (Biblioteca Tempo Universitário, 101).

LESSIG, Lawrence. **Cultura livre**. Trad. Fábio Emilio Costa. Creative Commons 1.0. Disponível em: <<http://ebooksgratis.com.br/livros-ebooks-gratis/tecnicos-e-cientificos/direito-autoral-cultura-livre-lawrence-lessig/>>. Acesso em: 22 jun. 2009.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. rev., atual. e ampl., de acordo com a EC n. 57/2008. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIMA, George Marmelstein. A reprodução não-autorizada de obras literárias na Internet. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 2, n. 21, nov. 1997. Não paginado. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1792>>. Acesso em: 15 jun. 2009.

LÔBO, Paulo Luiz. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 141, p. 100-107, jan./mar. 1999. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/web/cegraf/rii/Pdf/pdf\\_141/r141-08.pdf](http://www.senado.gov.br/web/cegraf/rii/Pdf/pdf_141/r141-08.pdf)>. Acesso em: 14 mar. 2010.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Apresentação: notas iniciais à leitura do Novo Código Civil. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Theresa (coords.). **Comentários ao Código Civil brasileiro**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.

MILAGRE, José Antonio. Diga não ao projeto do deputado Ge Tenuta? **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2192, 2 jul. 2009. Não paginado. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13081>>. Acesso em: 20 ago. 2009.

MORAES, Rodrigo. A função social da propriedade intelectual na era das novas tecnologias. In: BRASIL. Ministério da Cultura. **Direito autoral**. Brasília: Ministério da Cultura, 2006a. (Coleção cadernos de políticas culturais; v. 1).

\_\_\_\_\_. **Os direitos morais do autor**: repersonalizando o direito autoral. 2006. 340 f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado e Econômico) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador. 2006b.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. (Coleção Justiça e Direito).

NORONHA, Fernando. Os princípios fundamentais do contrato. In: \_\_\_\_\_. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 99-123.

ORTELLADO, Pablo. **Por que somos contra a propriedade intelectual?** *Copyleft*, 2002. Disponível em: <<http://planetarium.com.br/planetarium/noticias/2002/7/1026837123>>. Acesso em: 2 jul. 2009.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e propriedade intelectual. In: **Cultura**

- Livre**, Rio de Janeiro, p. 1-39, 2007. Disponível em: <<http://www.cultura.livre.org.br/artigos/DHPI-Flavia-Piove-san.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2008.
- PORTELLA, Ana Carolina Lamego Balbino. A função social e a propriedade industrial. **Revista de Direito da ADVOCEF**, Londrina, Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal, v. 1, n. 3, ago. 2006.
- REIS, Jorge Renato. O direito de autor no constitucionalismo contemporâneo: considerações acerca de sua função social. *In*: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo (coords.). **Propriedade intelectual em perspectiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 155-162.
- RIZZARDO, Arnaldo. Propriedade literária, científica e artística. *In*: \_\_\_\_\_. **Direito das coisas**: Lei n.º 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 667-726.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed., 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- \_\_\_\_\_. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. *In*: \_\_\_\_\_. (org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 23-32.
- SCAFF, Fernando Facury. A Constituição econômica brasileira em seus 15 anos. *In*: \_\_\_\_\_. (org.) **Constitucionalizando direitos**: 15 anos da constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 159-265.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed., rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 42, de 19.12.2003, publicada em 31.12.2003). São Paulo: Malheiros, 2004.
- STUDER, Andréa Cristina Rodrigues; OLIVEIRA, Álvaro Borges de. Ensaio sobre função social da propriedade no Brasil. **Revista da ESMESC**, Santa Catarina, v. 13, n. 19, p. 49-77, 2006. Disponível em: <<http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/2-1247229000.PDF>>. Acesso em: 30 nov. 2009.
- TEIXEIRA, Diogo Dias. A legalidade da reprodução integral de obra protegida por direito de autor para uso privado. *In*: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo (coords.). **Propriedade intelectual em perspectiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 37-52.
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.