



Ana Paula Vilarim Barbosa Araujo

O ABUSO DO DIREITO AUTORAL NA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO E A PERSPECTIVA DE REDENÇÃO

Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas
Menção em Direito Civil

Julho/2018



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

ANA PAULA VILARIM BARBOSA ARAUJO

**O ABUSO DO DIREITO AUTORAL NA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO E A
PERSPECTIVA DE REDENÇÃO**

***THE ABUSE OF COPYRIGHT LAW IN THE INFORMATION SOCIETY AND THE
PERSPECTIVE OF REDEMPTION***

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra no
âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito
(conducente ao grau de Mestre), na Área de
Especialização em Ciências Jurídico-
Civilistas/Menção em Direito Civil.

Orientador: Senhor Professor Doutor
Alexandre Libório Dias Pereira.

COIMBRA, 2018

AGRADECIMENTOS

Durante este período extraordinário de minha vida, no qual cresci e aprendi mais do que em qualquer outra etapa, reconheço que minhas conquistas não foram individuais, pois sempre tive uma fonte de apoio inesgotável e incondicional:

Meu pai, Franklin de Araújo Neto, que foi, em todos os momentos, a coragem, a segurança, o incentivo e a proteção. Se forças nunca me faltaram, foi porque dele elas vieram, e se nunca fraquejei, foi porque ele nunca permitiu;

Minha mãe, Maria Eveline Vilarim Barbosa, que foi sempre carinho, amor e certeza; certeza de que tenho, e terei por toda a minha vida, um lar seguro para o qual posso voltar;

Meu irmão, Daniel Vilarim Araújo, inspiração última de todo e qualquer esforço meu. Se alcanço mais alto, se vou mais longe, é sempre na tentativa de imitar seus passos e de parecer-me um pouco mais com ele;

Reconheço que este êxito, assim como qualquer outro que eu venha a lograr em minha vida, é tanto deles quanto meu, pois carrego a certeza inabalável de que, sem a minha família, nada jamais me seria possível.

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo conduzir um estudo no âmbito do direito de autor, desde a definição da sua natureza jurídica até a função que lhe cabe perante a sociedade. A esta última, é dado maior foco, vez que a aplicação deste direito na prática termina por distanciá-lo bastante das razões que justificam a sua existência. Para chegar a essa conclusão, incorre-se brevemente em suas origens históricas, buscando identificar em seu princípio os traços que nortearam a sua evolução e que até hoje lhe são pertinentes enquanto características definidoras. Procede-se posteriormente à análise da deturpação desse direito, perpassando as suas evidências através de problemas concretos que o direito de autor enfrenta nos dias de hoje, notadamente quando confrontado com as tecnologias que atualmente guiam a vida cotidiana. Por fim, aborda-se brevemente as poucas (porém válidas) tentativas que se encontram em curso, cujo objetivo seja abrandar os efeitos que as inovações tecnológicas exercem sobre o direito de autor, bem como, e em contrapartida, os seus efeitos nocivos sob a sociedade, almejando alcançar uma situação de equilíbrio há muito idealizada, mas nunca concreta. Durante toda a extensão do trabalho, tenciona-se ressaltar a importância desta temática, bem como a necessidade de maior atenção aos rumos que lhes são dados, haja vista a profunda influência que ela diretamente possui ao ditar a correta utilização das obras; o que se verifica é que a sociedade, sempre a maior afetada pelos seus desígnios, é constantemente excluída das decisões e mudanças que lhe são pertinentes, o que constitui, sem sombra de dúvidas, um grande malefício, cujas consequências agora enfrentamos, sendo a maior e mais perniciosa dentre estas a extensão demasiada e desarrazoada da proteção autoral.

Palavras-chave: Direito de autor. Propriedade Intelectual. Modernização. Proteção autoral. Licenciamento.

ABSTRACT

This work aims to conduct a study in the scope of copyright law, since the definition of its legal nature until the role it assumes before society. More focus is given to the latest, once this law practical application ends up distancing itself from the reasons that justify its creation. In order to come to this conclusion, we briefly incur in its historical origins, seeking to identify in its beginning the traces that guided its evolution, and that are, up until today, important as its defining characters. After that, we proceed to analyze the copyright misrepresentation, passing by its evidence through concrete problems that the copyright law faces nowadays, reportedly when confronted with the technology that currently guides the daily life. At last, we briefly approach the few (although valid) ongoing attempts, whose purpose is to soften the effects that the technological innovations have on the copyright law, and in counterpart, the nocive effects the law itself has over society as well; looking forward to achieving a situation of balance that's been long idealized, but never concrete. Throughout the length of this work, it's intended to emphasize the theme importance, as well as the need for greater attention to the course it's been given, considering the profound and direct influence it has; what we can verify is that society, always the most affected by its designs, is constantly excluded of the relevant decisions and changes that concerns the copyright law, what constitutes, undoubtedly, a great harm, which consequences we are currently facing.

Keywords: Copyright. Intellectual property. Modernization. Author protection. Licensing.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADPIC	Acordo Relativo aos Aspectos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio
Art.	Artigo
CEE	Comunidade Económica Europeia
CC	Creative Commons
CDADC	Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos
Cf.	Confira
CPI	Código da Propriedade Intelectual
CTEA	Copyright Term Extension Act
DL	Decreto-Lei
GPL	General Public License
LDA	Lei de Direito Autoral
OMC	Organização Mundial do Comércio
OMPI	Organização Mundial de Propriedade Intelectual
Op. cit.	Obra citada (opus citatum)
p.	Página
Para.	Parágrafo
Proc.	Processo
p2p	peer-to-peer
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJCE	Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias
TRIPs	Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
UNESCO	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

ÍNDICE

1	INTRODUÇÃO	7
2	BREVE HISTÓRICO	11
2.1	Origens	11
2.2	A época dos privilégios e o <i>copyright</i>	13
2.3	A Revolução Francesa e o <i>droit d'auteur</i>	17
2.4	Sistemas derivados do <i>droit d'auteur</i>	20
2.4.1	<i>Proteção Legal em Portugal</i>	20
2.4.2	<i>Proteção Legal Brasileira</i>	22
2.5	Sistemas derivados do <i>copyright</i>	24
2.6	Teoria monista alemã	27
2.7	Legislações relevantes	28
2.8	Considerações finais	30
3	TEORIZAÇÕES ACERCA DA NATUREZA DO DIREITO DE AUTOR	32
3.1	Teorias monistas	33
3.1.1	<i>O direito de autor enquanto direito de propriedade</i>	33
3.1.2	<i>O direito de autor enquanto direito de personalidade</i>	38
3.1.3	<i>O direito de autor enquanto direito de exclusivo</i>	40
3.1.4	<i>Demais teorias</i>	43
3.2	Teoria dualista	44
3.3	Teoria pluralista	45
3.4	Posicionamentos	48
4	O QUE É E O QUE DEVERIA SER	51
4.1	Teoria do trabalho <i>versus</i> teoria utilitarista	51
4.2	A função social da propriedade	55
4.3	O desvirtuamento da propriedade intelectual	58
4.3.1	<i>O lobby Mickey Mouse</i>	63
4.3.2	<i>Os livros no mundo digital</i>	66
4.3.3	<i>A Microsoft e os direitos de autor aplicados ao software</i>	74
4.4	Buscando a reinvenção	77

5	O MODELO COLABORATIVO NO ÂMBITO JURÍDICO E SEUS EFEITOS NO DIREITO DE AUTOR	83
5.1	<i>General public license</i>	84
5.2	<i>As licenças creative commons</i>	85
5.2.1	<i>Science Commons</i>	88
5.2.2	<i>Domínio público voluntário</i>	89
5.3	Compensação pela cópia privada	91
6	CONCLUSÃO	95
	REFERÊNCIAS	99

1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente, é difícil, se não impossível, encontrar um só indivíduo que viva aquém do alcance dos direitos de propriedade intelectual. Apesar de ser o seu tratamento ainda bastante colateral (quando comparado àqueles dispensados aos ramos majoritários do Direito), é indizível a sua importância na prática, tendo em vista estar o ramo de tal forma enraizado na vida cotidiana, que tudo termina por sofrer a sua influência, seja no âmbito dos direitos de autor ou de propriedade industrial: dos eletrodomésticos que temos em casa até os livros que lemos, do *know-how* das empresas que nos empregam até as roupas que vestimos, do carro que nos serve como meio de locomoção até as músicas que escutamos; nas ações mais corriqueiras que praticamos na era digital (copiar, colar, editar, postar), percebemos que a informação está constantemente em nossa volta e ao nosso alcance.

Este mundo é tomado por criações que são, por sua vez, o maior indício da capacidade inventiva e inovadora do homem em sua constante busca de evoluir e difundir os seus conhecimentos¹. Foi, aliás, nesse panorama que primeiro pôs-se a discutir a existência dos direitos de autor: era preciso estabelecer um equilíbrio entre a difusão de conhecimento direcionado à sociedade e os meios de subsistência e incentivos direcionados aos autores, para que estes pudessem continuar a produzir². Assim, surgiram os primeiros contratos concernindo os direitos de autor, que passaram, obviamente, por diversas reformulações, alastrando-se em vias que antes não se lhes julgavam pertencer (*ab initio*, tais contratos eram centrados quase que exclusivamente em produções literárias³).

¹ Para ilustrar a grandiosidade da genialidade artística humana, recorremos às ilustríssimas palavras de Almeida Santos: “Ficou no homem, que inventou deuses à sua imagem e semelhança, ou que à sua imagem e semelhança por Deus foi criado, uma réstea de infinito e uma sede de divino que lentamente o vai guindando às estrelas. E a arte surge como o mais sublimador de todos os caminhos, o mais divinizante de todos os vãos humanos pelas vias lácteas dos delirados céus. A arte é a vitória sobre o tempo, o triunfo sobre o contingente, a superação do fugaz. A jangada de eterno que conduz às pátrias onde não se morre. Nesta hora de horizontes tristes como ameaças, a arte surge como ponto de encontro dos homens divididos, o diapasão das sensibilidades dispareas, a bíblia comum das formações mais longínquas. Soldados que reagem com amor e outros com ódio à vista da mesma bandeira, vibram em uníssono à mensagem da mesma sinfonia. E, numa época em que tanto se fala numa recreação do homem, e tanto se acredita na possibilidade de uma segunda natureza, a arte surge como o primeiro fator e o melhor padrão para transformação das almas”, (SANTOS, Antônio Almeida. *Direito de Autor: natureza jurídica e aspectos fundamentais do direito moral*. Coimbra: Coimbra Editora, 1952, p. 3)

²“O conflito obrigou à busca de um equilíbrio entre os dois interesses em presença, tratando-se, contudo, de um equilíbrio que, mais do que retirar a um ou atribuir a outro, visa, sob a forma de incentivos acordados aos agentes privados, realizar um bem público superior: a produção e acesso à informação” (ROSA, António Machuco. *Do Copyright às Marcas Registradas*. Chiado Editora: Lisboa, 2014, p. 11).

³PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Direitos de Autor, da imprensa à Internet. *Revista da ABPI – Associação Brasileira de Propriedade Intelectual*, n. 64, pp. 21-28, maio/jun. 2003.

Hoje, conforme dito anteriormente, estão em todo lugar.

Essa oportuna expansão remete a algo além de si mesma: no começo, tratava-se de um indivíduo, o autor, cuja desvantagem em relação aos editores era constantemente explorada por eles. Essa posição de fragilidade inspirou e até hoje mantém o tom de diversos ordenamentos jurídicos, elaborados no sentido de oferecer proteção ao autor, garantindo-lhe prerrogativas que, em tese, o colocariam em pé de igualdade com a indústria por ele movimentada. Ocorre que se tratava, inicialmente, conforme foi dito, de uma indústria quase que centrada em um único elemento: os livros. O que verificamos atualmente é a existência de uma cadeia de consumo baseada nos direitos autorais que se estende por diversas vertentes, sendo a maior e mais marcante a do entretenimento, que abarca o mercado editorial sem a ele se limitar e que é dominada quase que exclusivamente por grandes conglomerados⁴.

Por conseguinte, o que se nota é que o destinatário da proteção conferida pelos direitos autorais transmutou-se da figura exageradamente frágil e romantizada do autor⁵ para as corporações que, ou adquirem e exploram tais direitos, utilizando-se do vultuoso patrimônio que possuem, ou criam as próprias obras em departamentos criativos internos especialmente voltados para este fim⁶, fazendo uso das suas posições privilegiadas e consagradas dentro do mercado para lançar tais produtos.

Essa mudança acarretou um consequente câmbio de perspectiva no âmbito de estudo jus-autoral, que antes percebia o direito de autor como de natureza eminentemente civil, passando *a posteriori* a enquadrá-lo meramente como um direito de exploração

⁴“Esta convergência mostra, afinal, a indissociabilidade entre os interesses do autor e do empresário da obra cultural. Um não vive sem o outro, ou pelo menos não tem vivido sem o outro. A obra de arte, em suas múltiplas manifestações, não se divulga, não se comunica afinal, sem que uma empresa capitalista veja nela uma oportunidade de lucro; sem que a transforme, de algum modo, em mercadoria” (TRIDENTE, Alessandra. *Direito Autoral: Paradoxos e Contribuições para a Revisão da Tecnologia Jurídica no Século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 13).

⁵ O endeusamento dos autores que justificou a proteção fica evidente nas palavras de Santos: “Obreiros desta tarefa de reconstrução em que é preciso crer – porque nenhum impossível se atinge sem isso – os intelectuais e artistas surgem-nos como essa espécie de homens que trazem consigo a lei do novíssimo pacto. Trazem-na no coração que vertem em poemas, nos olhos que gerem curvas de sinfonias, na alma que colam nas telas como estampilhas para a suprema viagem. Têm a grandeza dos deuses e a fragilidade das crianças. Por isso devemos ouvi-los na sua lição de grandeza e proteje-los no seu descuido de meninos” (SANTOS, 1952, p. 4).

⁶“Contudo, evidenciou-se já que nem sequer se deve ter por adquirido que a imputação de autoria revele sempre a pessoa do criador, porquanto muitas vezes não exprime mais do que uma ficção legal que visa tão-só a legitimação para o exercício de faculdades de utilização da obra” (SÁ E MELLO, Alberto de. *Contratos de Direito de Autor: a autonomia contratual na formação do direito de autor*. Almedina: Coimbra, 2008, p. 153).

econômica⁷. Esta postura, em concordância com a alteração sofrida em seu aspecto funcional, abre espaço para questionamentos: é correto que tal proteção, destinada a indivíduos hipossuficientes no mercado, seja aproveitada em sua totalidade por empresas de grande porte que já detêm óbvias vantagens? Levando-se em consideração a beneficiária principal da proliferação de obras do intelecto, isto é, a sociedade, e os novos detentores da proteção autoral, a quem realmente servem os direitos de autor? E qual passou a ser a sua efetiva função diante desta nova ordem?

O presente trabalho tem por finalidade elucidar essas questões, empreendendo, para tanto, uma análise aprofundada das mudanças perpassadas pelo direito de autor, bem como das suas consequências e impactos sociais, para chegar, enfim, a uma conclusão acerca da natureza jurídica deste ramo tão peculiar que parece ter sido implicitamente alterado mediante o seu desenvolvimento dentro da era moderna.

Portanto, será empregada uma abordagem dedutiva, centrada especialmente em estudos bibliográficos, com recorrentes consultas a diferentes legislações, casos e julgados, bem como à melhor doutrina, objetivando-se chegar a conclusões teórico-descritivas. Alvitra-se desenvolver esta dissertação partindo de uma apreciação geral do tema para um particular, tendo por escopo fornecer um embasamento teórico sobre a função social da propriedade intelectual, o seu desvirtuamento e as suas consequências. Habitual será a utilização de noções de ordem estrangeiras, uma vez que, apesar de centrar-se este trabalho no ordenamento jurídico português, objetiva-se proporcionar uma visão global do tema.

Iniciaremos adentrando no assunto mediante uma breve análise das suas origens históricas, com o fito de estabelecer qual é o fim que o direito de autor deseja satisfazer. Posteriormente, buscamos enquadrar essa finalidade e as noções que lhe cercam no quadro do Direito através da definição de uma natureza jurídica para o ramo. Nas páginas que se seguem, conduz-se uma análise funcional do direito de autor, visando explicar as questões suscitadas sobre a adequação dos diversos entendimentos que lhe são atribuídos. Nesta oportunidade é que se demonstra, através de casos práticos, os interesses que de fato movimentam a regulamentação do direito de autor. No capítulo que sucede, examinam-se as iniciativas ora em vigor, que possuem como intuito resgatar as origens da propriedade

⁷Exemplificamos este fato com a própria grade curricular do Mestrado Científico em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que classifica a disciplina de Direito de Autor, ministrada pelo ilustre Dr. Alexandre Libório Dias Pereira, orientador deste trabalho de dissertação, como pertencente ao departamento de Ciências Jurídico-Empresariais.

intelectual e satisfazer o seu propósito, partindo, por fim, para uma conclusão acerca do que se adequa ou não a este direito, seja em termos de natureza jurídica, seja em termos de funcionalidade (conceitos que, aliás, não podem ser dissociados para um completo entendimento da matéria).

Ressaltamos que não se trata de matéria apartada da realidade, mas, sim, de um tema absolutamente enraizado na cultura moderna e que requer estudos e esclarecimentos, estes atinentes a não prejudicar o criador ou a coletividade que usufrui da obra, posto que sejam dois lados da mesma moeda.

2 BREVE HISTÓRICO

2.1 Origens

A natureza jurídica do direito de autor, desde o seu surgimento nas modalidades mais rudimentares até os dias de hoje, sempre suscitou opiniões e discussões divergentes. Isso ocorre por tratar-se de um ramo que abrange características tão diversas que tornam difícil encontrar os pré-requisitos para enquadrá-lo em um ou outro nicho de estudo⁸.

Estudar as suas origens é de vital importância, tendo em vista que esta pesquisa nos leva até a *ratio* última do Direito: para que ele foi criado? Que questões tinha o escopo de solucionar? É cediço que o Direito aparece sempre como forma de responder às necessidades da sociedade⁹, destarte, somente aproximando-se da raiz do problema é que será possível contemplar a verdadeira razão de ser do direito de autor, tanto outrora como atualmente.

Pois bem, verificamos que, *a priori*, bem antes de falar-se em direitos autorais, falou-se em elementos que são comuns a este; a denominação de plágio, por exemplo, remonta da Irlanda na Idade Média, ocasião na qual um rei irlandês usou a *Lex Fabia ex plagiariis*¹⁰ romana como fundamentação para julgar ilícita a cópia não autorizada, feita por Columba, de uma coletânea de salmos de seu antigo professor, Abbot Finnion. Nas palavras do Rei Dermott: “*as to every cow belonged her calf, so to every book belonged its booklet*”¹¹. Reputa-se que foi esta a primeira manifestação da utilização da lei no sentido

⁸“*En el famoso caso Folsom v. Marsh, [...] el juez Story había advertido que la propiedad intelectual, especialmente el copyright, podía calificarse como la “metafísica del derecho”, aludiendo a lo complicado que resultaba categorizar esta especie de propiedad de características intangibles*” (CÓRDOBA-MARENTES, Juan F. Propiedad Intelectual y Acervo Común: La naturaleza mixta del derecho de autor desde la perspectiva del bien común. *Dikaion*, v. 23, n. 2, 2014, p. 227).

⁹“Descobrem-se o sentido e o alcance de uma regra de Direito com examinar as circunstâncias e os sucessos históricos que contribuíram para a mesma, e perquirir qual seja o fim do negócio de que se ocupa o texto; põem-se em contribuição, portanto, os dois elementos – a *Occasio legis* e a *Ratio juris*” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 124).

¹⁰O termo “plágio” encontra a sua origem nesta lei romana, porém teve o seu sentido alterado a partir de sua utilização: *a priori*, era utilizado para tratar de um tipo específico de roubo, que será melhor explicado em momento posterior.

¹¹“*In the year 561 there’s was a bloody war raging in Ireland. A monk, name St. Columban, had secretly copied a Psalterium of Finnian. Subsequently, Finnian went to Irish king and complained. As a result, a legendary frst copyright judgment was rendered*” (HOEREN, Thomas. What remains of copyright law in the age of filesharing and facebook? *Revista de Propriedade Intelectual*, n. 1, pp. 205-218. Coimbra: Almedina, 2016, p. 205).

de resguardar o autor contra a apropriação ilegal do conteúdo por ele produzido, o primeiro caso de proteção efetiva à pessoa do autor.

Importa destacar que, afora ter sido este o primeiro julgamento, civilizações ainda mais antigas já tratavam com reprovação tal apropriação: na Antiguidade da Ásia Menor, de tradição oral, reputavam-se algumas histórias e canções como pertencentes às famílias nômades que as apresentavam em espetáculos; apesar da não existência de qualquer registro escrito, era proibido a outra família utilizar-se destas mesmas canções e histórias, o que, caso ocorresse, deveria ser endereçado como se fosse o roubo de um animal¹².

De maneira análoga funcionava a Grécia Antiga com as poesias: as companhias itinerantes de atores as apresentavam em espetáculos destinados ao público e detinham a posse das obras. Única exceção pertinente a essa tradição eram as obras de Homero que, por serem demasiado longas, não poderiam ser apresentadas em um único espetáculo e por uma única companhia: foram, portanto, difundidas como pertencentes ao público, o que não queria dizer que a sua reprodução era livre, somente sendo aceita no contexto do diálogo intelectual sob a forma de citação, mimese ou paráfrase. Qualquer reprodução fora desses parâmetros era encarada como falsificação¹³.

Mais um exemplo da reprovação social ao plágio na Antiguidade é o de Hermorodus, discípulo de Platão, que transcreveu as lições de seu mestre e as vendeu no estrangeiro como se fossem de sua autoria¹⁴; é de se mencionar ainda é o Tratado de Arquitetura de Vitrúvio que relatou um concurso literário em Alexandria, no qual descobriu-se que muitas das obras eram, virtualmente, réplicas umas das outras, o que levou à penalização dos concorrentes pelo delito de furto¹⁵.

No Império Romano, conforme supracitado, existia a *Lex Fabia ex plagiaribus*, da qual estima-se que veio o termo “plágio”. No entanto, essa lei não tratava de autores e criações, mas de pessoas: cuidava do roubo de escravas grávidas, da venda de homens livres como escravos e ainda das crias de animais roubados¹⁶. Destarte, verificamos que,

¹²LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito do Autor*. Almedina: Coimbra, 2011, p. 17.

¹³*Ibid.*, p. 18.

¹⁴*Ibid.*

¹⁵*Ibid.* Também sobre o tema: PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*. Almedina: Coimbra, 2008, p. 49.

¹⁶Nesse âmbito, são habitualmente referidas as epigramas do poeta romano Marcus Valerius Martial (42-104 d. C.), que qualificou como ladrão (*fur*) e mais precisamente como ladrão de escravos (*plagiarius*) um seu conhecido, Fidentinus, que apresentou os poemas de Martial como se fossem seus (Epigrammata I 30, 52 e 53). Julga-se residir aí a origem do termo plágio, cujo antecedente em latim (*plagium*) significava o roubo de escravos ou a venda como escravos de homens livres, mas passou a ser usado figuradamente para abranger a

apesar da ascendência filológica direta, o direito de autor não possuía grande expressão neste âmbito¹⁷ e que, na maior parte das vezes, confundia-se a obra com o seu suporte físico, motivo pelo qual considerava-se, a título de exemplo, como autor de um manuscrito aquele que fosse dono do papiro que o continha. Em se tratando de criação artística e intelectual, os autores e artistas dependiam diretamente de seus patrocinadores, que os protegiam, acolhiam e sustentavam. Tais patronos eram chamados de mecenas e exerciam grande influência no tom que era dado às criações: o autor limitava a sua criatividade aos posicionamentos e opiniões de seu patrono para não lhe contrariar¹⁸.

Também durante a Idade Média, verifica-se que não houve qualquer avanço relevante no tocante aos direitos autorais, tendo em vista que, até então, copiar um manuscrito era tarefa morosa, delicada e feita apenas por aqueles poucos que podiam ler e escrever. Na larga maioria das vezes, este labor era realizado por monges copistas, que reproduziam quase que exclusivamente textos religiosos aprovados pelo clero. Sendo este labor lento e penoso, o autor tinha total controle sobre o número de cópias produzidas, que era sempre baixo¹⁹.

2.2 A época dos privilégios e o *copyright*

O direito de autor consolidou-se como necessidade social básica apenas a partir do surgimento da imprensa de tipos móveis, em 1440. O invento de Johannes Gutemberg²⁰ teve um impacto ímpar e revolucionou o mundo, porque foi a partir dele que o conhecimento passou a ser suscetível de disseminação em proporções nunca antes vistas.

usurpação de obras intelectuais. Apesar disso, os romanistas duvidam que o conceito romano de *furtum*, expresso em D. 47.2.1, apesar de ser bastante mais vasto que o correspondente conceito moderno, pudesse abranger o plágio de obras intelectuais” (LEITÃO, *op. cit.*, p. 19).

¹⁷“Na antiguidade não se conheceu o Direito de Autor no sentido em que se expôs, embora alguns autores procurem vislumbrar a existência de um ‘direito moral’ entre os romanos, em virtude da *actio injuriarum* que admitiam para a defesa dos direitos da personalidade. Mas este direito situava-se, ainda, em plano abstrato, sem estruturação própria” (BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 12).

¹⁸LEITÃO, 2011, p. 21.

¹⁹*Ibid.*

²⁰“A prensa de Gutemberg é a referência ocidental da invenção de tecnologias para impressão, pois elas já eram conhecidas na China desde 1040, onde Pi Sheng é considerado o seu inventor. A maioria dos historiadores acredita que Gutemberg desconhecia a invenção chinesa e pensava estar desenvolvendo uma tecnologia inteiramente nova” (TRIDENTE, 2009, p. 3). Também a esse respeito: “a invenção da imprensa é atribuída aos chineses (c. 600 d.C.). Todavia, os seus caracteres hieróglifos não facilitaram a expansão da imprensa na China e no mundo oriental em geral. Na Europa, a utilização do alfabeto fenício terá sido um fator determinante do êxito da imprensa. Fala-se por isso, com propriedade, na ‘invenção chinesa da Europa moderna’” (LEVINSON, 1998 *apud* PEREIRA, 2008, p. 50).

Essa consequente expansão evidenciou a relevância de um mercado literário já existente, porém pouco explorado, devido a sua inviabilidade. Estima-se que, quando da criação da prensa, cerca de 30 mil livros estavam em circulação no continente europeu, sendo a larga maioria composta por bíblias. Meio século após o invento, este número subiu para 13 milhões de obras, versando sobre as mais diversas áreas de conhecimento, expandindo-se para além dos textos religiosos²¹. Entrou em cena a oportunidade de lucro por parte dos livreiros, que passaram a ver na imprensa um investimento.

Esse novo cenário não foi visto com bons olhos por quem, até então, controlava o panorama de produções: o clero e a nobreza foram rápidos em perceber que a disseminação de cultura e novos ideais para toda a gente lhes seria prejudicial na medida em que provocaria a difusão de ideias subversivas e doutrinas hereges em uma sociedade outrora facilmente controlada. Esse temor conjunto das classes privilegiadas justificou um controle estatal da produção literária, objetivando evitar que conteúdos indesejados chegassem ao conhecimento do grande público²².

A censura manifestou-se na forma da concessão de privilégios que se classificavam em quatro variações: os privilégios de impressão, que atuavam como uma espécie de monopólio industrial, incentivando o livreiro a estabelecer o seu negócio em determinada região para ser agraciado com o direito de impressão das obras naquela área²³; os privilégios de livros, que consistiam basicamente na permissão específica para que um livreiro imprimisse determinado título²⁴; os privilégios de autores, dos quais apenas os privilegiados poderiam se valer majoritariamente através de favores políticos e consistiam basicamente na possibilidade de o próprio autor conceder em exclusivo os direitos de

²¹TRIDENTE, 2009, p. 4.

²²“A cópia de livros deixou de ser feita manualmente, para passar a ser realizada maquinamente. A imprensa está na base da indústria e do comércio de livros, ao mesmo tempo que potencia a divulgação de – e o acesso a – informação e conhecimento. Ora, tendo em conta quer o valor económico da imprensa enquanto factor gerador de riqueza, quer o seu valor político enquanto instrumento de disseminação de informação e de novos pensamentos que poderiam abalar a ordem natural do cosmos e da sociedade – pense no abjuramento de Galileu ou na publicação da Bíblia em alemão –, os soberanos reservaram para si o exclusivo da utilização desta tecnologia, subordinando a sua exploração à obtenção prévia de privilégio de impressão e venda de livros” (PEREIRA, 2008, p. 50).

²³“Correspondem por isso a uma forma de monopólio industrial, que tutelava a actividade de impressão e não propriamente as obras intelectuais. O primeiro privilégio deste tipo foi o concedido em 1469 pela República de Veneza ao impressor Johann aus Speyer (Giovanni da Spira) a quem foi garantida a exclusividade na actividade de impressão de obras por um período de cinco anos em virtude de ele ter escolhido Veneza como local para exercer a sua indústria” (*Ibid.*, p. 22).

²⁴“O exemplo mais conhecido é o privilégio atribuído em 1496 por Veneza ao impressor Aldo Manutius, inventor dos caracteres itálicos, para edição das obras de Aristóteles” (*Ibid.*, p. 22).

reprodução da sua obra para um livreiro; e, por fim, os privilégios territoriais²⁵, que nada mais eram que a permissão concedida a pessoas específicas para exercer a atividade de impressão em uma determinada localidade²⁶.

Mediante o sucesso do sistema de concessão de privilégios e do mercado editorial, os livreiros ingleses tomaram, em 1542, a iniciativa de criar uma organização para integrar a recém surgida classe: assim nasceu a *Stationers Company*, associação cujo objetivo era mediar o diálogo entre o Estado, que concedia os privilégios de publicação, e seus beneficiários²⁷. Essa guilda de livreiros conseguiu, através da sua união e influência, eliminar a concorrência, obtendo privilégios em regime de exclusividade e tratando como ilegítimas as publicações que ocorriam fora de seu âmbito ou sem a sua autorização. Portanto, caso um indivíduo quisesse enveredar pelo ramo editorial na Inglaterra dos séculos XVI e XVII, sua única opção era juntar-se à guilda de livreiros. Caso contrário, seu trabalho seria considerado ilegal, ilegítimo, censurado e suas produções queimadas em praça pública²⁸.

Nesse panorama, a figura do autor era meramente acessória. O termo “propriedade editorial” era utilizado acertadamente para indicar que o conceito de propriedade residia não junto à autoria da obra, mas junto a sua comercialização. Os escritores eram, desse modo, constantemente explorados: os livreiros adquiriam deles os manuscritos a preços demasiadamente baixos, em caráter perpétuo, e faziam cortes e modificações sem autorização, sem qualquer atenção à integridade da obra, chegando ao extremo de publicá-la até mesmo sem designar o seu autor²⁹. Afora isso, era um acordo que satisfazia todas as partes envolvidas: os editores, que desfrutavam e lucravam com a

²⁵LEITÃO, 2011, p. 23.

²⁶*Ibid.*, p. 22.

²⁷“In 1557 the Catholic Queen Mary Tudor capped of a 120-year monarchal struggle to censor printing presses in England by issuing a charter to the Stationer’s Company, a guild of printers. Only a member of the company could legally produce books. The only books they would print were approved by the Crown. The company was authorized to confiscate unsanctioned books” (VAIDHYANATHAN, Sida. *Copyrights and Copywrongs: The Rise of Intellectual Property and How It Threatens Creativity*. New York: New York University Press, 2003, p. 37).

²⁸“Esse regime beneficiava tanto os editores inscritos na guilda, que beneficiavam da restrição de acesso à sua actividade, como a própria monarquia, que assegurava além do pagamento de uma remuneração pela concessão do privilégio, a censura em relação à difusão de ideias contrárias ao poder estabelecido” (LEITÃO, 2011, pp. 24-25).

²⁹“In fact the right to defend oneself against reprintings was not more than a “Printer’s Privilege”, a copyright granted for something that was called “sweat on the eyebrow” in England. When people sweat, meaning they invest, engage in time-consuming work and take a lot of trouble, they should be granted such privileges. However, such protection wasn’t designated to authors back then” (HOEREN, 2016, p. 206).

reserva de mercado, e a monarquia, que conseguiu um instrumento eficaz para censurar as obras que não lhe agradavam³⁰.

Esse quadro passou a ser modificado a partir de 1710, quando ocorreu o surgimento da primeira legislação a versar acerca dos direitos autorais: O Estatuto da Rainha Ana (*The Statute of Anne*³¹) cunhou o termo *copyright*, até hoje utilizado nos países de tradição anglo-saxônica para referir-se ao ramo do direito de autor, e encerrou o período de concessão dos privilégios de publicação. Também foi este ato responsável por desmembrar a *Stationers Company*, acabando com o seu monopólio ante o mercado editorial ao permitir que qualquer um pudesse exercer a atividade de livreiro, independentemente de ter autorização para isso, seja do Estado ou da guilda³².

A maior inovação que essa lei trouxe, no entanto, foi no sentido de salvaguardar o autor, limitando o período de aproveitamento da obra por parte dos editores. A figura do criador tornou-se, pela primeira vez, o titular do direito de reprodução incidente sobre a sua obra. Como o seu preâmbulo enunciava, tratava-se de uma legislação que objetivava incentivar a produção de novas obras e a difusão do conhecimento. Para tanto, buscou-se promover condições mais favoráveis à figura do autor, sem, contudo, esquecer-se do polo responsável pela movimentação de mercado correspondente: conciliaram-se os interesses dos autores e dos editores, colocando os primeiros na condição de proprietários da obra, e os segundos na condição de cessionários da obra por um período pré-determinado de tempo³³.

A dinâmica passou a funcionar da seguinte maneira: o autor, na condição de registrar a sua obra, e desde que ela fosse inédita, era titular do *copyright* a ela correspondente pelos 14 anos subsequentes, período renovável caso o autor seguisse vivo

³⁰COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, v. 4. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 263.

³¹“An act for the encouragement of learning, by vesting the copies of printed books in the authors or purchasers of such copies, during the times therein mentioned” (YALE Law School. *The Statute of Anne; April 10, 1710*. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/18th_century/anne_1710.asp>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2018).

³²É curioso que essa tenha sido uma das consequências do Estatuto da Rainha Ana, tendo em vista que a lei nasceu do próprio clamor dos livreiros, na intenção de justificar a manutenção do seu monopólio: “Durante um século os *Stationers* serviram-se do instrumento do copyright mediante aliança com a administração estadual, consolidando a sua capacidade geradora de lucro na indústria da imprensa. Porém, este monopólio foi ameaçado em virtude do *Licensing Act*, uma vez que terceiros não Membros da *Company* poderiam também imprimir licitamente livros. Em virtude dessa “liberalização” da actividade de imprensa, os *Stationers* procuraram um novo fundamento legal para o controlo do seu monopólio. A justificação da protecção das obras seria a propriedade literária do autor como fruto do seu trabalho criador (Locke, Warburton, Blackstone, Drone), sendo as petições dos *Stationers* ao Parlamento atendidas na Lei da Rainha Ana para o encorajamento da aprendizagem” (PEREIRA, 2008, p. 66).

³³*Ibid.*

ao fim do prazo; nessa esteira, os livreiros poderiam adquirir a autorização para comercializar a obra diretamente do autor, em regime de exclusividade, pelo tempo entre eles acordado. Essa nova ordem obviamente desagradou os editores, haja vista a imposição de uma limitação antes inexistente. Foi-lhes, então, oferecida uma vantagem: a manutenção do *copyright* dos livros que já haviam sido publicados pelo período estendido de 21 anos³⁴.

Não obstante a importância desse avanço, ainda há entre a doutrina quem enxergue o Estatuto da Rainha Ana como uma farsa: a proteção da figura do autor foi apenas um chamariz para sopesar o interesse público com o temor existente relativo ao crescimento irrefreado dos monopólios, mantendo-se, até mesmo pela dupla configuração dos prazos de exploração da obra, o livreiro como protagonista de tais direitos³⁵.

O que podemos afirmar que de fato ocorreu, de acordo com as fontes históricas, é que àquela altura já havia se desmantelado o sistema de fiscalização da impressão e da distribuição de obras, o que permitia a importação de livros oriundos do estrangeiro (Irlanda, Escócia, Holanda) e que eram comercializados na Inglaterra em valores abaixo daqueles praticados pela guilda³⁶. As baixas causadas pela preferência da população em adquirir os exemplares mais baratos teriam levado os livreiros a pressionarem o Parlamento por uma tutela que desse fim àquela situação, o que realmente ocorreu.

Interpretações à parte, aspecto incontestável dessa legislação, todavia, foi a benesse que trouxe de maneira vanguardista aos autores, bem como a institucionalização, ainda que rudimentar, do domínio público: após o período determinado para exploração das obras, estas poderiam ser utilizadas livremente por qualquer pessoa, sem nenhuma amarra, fora do escopo da lei e sob a salvaguarda da sociedade, para seu aproveitamento, estando tal consequência expressa pela primeira vez em uma codificação³⁷.

2.3 A Revolução Francesa e o *droit d'auteur*

³⁴LEITÃO, 2011, p. 25.

³⁵“Although the author was mentioned as the beneficiary of the statute, the act was really another regulation of the practice of printing and selling books, not writing them, and a recognition of the public’s interest in the process. The codification of authorship was merely an appel to a straw man. A manuscript is worth nothing on the market until an author assigns the rights to a publisher. At that point, the publisher is the real player in the legal and commercial game. Mainly, the Statute of Anne was an elaborate attempt to regulate publishers, a way to balance the interests of the bookprinting industry with the concerns that monopolies were growing too powerful in England” (VAIDHYANATHAN, 2003, p. 40).

³⁶AKESTER, Patrícia. *Código do Direito de Autor e Direitos Conexos Anotado*. Coimbra: Almedina, 2017.

³⁷*Ibid.*, p. 40.

Haja vista do que aconteceu na Inglaterra com a primeira regulamentação efetiva a respeito dos direitos autorais, outros ordenamentos jurídicos também tomaram um posicionamento quanto à área. Pelo emblemático papel que possuiu no sentido de influenciar outras convenções à nível continental, destaca-se, especialmente, o processo histórico que teve lugar em França.

O direito de autor francês também encontrou suas raízes no sistema de privilégios de impressão³⁸, tal qual ocorreu na Inglaterra, tendo esse sistema perdurado até o final do século XVIII. Foi apenas a partir da Assembleia Constituinte de 1789, no contexto da Revolução Francesa e da Declaração Universal dos Direitos dos Homens, que os privilégios foram extintos e iniciou-se o diálogo acerca dos direitos dos criadores de obras literárias e artísticas³⁹.

O ordenamento francês inspirou-se no direito inglês que já contava com o Estatuto da Rainha Ana e, assim, em 1791, surgiu a primeira legislação revolucionária a versar sobre a denominada “propriedade literária e artística”, posteriormente alargada em 1793, permitindo aos criadores vender, fazer vender e distribuir a suas obras durante toda a sua vida⁴⁰.

A tradição autoral francesa foi importante por ser, a nosso ver, a principal responsável por moldar o direito de autor europeu, tendo uma influência direta até mesmo em ordenamentos geograficamente distantes, tal qual o brasileiro, que também se formou a partir dos seus fundamentos.

É sob a égide do *droit d’auteur* que o autor passa a ser visto, efetivamente, como dono das suas criações, devendo ser também o primeiro titular aos frutos da sua exploração: esse sistema buscou, principalmente, promover condições favoráveis para o autor quando da negociação da publicação da sua obra, objetivando deixá-lo em pé de igualdade com o editor⁴¹.

³⁸“Em França, a propriedade literária e artística sucedeu aos privilégios de impressão e comércio de livros. O primeiro privilégio terá sido concedido em 1507 por Luís XII. Os privilégios de impressão eram concedidos pelo Rei, como licenças de exploração da imprensa relativamente a determinadas obras (a maior parte delas “já” caídas no domínio público) e de comercialização dos livros impressos” (PEREIRA, 2008, p. 63).

³⁹TRIDENTE, 2009, p. 6.

⁴⁰“Art. 1º. Os autores de escritos de todo o género, os compositores de música, os pintores, os desenhadores que gravam quadros ou desenhos, gozarão, durante toda a sua vida, do direito exclusivo de vender, promover a venda, distribuir as suas obras no território da República e de ceder a respectiva propriedade, no todo ou em parte” (PEREIRA, *op. cit.*, p. 64).

⁴¹COELHO, 2012, pp. 265-267.

O autor figurando, assim, na condição de dono, a obra colocava-se naturalmente na condição de propriedade. Não obstante, percebeu-se que a obra, no mais das vezes, não se assemelhava a qualquer tipo de propriedade conceituada à época, porque o seu roubo não implicava necessariamente na subtração do proprietário de direito. Se um editor tivesse, por exemplo, acesso a uma cópia de um manuscrito ainda não publicado e o imprimisse e comercializasse de forma ilegal, o autor não se veria privado nem da sua versão original do manuscrito, tampouco da possibilidade de comercializar essa obra com outro produtor interessado – o que ele perderia, efetivamente, seria a chance de publicar a obra de forma inédita.

De maneira análoga, um leitor que decidisse adquirir o livro impresso não privaria o autor da sua propriedade, sequer livraria outra pessoa de adquirir outro exemplar do mesmo livro, publicado de maneira legítima. Logo, concluiu-se que as propriedades da obra e de seu suporte físico são coisas diferentes, com características jurídicas diferentes – ao passo que o suporte físico da obra se amolda muito mais às noções de propriedade já desenvolvidas à época, por ser um bem necessariamente corpóreo, a obra em si era algo novo, um bem imaterial em um sistema cuja tecnologia jurídica era inteiramente voltada para bens materiais⁴².

Além do exposto, revestir a obra com a noção já existente de propriedade conferia-lhe um caráter puramente patrimonial, que ia de encontro ao que a obra representava aos franceses. A vertente doutrinária do *droit d'auteur* entendeu, desde a sua gênese, que havia algo intrínseco muito mais profundo que a veia econômica que regia até então as relações entre autores e aqueles que intermediavam a transmissão da obra ao público: sendo a obra resultado das aspirações criativas do autor, uma expressão da sua personalidade, é correto inferir que existe uma relação simbiótica entre criador e criação que não permite a sua dissociação completa.

Foi a partir desse pressuposto que iniciaram-se as discussões acerca de um direito pessoal do autor sobre a sua obra: uma ligação aquém do viés econômico e que

⁴²A esse respeito, é interessante também destacar o seguinte trecho desta mesma obra: “[...] vale ressaltar aqui a posição de Picard, que na obra *Embriologie Juridique*, publicada em Paris no ano de 1883, chegou a desenvolver uma *teoria dos direitos intelectuais*, pela qual esses direitos não se enquadrariam em nenhuma das categorias jurídicas preexistentes, mas representariam o surgimento de uma nova categoria jurídica. Como ensina Dirceu de Oliveira e Silva: ‘PICARD desenvolve uma teoria revolucionária: defendeu a tese de que o Direito Autoral deve ser classificado numa nova categoria: a dos direitos intelectuais. Assim, ao lado da divisão clássica dos romanos, estabelecida há mais de mil anos, de direitos pessoais, reais e obrigacionais, deve ser admitida uma quarta classe’” (TRIDENTE, 2009, p. 7).

compreenderia, dentre outros aspectos, o direito de associar o autor à obra mesmo após a sua comercialização (posteriormente denominada paternidade da obra)⁴³, o seu direito ao ineditismo da obra, à propriedade do manuscrito original e à preservação da integridade da obra quando da sua publicação, bem como um leque de outros direitos que desenvolveram-se com o passar dos anos e o avanço dos estudos. Esse conjunto de prerrogativas reunidas, o qual denominou-se direito moral do autor, foi responsável pelo entendimento do direito de autor como ramificação direta do direito de personalidade, que será discutido mais adiante.

O sistema denominado *droit d'auteur* é, em síntese, o acréscimo deste viés pessoal à perspectiva patrimonial majoritariamente utilizada no enfoque dos direitos autorais, uma espécie de resposta ao paradigma do *copyright* que se solidificava na Inglaterra: a colisão de dois mundos, estabelecendo uma natureza dualista dos direitos autorais. E essa bipartição é uma característica expressiva dos sistemas jurídicos que buscaram inspiração no modelo francês, conforme veremos a seguir, em contraste aos ordenamentos jurídicos que seguiram a ordem do *copyright* inglês e não reconhecem a parcela pessoal na natureza do direito de autor⁴⁴.

Apesar de óticas tão diferentes, não há que se falar em uma dissociação completa entre o *copyright* e o *droit d'auteur*, afinal, um só existe em razão do outro. Trata-se de uma relação de causa e efeito⁴⁵. Ademais, com o passar dos anos, ambos os sistemas progrediram no tocante às diretrizes um do outro, senão vejamos nos próximos capítulos.

2.4 Sistemas derivados do *droit d'auteur*

2.4.1 Proteção Legal em Portugal

Reputa-se que a proteção portuguesa aos direitos de autor foi muito influenciada pelo movimento francês. Não obstante, para que tal proteção fosse concebida, foi

⁴³*Ibid.*

⁴⁴TRIDENTE, 2009, p. 8.

⁴⁵“Em verdade há uma relação de causa e efeito entre a existência do privilégio do editor e o aparecimento do direito de autor. Só a reação dos autores ao monopólio estabelecido em favor dos editores poderia ter tido a força de desencadear um processo reivindicatório que culminaria na Inglaterra, no início do Século XVIII, e na França, nos fins do mesmo século, com o aparecimento e reconhecimento do direito de autor. Concluímos, pois, que o direito de autor surgiu em consequência de um instituto jurídico que o antecedeu e que foi o privilégio do editor” (DE MATTIA, Fabio Maria. *Direitos da personalidade: aspectos gerais*. São Paulo: Record, 2009, p. 51).

necessário primeiro trilhar o percurso desde os privilégios editorais, passando pelas revoluções liberais, para enfim culminar no complexo sistema ora em vigor.

O primeiro privilégio concedido em Portugal foi a tradução do livro Marco Polo por Valentim Fernandes, em 1502. Na obra, consta na folha de rosto que: “sob o privilégio del Rey nosso Senhor, nenhum faça a impressão deste livro, ne lo venda em todollos se ‘regnos’ senhorios sem licença de Valetim Ferndandez sopena contenda na carta do seu privilégio”⁴⁶.

A transição deste regime para o modelo francês deu-se através da gradativa inclusão de seus preceitos nas Constituições oitocentistas, dentre as quais destacamos a de 1838⁴⁷, que garantiu direitos autorais aos escritores, diferindo expressamente do Estatuto da Rainha Ana na medida em que os tratava diretamente como direitos naturais, não como ferramenta de promoção à aprendizagem e ao progresso⁴⁸.

Posteriormente houve, respectivamente, a primeira legislação portuguesa de propriedade literária (Lei de 18 de julho de 1851) e a sua substituição pelo Código Civil de Seabra, que passou a disciplinar a matéria (arts. 570º a 612º), posicionando-a sob a tutela do Direito Civil, bem como conferindo-lhe proteção perpétua⁴⁹.

Em 1911, Portugal aderiu à Convenção de Berna, o que exigiu uma nova modificação na legislação no tocante aos direitos de autor para adequar o tratamento interno aos ditames da Convenção. Este marco deu início à codificação autônoma do direito do autor, culminando na projeção e publicação do primeiro Código do Direito de Autor em 1966.

Este foi um período movimentado para o ramo: a sua discussão levou à elaboração e ratificação de muitos tratados internacionais, dentre os quais podemos destacar a Convenção que instituiu a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), o Ato de Paris, que revisitou a Convenção de Berna, e a Convenção de Roma,

⁴⁶PEREIRA, 2008, p. 52.

⁴⁷LEITÃO, 2011, p. 32. O autor também destaca que: “A Carta Constitucional de 1826 limitava-se a reconhecer aos inventores no art. 145º, § 24, ‘a propriedade das suas descobertas ou suas produções’, mas não assegurava qualquer protecção à criação literária. Por isso o direito de autor apenas obtém consagração legal pela primeira vez através da Constituição de 1838, cujo art. 23º, § 4º reconhecia o ‘direito de propriedade dos inventores sobre as suas descobertas e dos escritores sobre os seus escritos pelo tempo e na forma que a lei determinar...’”. Boa parte da doutrina concorda ser a Carta Constitucional de 1826 a primeira a mencionar tais direitos no cenário jurídico português, porém, destacamos o posicionamento de Sá e Mello (*Manual de Direito do Autor*. Almedina: Coimbra, 2016, p. 31), que aduz já se encontrar no texto constitucional de 1822 um seu primeiro enunciado.

⁴⁸PEREIRA, 2008, p. 52.

⁴⁹*Ibid.*

acerca dos direitos conexos. O Código de Direito de Autor de 1966 foi substituído pelo Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos de 1985, que sofreu múltiplas alterações em razão dos instrumentos internacionais aos quais Portugal aderiu, bem como em razão da transposição das diretivas comunitárias⁵⁰⁵¹, sendo-lhe o Código Civil e a jurisprudência (nacional e comunitária) adequados para responder o que mais faltar.

No presente, a proteção vigente em Portugal é de 70 anos após morte do autor, ou após a colocação lícita da obra à disposição do público. No caso dos direitos conexos, a proteção foi equiparada aos 70 anos autorais, decorrendo a contagem imediatamente após o evento que enseja a proteção⁵². A discussão sobre a sua natureza jurídica fez com que, desde o início, a disciplina oscilasse entre o direito civil e o direito comercial e continua a ser estudada nas universidades portuguesas, curiosamente sob a tutela desse último⁵³.

Obviamente não se objetiva, a partir desta breve retrospectiva histórica, exaurir todos os marcos e percalços enfrentados pelo direito de autor no âmbito do ordenamento jurídico português; busca-se, humildemente, a elaboração de um panorama que permita ao leitor distinguir de onde veio esse ramo de direito, bem como perceber a direção em que ele se encaminha.

2.4.2 *Proteção Legal Brasileira*

⁵⁰*Ibid.*, pp. 55-56. De se registrar a crítica que o autor faz à fragmentação da matéria autoral no âmbito da legislação portuguesa.

⁵¹“Em termos gerais, a Directiva visa harmonizar, na perspectiva do bom funcionamento do mercado interno, as legislações dos Estados-membros de modo a que os prazos de protecção sejam idênticos em toda a Comunidade. Essa harmonização foi considerada necessária em virtude de as legislações nacionais então em vigor relativas aos prazos de protecção dos direitos de autor e dos direitos conexos conterem disparidades, as quais, embora conformes às Convenções Internacionais (Berna, Roma), seriam susceptíveis de entravar a livre circulação das mercadorias e a livre prestação de serviços, e de falsear as condições de concorrência no mercado comum” (PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *O tempo e o direito de autor: análise da transposição para a ordem jurídica interna portuguesa da Directiva nº 93/98/CEE do Conselho, de 29 de outubro de 1993, relativa à harmonização do prazo de protecção dos direitos de autor e de certos direitos conexos*. Temas de Propriedade Intelectual, I, Associação Portuguesa para o Estudo da Propriedade Intelectual, Grupo Português da ALAI (Association Littéraire et Artistique Internationale), Lisboa, 1999b, pp. 75-85. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28744/1/O%20tempo%20e%20o%20direito%20de%20autor.pdf>>. Acesso em: 19 de março de 2018).

⁵²*Ibid.*

⁵³Na verdade, que significará o facto de os direitos de autor terem sido integrados jurisprudencialmente no Tratado de Roma enquanto propriedade comercial e de serem agora previstos na Carta de Direitos Fundamentais da União como direito de propriedade (intelectual)?” (PEREIRA, 2008, p. 84).

Também no Brasil encontramos um regime legal diretamente advindo do *droit d'auteur*: entende-se que os direitos autorais⁵⁴ pertencem a uma categoria diferenciada de direito, autônoma em relação às demais e de natureza dual, com um viés personalíssimo (sem, porém, perder-se em meio à generalidade dos direitos de personalidade) e um viés patrimonial (sem, porém, adstringir-se aos limites estreitos do direito de propriedade). Na conjuntura do direito brasileiro, busca-se resguardar, de um lado, o acesso da sociedade à cultura e, por outro, os incentivos necessários aos autores para que se mantenham fecundos e contribuindo com o cenário artístico-literário nacional.

O seu desenvolvimento, entretanto, não se deu de forma igual às das outras tantas nações que partiram do regime de privilégios para encontrar, posteriormente, uma disciplina legal sobre a matéria. Isto porque o Brasil é um Estado notadamente mais jovem, haja vista ter sido descoberto e colonizado pelos portugueses apenas em 1500, já após a invenção da imprensa. Não bastasse essa diferença, durante todo o período colonial a imprensa era proibida no país. O Brasil, enquanto subordinado à Portugal, já reconhecia os direitos autorais, mas não havia qualquer incentivo para o desenvolvimento cultural ou literário da colônia.

A primeira constituição efetivamente brasileira, datada de 1824, período imperialista que se seguiu à declaração de independência, trazia um retrocesso em relação à tendência mundial, uma vez que baseava a exploração econômica das obras unicamente na concessão de privilégios políticos e falava apenas sobre os direitos do inventor sobre a sua invenção, ignorando completamente o direito autoral⁵⁵.

Todas as Constituições (já republicanas) que se seguiram a essa trataram da matéria, ainda que de maneira bastante superficial. Garantiram, porém, o básico: a exclusividade da exploração das obras por parte dos autores face a qualquer meio de reprodução por um período limitado de tempo, bem como a oportunidade dos herdeiros gozarem desse direito em caso de morte do autor. Apenas em 1898 surgiu no país a

⁵⁴“Interessante notar que a doutrina refere-se ao Direito de Autor sempre na forma plural, não como um único direito, mas como um conjunto, verdadeiro conglomerado de prerrogativas, o que evidencia instantaneamente a dualidade natural entre os direitos morais e patrimoniais que marcam a sua essência” (MENEZES, Elisângela Dias. *Curso de Direito Autoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 20).

⁵⁵MENEZES, 2007, p. 25.

primeira legislação fora do âmbito constitucional a tratar da matéria, garantindo aos autores esses mesmos direitos para publicações em países estrangeiros⁵⁶.

De maneira análoga à Portugal, o direito autoral foi, em seguida, colocado sob a tutela do direito civil, que passou a regular a matéria através do Código Civil de 1916⁵⁷. Após a revisão deste Código, veio a decisão de editar legislações específicas para algumas matérias, sendo o direito autoral uma delas. Foi apenas em 1973 e, nesse contexto, que surgiu a primeira lei de direitos autorais e direitos conexos do Brasil, que já continha os direcionamentos apontados pela Convenção de Berna, ainda que o Brasil só fosse ratificar o seu texto dois anos depois. O atual Código de Direito Autoral brasileiro data de 1998⁵⁸ e é bastante condizente às normas dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil. O prazo de proteção é de 70 anos para os direitos do autor e 50 anos para os direitos conexos⁵⁹.

2.5 Sistemas derivados do *copyright*

Também o *copyright* inglês, de cunho essencialmente mercantilista, influenciou ordenamentos em suas construções jus-autorais, nomeadamente os Estados Unidos e o Canadá, além, obviamente, dos próprios países integrantes do Reino Unido.

O modelo que emanou do Estatuto da Rainha Ana é mais simples na medida em que não envolve nenhum traço personalíssimo: o *copyright* é puramente um direito patrimonial, comercializável por natureza. Isto ocorre porque não existe confusão entre a autoria (*authorship*) e a titularidade originária do direito (*ownership of the copyright*)⁶⁰. Ao passo que o autor da obra é necessariamente seu titular originário, lhe é concedida a faculdade de transacionar dita titularidade na medida em que lhe convém, sendo certo que é o titular, e não o autor, que possui as prerrogativas de uso exclusivas sobre a obra⁶¹.

⁵⁶BRASIL. *Lei nº 496, de 31 de dezembro de 1898*. Define e garante os direitos autorais. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-496-1-agosto-1898-540039-publicacaooriginal-39820-pl.html>>. Acesso em: 29 de março de 2018.

⁵⁷BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Ver artigos 649 a 673. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 29 de março de 2018.

⁵⁸BRASIL. *Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm>. Acesso em: 29 de março de 2018.

⁵⁹MENEZES, 2007, p. 28.

⁶⁰SÁ E MELLO, 2016, p. 57.

⁶¹“*The owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and to authorize any of the following: (1) to reproduce the copyrighted work in copies or phonorecords; (2) to prepare derivative works based upon the copyrighted work; (3) to distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by*

É importante destacar que o *copyright* nunca encontrou a sua motivação no âmbito social, enxergando o autor como uma figura a ser protegida, pelo contrário: trata-se de um direito que foi gerado a partir da indústria e incorporado à vida pública no sentido de criminalizar as condutas que ameaçassem a sua manutenção. Para estes ordenamentos, o *copyright* é concebido como um direito de exclusivo e a sua proteção implica diretamente na salvaguarda daqueles que nele investem e passam à qualidade de titulares, sejam autores, editores, produtores, entre outros. Os autores recebem a sua remuneração e o seu incentivo com a contrapartida que negociam sobre a titularidade da obra, enquanto que as demais questões referentes à proteção de sua personalidade ficam relegadas à justiça do *Common Law*⁶².

Um bom exemplo desta dissociação é a forma como se encaram os *ghostwriters* no âmbito destes ordenamentos. A atividade dos *ghostwriters* é bastante simples e mundialmente conhecida: são pessoas que elaboram obras – notadamente obras escritas, livros, discursos, roteiros, etc. – e comercializam não somente suas prerrogativas patrimoniais, mas a sua própria autoria. O cliente do *ghostwriter* lhe remunera para que escreva algo em seu lugar, que será para todos os efeitos tratado como seu. Deixando de lado a análise ética que permeia tal ofício⁶³, foquemo-nos na sua repercussão contrapondo o sistema anglo/norte-americano com o continental: ao passo em que tal conduta é absolutamente inadmissível neste, haja vista o caráter personalíssimo de que se reveste o direito moral do autor (inalienável e intransferível), não existe qualquer barreira legal que a oponha no âmbito do *copyright*. Tanto isso é verdade que o Canadá disponibiliza uma

sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending; (4) in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and motion pictures and other audiovisual works, to perform the copyrighted work publicly; (5) in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and pictorial, graphic, or sculptural works, including the individual images of a motion picture or other audiovisual work, to display the copyrighted work publicly; and (6) in the case of sound recordings, to perform the copyrighted work publicly by means of a digital audio transmission” (UNITED STATES. Copyright Law of the United States and Related Laws Contained in Title 17 of the United States Code. Circular 92, December 2016, pp. 16-17. Disponível em: <<https://www.copyright.gov/title17/title17.pdf>>. Acesso em: 26 de março de 2018).

⁶²PEREIRA, 2008, pp. 67 e 73.

⁶³Para uma análise mais aprofundada, cf. ARAUJO, Ana Paula Vilarim Barbosa. Os contratos de *Ghostwriting* no Direito de Autor: Comentário ao acórdão Bruna Surfistinha do Superior Tribunal de Justiça do Brasil (processo nº 2012/0162477). *Revista de Propriedade Intelectual*, n. 2, pp. 201-226. Coimbra: Almedina, 2017.

regulação⁶⁴, com contrato e base salarial, para o correto desempenho do exercício do *ghostwriter*.

Nos Estados Unidos, com suporte do Estatuto da Rainha Ana, o direito de autor foi inicialmente descrito como um instrumento de promoção ao progresso, bem como uma maneira de manter e expandir o domínio público⁶⁵. Trata-se de um entendimento que coloca claramente a sociedade como destinatária final do *copyright*, não o autor. Em momento posterior deste trabalho veremos que essa finalidade funciona muito melhor na teoria do que na prática, onde a principal beneficiária dos direitos de autor não é nem a sociedade nem o criador, mas, sim, a indústria movimentada pela obra.

Vale ressaltar que esse país vivenciou uma trajetória muito curiosa quanto à estipulação de prazos de proteção à obra: o *copyright* iniciou-se na marca dos 14 anos e foi continuamente sendo alargado. Traço marcante é a influência das demandas e do poder que a elas é conferido: o *lobby* legislativo e corporativo que existe por trás de tais extensões tem muita força e foi justamente este esforço empresário que, pressionando o Congresso estadunidense, conseguiu aumentar a proteção para incríveis 95 anos!

Chega a ser irônico que o sistema que expressamente contraria a existência de um direito perpétuo de cunho pessoal sobre a obra seja hoje também o detentor do maior prazo de proteção patrimonial em vigor. Para que os Estados Unidos se tornassem signatários da Convenção de Berna, foi necessário retirar de seu texto o Artigo 6-BIS⁶⁶ que tratava

⁶⁴Através da associação de escritores *The Writers Union of Canada*, disponibilizam-se modelos de contrato de acordo com a obra encomendada, bem como um piso salarial. Mais informações em: <<http://www.writersunion.ca/ghostwriting>>. Acesso em: 26 de março de 2018.

⁶⁵“*The Congress shall have Power To (...) To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries*” Art. 1º, section 8 (NATIONAL Constitution Center. *The Constitution of The United States*, on-line, p. 4. Disponível em <<https://constitutioncenter.org/media/files/constitution.pdf>>. Acesso em: 26 de março de 2018).

⁶⁶“ARTIGO 6-BIS: 1) Independentemente dos direitos patrimoniais de autor, e mesmo após a cessão dos referidos direitos, o autor conserva o direito de reivindicar a paternidade da obra e de se opor a qualquer deformação, mutilação ou outra modificação da obra ou a qualquer outro atentado contra a mesma obra, prejudicial à sua honra ou à sua reputação. 2) Os direitos reconhecidos ao autor em virtude da alínea 1) supra são, após a sua morte, mantidos pelo menos até à extinção dos direitos patrimoniais e exercidos pelas pessoas ou instituições às quais a legislação nacional do país em que a protecção é reclamada dá legitimidade. Todavia, os países cuja legislação, em vigor no momento da ratificação do presente Acto ou da adesão a este, não contenha disposições assegurando a protecção após a morte do autor de todos os direitos reconhecidos por virtude da alínea 1) supra têm a faculdade de prever que alguns desses direitos não se mantêm após a morte do autor. 3) Os meios de recurso para salvaguardar os direitos reconhecidos no presente artigo são regulados pela legislação do país em que a protecção é reclamada” (USP. Universidade de São Paulo. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. *Convenção de Berna para a Protecção das Obras Literárias e Artísticas – 1967*. Disponível em:

justamente do direito moral do autor, tendo em vista que, até os dias de hoje, o país se nega a reconhecer tal direito. Por outro lado, ironicamente, não há qualquer problema em conceder uma proteção econômica de quase um século após a morte do autor.

Este prazo de proteção, bem como o modelo corporativo que o direito de autor incorpora no âmbito do *copyright*, trazem, obviamente, consequências de ordem prática e econômica que possuem um profundo impacto social em todo o mundo (dada a relevância da indústria de entretenimento norte-americana) e que serão abordadas em momento posterior deste trabalho. Por hora, deixamos o questionamento: tamanha proteção é mesmo necessária?

2.6 Teoria monista alemã

O direito de autor na Alemanha se assemelha, em princípio, à concepção do *droit d'auteur*, a partir do momento que identifica o autor como a sua figura central. O *Urheberrecht* evoluiu, a partir dos privilégios de impressão, para a ideia de que a obra é propriedade espiritual do autor, fundada em um direito natural. Também este mesmo direito natural seria fonte justificativa para os direitos dos editores e de outros profissionais futuramente enquadrados no campo dos direitos conexos; não obstante, não se poderia retirar o foco daquele que, da criatividade de seu espírito, efetivamente deu origem à uma obra. Por este motivo, entende-se que o *Urheberrecht* diz respeito apenas aos autores e que estes demais profissionais, que se beneficiam de alguma forma da exploração da obra, devem ser regulados a partir de legislações externas àquele⁶⁷.

A teoria monista alemã, tal qual o *droit d'auteur*, reconhece um vínculo existente entre autor e obra que ultrapassa os limites do econômico. Foram muitos os teóricos alemães (Kant, Kohler, De Boor) que reconheceram os interesses pessoais do autor, argumentando não ser possível atribuir-lhe unicamente uma razão de ser patrimonial para concepção de um direito sobre a obra⁶⁸. O principal ponto de divergência entre esses dois

<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/WIPO-World-Intellectual-Property-Organization-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-de-Propriedade-Intelectual/convencao-de-berna-para-a-proteccao-das-obras-literarias-e-artisticas.html>>. Acesso em: 29 de março de 2018).

⁶⁷PEREIRA, 2008, pp. 69-71.

⁶⁸Houveram também, naturalmente, vozes contrárias a esta vertente: Friedrich Hegel, por exemplo, enxergava o direito de autor como um direito puramente patrimonial e inteiramente alienável.

sistemas é o fato de que a teoria monista enxerga o direito de autor como um direito unitário com dupla função, contrariando a perspectiva dualista trazida pelo modelo francês, que separa o direito à exploração econômica da obra e o direito moral sobre a mesma em duas categorias autônomas.

Fundamentalmente, a legislação alemã entende que essas duas faculdades são indivisíveis desde a sua gênese (daí o monismo), haja vista serem ambas partes integrantes de um mesmo direito, que nasce com a obra e que é, em sua totalidade, intransferível, posto que seja personalíssimo⁶⁹. Este entendimento segue uma linha de proteção aos interesses econômicos e sociais dos mais fracos (princípio do Estado Social): a Alemanha foi, notadamente, o primeiro país a adotar o prazo de 70 anos *post mortem* para proteção dos direitos do autor (à época em que o fez, este prazo era inclusive superior ao imposto pela Convenção de Berna – que foi posteriormente alargado), com o intuito de abrandar e neutralizar o efeito que as duas guerras mundiais exerceram sobre tais direitos⁷⁰.

2.7 Legislações relevantes

Apesar de já ter-se feito menção a alguns dos diplomas e órgãos internacionais mais essenciais ao estudo autoral, reputamos importante identificar brevemente quais são estes, visto que a eles recorreremos durante todo a extensão deste trabalho.

Começamos fazendo alusão à Convenção de Berna, relativa à proteção das obras literárias e artísticas de 9 de Setembro de 1886, completada em Paris em 4 de Maio de 1896; seu texto já foi revisitado várias vezes, tendo sido posteriormente revista em Berlim em 13 de Novembro de 1908 e completada em Berna em 20 de Março de 1914, e, novamente, revista em Roma em 2 de Junho de 1928, em Bruxelas em 26 de Junho de 1948, em Estocolmo em 14 de Julho de 1967 e em Paris em 24 de Julho de 1971, tendo sido novamente modificada em 2 de Outubro de 1979.

A Convenção foi o primeiro grande acordo internacional no âmbito dos direitos de autor, tendo sido impulsionado por países tradicionalmente importadores de obras

⁶⁹“§ 29 UrhG – (1) O direito de autor é intransferível, excepto quando é transferido em cumprimento de uma disposição por morte e a co-herdeiros no contexto de um litígio sobre uma herança. (2) É permitida a concessão de faculdades de utilização (§ 31), autorizações/acordos jusobligacionais e acordos relativamente a faculdades de exploração, bem como os negócios jurídicos sobre direitos de autor regulamentados no § 39” (SÁ E MELLO, 2016, p. 90).

⁷⁰PEREIRA, 1999b, p. 77.

intelectuais. Não obstante ter sido o primeiro, ainda hoje é o carro-chefe da proteção autoral no mundo inteiro. De cunho marcadamente protecionista, foi ela a responsável por moldar grande parte dos ordenamentos jurídicos anteriormente mencionados, à exceção dos Estados Unidos da América, que longamente adiou a sua adesão ao instrumento, somente cedendo aos seus termos após a revisão de Paris⁷¹.

A Convenção é atualmente administrada por um órgão internacional também relevante ao estudo aqui empreendido: a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), responsável pela administração global dos assuntos relacionados à matéria, criada em 1967 em Estocolmo, apesar de ser sediada em Genebra. Foi no âmbito da OMPI que se desenvolveu o Acordo Relativo aos Aspectos do Direito de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (ADPIC), também comumente referido pela sua denominação em língua inglesa (Acordo TRIPs), datado de 1994, relativo à comercialização tanto dos direitos de autor e dos direitos conexos, bem como dos direitos de propriedade industrial⁷².

Afora a Convenção de Berna, temos, sob a administração da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), a Convenção Universal do Direito de Autor, aprovada em Genebra em 1952, posteriormente revista em 1971 em Paris, em conjunto com a Convenção de Berna. Apesar dessa aproximação e da matéria comum, o que se observa é que a Convenção Universal é bem menos exigente que aquela⁷³.

Tem-se ainda a Convenção de Roma, assinada em 1961, para proteção dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonograma e dos organismos de radiodifusão,

⁷¹ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: Direito de autor e direitos conexos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 36.

⁷²“O acordo é norteado pelos interesses do comércio mundial, que pretende proteger e promover, através de uma regulamentação pormenorizada que confira certeza e segurança jurídicas aos agentes económicos. Além do mais, este acordo parece implicar que, em diversos domínios, o interesse geral é ditado pelos interesses do comércio, o que não deixa de ser problemático” (PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Direito de autor, liberdade electrónica e compensação equitativa*. *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, volume LXXXI, 2005, p. 461. Disponível em:

<<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28797/1/DIREITO%20DE%20AUTOR%2c%20LIBERDADE%20ELECTR%C3%93NICA%20E%20COMPENSA%C3%87%C3%83O%20EQUITATIVA.pdf>>. Acesso em: 19 de junho de 2018).

⁷³A postura mais branda da Convenção Universal em relação à de Berna se justifica pela “consagração de uma fórmula para os Estados Unidos se colocarem no centro do movimento protecionista do direito de autor sem aceitarem as exigências da Convenção de Berna” (ASCENSÃO, 2012, p. 38).

tratando, em suma, dos direitos conexos. Curiosamente, Portugal não a ratificou, apesar de defender tais direitos em seções específicas do CDADC⁷⁴.

No âmbito comunitário, há ainda que falar-se nas diretivas de direitos de autor que visam uniformizar o tratamento dispensado ao ramo na União Europeia e terminam por influenciar diretamente a sua regulação. Seu objetivo é aproximar o máximo possível o tratamento que é deferido pelos estados membros a esta matéria. Os direitos de autor e os direitos conexos já foram e ainda são tema de diversas diretivas, dentre as quais destacamos a 2001/29/CE, que impõe a necessidade de uma proteção elevada de tais direitos e clama pela necessidade de alinhamento entre os ordenamentos jurídicos dos estados europeus para que, não havendo disparidade entre os tratamentos, seja possível manter o bom funcionamento do mercado interno.

2.8 Considerações finais

Fato consumado é que o direito de autor se subdivide em duas correntes majoritárias que influenciaram e moldaram o cenário jus-autoral que hoje percebemos. Ao passo que ambos os regimes possuem bons e maus referenciais, pontos de acerto e de exagero, observa-se uma tendenciosa convergência de um em direção ao outro: o *copyright* (especialmente o norte-americano), que segue ignorando o direito moral do autor, revestiu-se de prazos tão alargados para proteção das prerrogativas econômicas das obras sobre as quais incide que chegou a ultrapassar o prazo comumente estabelecido nos países de tradição continental, quase todos signatários da Convenção de Berna e generalizados em 70 anos para os direitos de autor.

De igual maneira, os sistemas influenciados pelo *droit d'auteur* passaram a gradativamente colocar a indústria de entretenimento como prioridade, colocando a figura do autor romântico que tanto inflamou a proteção autoral no passado em segundo plano e a sociedade e o seu acesso à cultura e conhecimento científico como absolutos coadjuvantes. Tudo isso, claro, é consequência da constante evolução midiática que se deu com a banalização do acesso à Internet, cuja análise pormenorizada faremos adiante:

⁷⁴*Ibid.*, p. 40.

potencializou-se o acesso de qualquer pessoa em qualquer lugar do mundo a praticamente qualquer conteúdo que desejar, seja na posição de consumidor ou de contribuinte.

É bastante irônico que ambos os sistemas, antagônicos que deveriam ser⁷⁵, terminem por chegar ao mesmo ponto: uma proteção desarrazoada, difícil de entender. Ora, um defende a veiculação de informação e o incentivo à criação como ponto chave, ao passo que o outro eleva o trabalho criativo do autor ao máximo grau de proteção; ambas redundam ao coroar não o indivíduo, nem a sociedade, mas o mercado como principal ganhador no contexto das relações autorais. É uma conta que não fecha. Destarte, questionamos: chegando-se aos mesmos resultados através de sistemas distintos, o que isso pode nos ensinar acerca do enquadramento jurídico-funcional dos direitos de propriedade intelectual? E, ainda, que impacto eles efetivamente têm na sociedade moderna? É o que atentamos elucidar ao longo dos próximos capítulos.

⁷⁵ “Tais regras reflectem determinada ponderação de interesses: por força delas, é atribuído ao autor o exclusivo de fruir e utilizar a obra, mas dentro de certos limites ditados por considerações de índole social. É esta ponderação que constitui o problema nuclear do Direito do Autor. As diferenças de regime que separam os sistemas jurídicos nacionais nesta matéria são consequência da diversa valoração desses interesses” (VICENTE, Dário Moura. O equilíbrio de interesses no Direito de Autor. *Direito da Sociedade da Informação – Associação Portuguesa do Direito Intelectual*, volume IX pp. 249-275, abril. 2010, p. 250).

3 TEORIZAÇÕES ACERCA DA NATUREZA DO DIREITO DE AUTOR

Muito se questionou (e ainda se questiona⁷⁶) acerca da natureza jurídica do direito de autor. Ao longo de seu percurso histórico, foram feitas reiteradas tentativas para encaixá-lo no âmbito dos parâmetros já existentes; o que ocorre é que ele sempre se apresentou como algo distinto, unindo em si características que, quando examinadas sob o mesmo enfoque, não faziam sentido juntas. Nesse sentido, nos é pertinente adentrar (mesmo que brevemente) no estudo da natureza jurídica do direito de autor, haja vista que é apenas a partir dela e do conjunto de conteúdos e características que apresenta, que podemos proceder ao exame do regime de tratamento do direito de autor⁷⁷.

A primeira questão pertinente a ser solucionada quanto a este é saber se o seu estudo se localiza no campo do direito privado ou do direito público. Afinal, trata-se de um ramo do direito que movimenta tanto os interesses de indivíduos específicos, bem como o domínio cultural, que é pertença de toda a sociedade. Aqui resta pacificada a doutrina no sentido de admitir o direito de autor como um direito privado, mesmo levando em consideração o interesse público que nele se verifica, vez que na letra da lei e nos casos concretos praticamente não se encontram referências à estrutura ou ao funcionamento dos órgãos públicos⁷⁸.

Passada esta primeira etapa classificatória, é pertinente saber se o direito de autor pertence ao grande lugar-comum do direito privado, o direito civil, ou se é algo inédito e autônomo em si mesmo, um direito privado especial. A este propósito, apesar de haver hoje uma posição dominante, nunca houve uma concordância da doutrina, ou mesmo nos tribunais, que parecem sempre divergir quanto ao tratamento dispensado ao direito de autor⁷⁹. Destarte, parece-nos interessante tomar parte neste debate e oferecer um

⁷⁶“Na verdade, o que significará o facto de os direitos de autor terem sido integrados jurisprudencialmente no Tratado de Roma enquanto propriedade comercial e de serem agora previstos na Carta dos Direitos Fundamentais da União como direito de propriedade (intelectual)?” (PEREIRA, 2008, p. 84).

⁷⁷“A estrutura de um direito reflecte-se no seu conteúdo e características definidos pelo seu regime. A sua natureza decorre destes últimos e não pode desligar-se da concepção doutrinária que enforma o respectivo regime legal; é, portanto, evolutiva” (SA E MELLO, 2016, p. 355).

⁷⁸ Recorremos aqui à ressalva feita por Ascensão (*Direito Civil: Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 29) sobre as eventuais regras de ordem pública no âmbito do direito de autor: “regras de índole pública, como as respeitantes à competência dos órgãos administrativos, são meramente complementares em relação ao núcleo da disciplina, e são aliás em muito menor número que as que se encontram hoje em qualquer ramo do Direito Privado, excepção feita talvez ao Direito das Obrigações”.

⁷⁹ “Da parte da jurisprudência comum, não é muito frequente tomar partido sobre a questão da natureza jurídica dos direitos de autor [...]. Não obstante, em dois acórdãos distintos, a Relação de Lisboa emitiu

contributo, perpassando as teorias já existentes, majoritárias ou não, para fazer sentido dos posicionamentos que nos parecem mais relevantes. Passemos, então, à análise teórica.

3.1 Teorias monistas

Na esteira do *Urheberrecht*, muito já se discutiu sobre a concepção do direito de autor enquanto direito unitário. Ao passo que algumas dessas ideias e teorias caíram por terra, ainda há aquelas que possuem adeptos. O cerne da questão é que todas essas correntes concordam que o direito de autor protege interesses de diferentes índoles e naturezas, mas não acreditam que esses mesmos interesses apresentam características distintivas o suficiente para que sejam considerados autônomos, devendo se submeter, portanto, a um regime unitário⁸⁰.

Não se trata de ignorar as particularidades que acompanham o direito autoral, mas, sim, de uma maneira de simplificar o seu tratamento. Dois cenários podem resultar desse curso de ação: ou os diferentes aspectos refletidos são absorvidos por um deles, considerado dominante, e os demais se sujeitam ao regime jurídico previsto para este, ou, sendo algo inteiramente novo em si mesmo, desenvolve-se uma nova categoria, um direito *sui generis*, e, em consequência, um novo regime, especialmente para lhe endereçar – caso da Alemanha.

3.1.1 O direito de autor enquanto direito de propriedade

A teoria mais comumente utilizada é a de que o direito de autor é, na verdade, um direito de propriedade. Isto porque propriedade, pertença, sentimento de posse, são

posições diversas. Assim, no acórdão de 9 de Junho de 1981 (CJ 1981, III, 62-3), relativo a um caso que opôs a Livraria Bertrand às Publicações Universais Delfos, estando em causa a publicação por esta última do *Tratado de Economia Marxista* sem autorização da primeira, a Relação de Lisboa sustentou que o direito de autor é ‘correspondente a um direito de propriedade, transmissível por mero efeito do contrato’, no sentido de ser um ‘direito de natureza paralela a um direito real’. Mais recentemente, no acórdão de 2 de Julho de 2002 (CJ 2002, IV, 63-6), num caso em que estava em causa a proteção dos direitos de autor de um *freelancer* do ‘Diário de Notícias’, a Relação de Lisboa afirmou que ‘a protecção do direito moral constitui a verdadeira essência do direito de autor, o carácter eminentemente pessoal da criação literária, artística ou científica, da <<paternidade>> atribuída ao seu criador’. Assim, enquanto o primeiro acórdão segue a teoria do direito de autor como direito de propriedade ou, pelo menos, de ‘direito de natureza paralela a um direito real’, já no segundo prevaleceu o entendimento de que a ‘essência’ do direito de autor radica no direito moral, isto é, no seu conteúdo pessoal” (PEREIRA, 2008, pp. 92-93).

⁸⁰SÁ E MELLO, 2016, p. 355.

conceitos intuitivos a qualquer pessoa, até mesmo às crianças. A propriedade pode, por definição, ser entendida como um direito real complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, que outorga a seu titular o exercício de amplos poderes sobre a coisa objeto do direito. Dentre tais poderes, estão as faculdades de usar, gozar, dispor, bem como a de reavê-la de quem a injustamente possuía ou detinha⁸¹. Nos países de tradição civilista continental, a exemplo de Portugal e Brasil, o direito de propriedade encaixa-se no nicho dos direitos privados, ainda que seja protegido constitucionalmente⁸².

No início, o conceito de propriedade era entendido sem grandes mistérios, como apenas aquilo que era tangível, um objeto, um imóvel, algo palpável que, existindo no mundo real, poderia ser subjugado, utilizado e subtraído. As ideias empregadas para justificar o instituto eram bastante óbvias e respondiam às demandas da sociedade da época. Ocorre que, à medida em que o pensamento social evoluiu para classificar e distinguir os bens objetos de propriedade em particulares e públicos, móveis e imóveis, rurais e urbanos, observou-se que tipos diferentes de coisas requeriam regras também diferentes que lhe correspondessem⁸³. Concluiu-se, pois, que é indispensável observar as características intrínsecas do objeto para que bem se compreenda como se estrutura o respectivo direito de propriedade⁸⁴.

Da discussão acerca da pluralidade de bens e dos tipos de propriedade, um ponto em particular nos interessa: nem toda propriedade recai sobre um bem material. Essa percepção aguçou-se com as ações e as marcas, bens que possuem pouca ou nenhuma expressão física, mas repercutem grandemente na esfera patrimonial, e foi progressivamente aplicada ao direito de autor, que passou a integrar uma categoria chamada propriedade intelectual, possuidora de características especiais⁸⁵. Sem embargo, a

⁸¹BRANCO, Sérgio. *O domínio público no direito autoral brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 10-13.

⁸²Ver art. 62º da Constituição da República Portuguesa e incisos XXVII, XXVIII e XXIX do art. 5º da Constituição Federal Brasileira.

⁸³BRANCO, *op. cit.*, p. 17.

⁸⁴PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà e le Proprietà. La Proprietà nel Nuovo Diritto*. Mião: Guiffrè, 1964.

⁸⁵O próprio Código Civil Português faz menção a estas particularidades: em seu artigo 1302º, que disciplina o objeto do direito de propriedade, dispõe que: “só as coisas corpóreas, móveis ou imóveis, podem ser objecto do direito de propriedade regulado neste código”, ao passo que já no dispositivo contido no art. 1303º, intitulado (Propriedade Intelectual), justifica “1. Os direitos de autor e a propriedade industrial estão sujeitos a legislação especial. 2. São, todavia, subsidiariamente aplicáveis aos direitos de autor e à propriedade industrial as disposições deste código, quando se harmonizem com a natureza daqueles direitos e não contrariem o regime para eles especialmente estabelecido” (PORTUGAL. *DL n.º 47344/66, de 25 de novembro*. Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação. Disponível em:

sua grande precursora foi a propriedade chamada espiritual, que remonta aos postulados jusnaturalistas do século XVIII e que teve como grande expoente Johann Stephan Putter⁸⁶.

É importante ressaltar que a propriedade intelectual não é constituída apenas pelo direito de autor, mas também por outros ramos que possuem tratamentos jurídicos distintos. Em termos gerais, para além do direito de autor, também a propriedade intelectual engloba o direito de patente⁸⁷ e o direito de propriedade industrial⁸⁸. Estas outras vertentes, apesar de distanciarem-se em conteúdo do direito de autor, importam na medida em que participam da mesma classificação, o que será alvo de comentário em momento posterior deste trabalho, e são considerados, na mesma medida e forma que aquele, como direitos incorpóreos, propriedades de natureza especial.

Em Portugal, ferrenho defensor dessa teoria foi Almeida Garret que, apesar de discorrer sobre a propriedade literária e artística, defendia que ela não deveria ser perpétua⁸⁹. Não obstante, também houve quem se posicionasse de modo contrário, argumentando que essa classificação cria um valor fictício para considerar existente uma falsa propriedade que, em termos materiais, só pode recair nos livros publicados, ao passo que o trabalho criativo do autor já teria sido remunerado bem antes, quando da edição do livro⁹⁰. Foi esse o posicionamento de Alexandre Herculano, que ainda argumentava que o

< http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis>. Acesso em: 29 de março de 2018).

⁸⁶ “[...] considerava que a propriedade espiritual existente sobre as obras resultava da natureza das coisas, que estabelece uma claríssima distinção entre os contratos de edição e de venda, já que a compra de um livro não autorizaria o comprador a imprimir o seu conteúdo” (LEITÃO, 2011, p. 39).

⁸⁷ “*Patent law encourage invention. It grants a temporary monopoly to an inventor of a tangible, useful, and ‘nonobvious’ device or process. Patents cover inventions and processes, not words, texts or phrases. A patent monopoly lasts a much shorter time than a copyright does – twenty years compared with the life of the author plus seventy years – but protect more broadly. A patent protects the ideas, as well as the specific invention itself, so that the similar invention that operates along the same lines as the protected invention would be considered an infringement. [...] Once a product is covered by a patent, the patent holder is required to place the details of the design in the public record, so that others might benefit from new or newly applied knowledge. In exchange for the public service of disclosure, the patent holder temporarily receives exclusive rights to make, sell, and authorize others to make or sell the patented product*” (VAIDHYANATHAN, 2003, pp. 18-19).

⁸⁸ “*A trademark is some specific signifier such as a logo, design, color scheme, smell, sound, or container shape that points to the product’s origin. It allows and provides an incentive for a company to offer a consistent product or some predictable quality. For instance, whenever you buy a beverage labeled “Coca-Cola”, you assume from the name of the can that it will taste just like the last Coke you drank. [...] The social value of trademarks is minimal. Their commercial and proprietary value is enormous*” (Ibid.).

⁸⁹ “Logo, não basta a criação mental para existir a propriedade literária, é precisa a concorrência da sociedade, [...]. A sociedade exige, pois, concessões pela sua cooperação, assim como o autor as exige dela, e por igual motivo. Seja inviolável, seja transmissível a propriedade literária, mas dentro de um prazo determinado, findo o qual o direito de autor cesse, e o da sociedade comece” (GARRET *apud* SÁ E MELLO, 2016, p. 356).

⁹⁰ LEITÃO, *op. cit.*, p. 33.

reconhecimento da propriedade intelectual conferiria uma proteção irrestrita a qualquer obra, mesmo às que tivessem pouco ou nenhum valor cultural, aumentando, em sua ótica, a propensão à publicação de obras frívolas e prejudiciais.

Apesar do radicalismo de seu posicionamento, Herculano chama atenção para uma repercussão dessa teoria que merece destaque, a partir do momento em que, para que funcione na prática, cria-se uma ficção jurídica. Isto porque, conforme apontamos, a propriedade intelectual não se comporta tal e qual a propriedade física, e a principal distinção é que a sua subtração por outrem não implica necessariamente na privação do proprietário de seu uso. Ora, a cópia de um livro não impede a circulação do original, não priva outras pessoas da oportunidade de adquiri-lo, tampouco impede o seu aproveitamento por quem já o tenha em mãos, por exemplo. Como, então, aplicar os preceitos básicos do instituto da propriedade à propriedade intelectual?

Do ponto de vista funcional, *cria-se* a ideia de escassez que termina por justificar o direito de autor, encaixando-o de fato no nicho do direito real de propriedade, e é justamente esta escassez que será objeto de estudo do terceiro capítulo desta obra: restringe-se artificialmente um bem especialmente desejado pela sociedade, e que existe em abundância, para promover a concorrência em seu ramo mercantil, transformando-o em algo rentável⁹¹.

Do ponto de vista ontológico, procede-se à *coisificação* de um bem que é imaterial. Apesar do termo esdrúxulo, a doutrina já reconhece que a noção de coisa se estende aquém da corporalidade da *res*⁹², podendo também coisas não corpóreas serem objetos de relações jurídicas⁹³. Posto isso, até mesmo bens personalíssimos podem vir a ser considerados coisas para fins de utilização econômica, aproveitando-se de um regime jurídico análogo ao da propriedade, para que possam ser explorados a fim de retorno patrimonial. Nesses termos, podemos falar da disposição da imagem ou do direito à intimidade da vida pessoal. De maneira similar, temos o regime jurídico da propriedade intelectual, um regime que possui suas especificidades sem, no entanto, deixar de ser um ramo reconhecido do direito de propriedade.

⁹¹PEREIRA, 2008, p. 114.

⁹²“Aliás, a própria noção legal de coisa do Código Civil (art. 202º, 1) é desprovida de rigor científico sendo por isso geralmente desconsiderada pela doutrina” (*Ibid.*, p. 108).

⁹³*Ibid.*, p. 109.

Independente dos posicionamentos contrários à época em que se iniciaram as discussões e até nos dias contemporâneos (José de Oliveira Ascensão e Alberto Sá e Mello, por exemplo, se mostram contrários ao direito de autor enquanto direito real), a propriedade intelectual foi legitimada pela legislação portuguesa, primeiramente no Código Civil de Seabra, sob a designação de propriedade literária e artística, e pelo decreto conhecido como Lei Cunha Gonçalves, regulador da propriedade literária, *científica* e artística, que equiparava em termos expressos o direito de autor a um direito real, considerado e regido “como qualquer outra propriedade mobiliária” (art. 36º)⁹⁴. Nos dias de hoje, a propriedade intelectual encontra-se prevista no Código Civil em seu art. 1303º, e essa classificação é defendida por nomes importantes da doutrina nacional, tais como Antunes Varela e Pires de Lima.

Sem embargo, também à propriedade intelectual são dirigidas críticas que apontam em seu conceito uma ligeira discrepância, como, por exemplo, o fato de que a propriedade, no âmbito do direito real, é perpétua, ao passo que o direito de autor, bem como outros dos componentes da propriedade intelectual (o direito à patente, por exemplo) são limitados, em razão do domínio público. Leitão⁹⁵ aponta uma aparente contradição, destacando que a própria lei preceitua que o direito de propriedade deve recair apenas sobre coisas corpóreas, como manda o art. 1302º do Código Civil, que delimita o seu objeto⁹⁶. O instituto jurídico da propriedade pressuporia, portanto, a materialidade do objeto, o que o tornaria suscetível a atos de posse, que não se verificam no direito de autor⁹⁷. Acusa-se ainda o termo “propriedade” de mascarar o viés pessoal contido no direito de autor, sendo, por isso, inadequado para a sua designação.

De toda maneira, a adoção da chamada propriedade intelectual é encarada majoritariamente como uma evolução em relação ao modelo de privilégios anteriormente em vigor, uma vez que possibilitou endereçar a vasta maioria das questões que circulavam em torno de tais direitos e que derive simplesmente da natureza das coisas, sendo a decorrência de um direito natural⁹⁸. Afinal, emprestando as palavras da *Justice Aston*, em seu pronunciamento no caso *Millar. v. Taylor*, de 1769, não se conhece ou se pode compreender qualquer propriedade que seja mais enfaticamente de um homem do que o

⁹⁴LEITÃO, 2011, p. 34.

⁹⁵*Ibid.*, p. 14.

⁹⁶No mesmo modelo, o §90 do BGB.

⁹⁷ASCENSÃO, 1992, p. 678.

⁹⁸PEREIRA, 2008, p. 86.

seu trabalho literário⁹⁹, alongando-se, por óbvio, o sentido dessa sentença para as demais categorias de criações artísticas que derivem do espírito humano.

3.1.2 O direito de autor enquanto direito de personalidade

Malgrado a grande aceitação existente na doutrina da teoria do direito de autor enquanto direito real especial, como um gênero de propriedade, ainda há quem defenda teorias contrárias. Muito já se falou, por exemplo, sobre a inserção do ramo autoral no rol de direitos da personalidade, haja vista o direito moral do autor¹⁰⁰. Este direito conta, de fato, com características que se assemelham às dos direitos personalíssimos: é inalienável, irrenunciável, imprescritível e perpetua-se mesmo com a morte do autor¹⁰¹.

A doutrina se divide quanto a quem primeiro formulou essa teoria - o francês Bertrand ou o alemão Otto Von Gierke¹⁰²; o que se sabe é que ela derivou da doutrina filosófica de Kant e que a sua pretensão é simples: trata-se de um direito personalíssimo que confere ao autor, enquanto “pai” da obra, prerrogativas exclusivas que lhe serão preservadas independentemente de qualquer negociação econômica que gire em torno dela (direito ao inédito, direito de retirada, direito de sequência, direito de designação da autoria, dentre outros). Ela justifica o fato de ser supostamente proibido¹⁰³ ao comprador de livros proceder livremente a sua reimpressão, vez que este é dono apenas de um suporte físico da obra ao passo que o autor continua a ser dono da sua criação intelectual, pois nela reflete-se a sua própria personalidade enquanto manifestação de seus pensamentos¹⁰⁴.

Essa teoria ganhou força em especial na Alemanha, onde considerava-se que a proteção destinada às obras artísticas e literárias decorria do fato de que elas integravam a esfera pessoal do autor enquanto criações de seu espírito. Daí destacamos novamente que,

⁹⁹Trecho encontrado na obra de Pereira (2008, p. 84), com tradução nossa.

¹⁰⁰O art. 70º do Código Civil dispõe sobre a tutela geral da personalidade nos seguintes termos: “a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”.

¹⁰¹Cf. art. 56º, 2, do Código de Direitos do Autor e de Direitos Conexos. Disponível em:

<https://ciist.ist.utl.pt/docs_da/codigo_direito_autor_republicado.pdf>. Acesso em: 03 de abril de 2018.

¹⁰²“O fundador desta teoria [que defende ser o direito de autor uma emanção do direito da personalidade] é o francês Bertand, embora tenha sido elaborada por Otto Von Gierke: ‘O direito de autor é um elemento da personalidade, cujo objeto é constituído por uma obra intelectual, considerada como parte integrante da esfera da personalidade’ [...] Surge do ato íntimo da criação e as faculdades que confere são, substancialmente, o poder originário e principal de manter a obra em segredo ou comunica-la ao público, considerado não como um direito patrimonial sobre um bem econômico, mas como um direito da personalidade sobre um bem intelectual. Não passa, pois, de um prolongamento da personalidade do autor, uma vez que tal personalidade não pode ser separada do produto de seu talento criador” (CHAVES, Antônio. *Direito de Autor: princípios fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 12).

¹⁰³Discutiremos acerca desta “proibição” no ponto 4.3.

¹⁰⁴LEITÃO, 2011, p. 40.

no âmbito das teorias monistas, o aspecto que seja considerado de maior relevância sobrepõe sua natureza jurídica a dos outros, de modo que não se ignora aqui que a obra possui implicações em outras esferas da vida do autor, como a financeira, por exemplo, mas pelo contrário: reconhecem-se e endereçam-se esses outros aspectos, mas sempre sob a ótica do direito de personalidade, por entender que, em última instância, o direito de autor sempre tutelar uma expressão da personalidade deste¹⁰⁵.

Essa teoria possui o mérito de justificar o direito moral do autor, direito este que remonta à França do século XIX (um tribunal francês reconheceu, em 1814, o direito de um autor a ter seu manuscrito inalterado pela editora a qual o havia cedido, condicionando as futuras alterações à sua autorização¹⁰⁶) e visa, de maneira sucinta, preservar a personalidade do autor tal e qual ele a quis manifesta na obra.

Todavia, é válido salientar que a essa teoria assomam-se muitas críticas¹⁰⁷, com as quais nos vemos obrigados a concordar: primeiramente, devido à incompatibilidade, vez que os direitos personalíssimos são inatos, ou seja, acompanham o indivíduo desde o momento em que ele adquire personalidade jurídica (a partir do nascimento com vida), o que obviamente não comporta o direito de autor, vez que este só nasce a partir da concepção da obra. É esta, aliás, o verdadeiro objeto do direito de autor: a personalidade do responsável pela sua criação enquanto algo a ser considerado quando da proteção autoral é mero reflexo, visto que a obra é uma expressão da personalidade do autor. Podemos concluir, portanto, tratar-se o direito moral do autor um direito personalíssimo de caráter especial, tal qual o direito de propriedade intelectual que possui caracteres distintivos do direito de propriedade que, apesar de permitirem o seu enquadramento, impedem a inteira aceção de um pela generalidade do outro.

Essa incompatibilidade também se manifesta na prática: os direitos personalíssimos objetam defender qualquer ofensa à personalidade da pessoa, seja esta física ou moral. Ora, dadas as diferentes facetas do direito de autor, verifica-se que uma eventual lesão não precisa ser necessariamente moral, muito menos física: em verdade, o mais comum é que esta seja de ordem patrimonial, caindo fora do escopo de proteção dos direitos de personalidade¹⁰⁸.

¹⁰⁵“Efectivamente, sendo a actividade de criação intelectual uma componente essencial da natureza humana, teria que ser vista sempre como uma emanção da personalidade do seu titular” (LEITÃO, 2011, p. 40).

¹⁰⁶Cf. *Billecocq v. Glendaz, Tri. civ. Seine*, 17 de agosto de 1814.

¹⁰⁷Nomeadamente Sá e Mello (2016, p. 363).

¹⁰⁸CHAVES, 1987, p. 13.

Assim sendo, se aceitássemos o direito de autor enquanto direito exclusivamente personalíssimo, aos autores negaríamos reparações contra lesões exclusivamente de caráter financeiro, o que, especialmente pelo nível de projeção que pode ser alcançado pelas obras que recaem sobre a proteção deste direito, é absolutamente ridículo.

Ademais, há de se destacar a falta de reconhecimento dos países derivados do sistema *copyright* do caráter personalíssimo conferido ao direito autoral pelo direito moral do autor. Foi precisamente em razão desse direito, enquanto prescrito no art. 6-BIS da Convenção de Berna, que os Estados Unidos protelaram a sua adesão ao diploma, de maneira que é bastante possível prever dificuldades de negociação e tensões entre países de forte tradição em importação de trabalhos autorais e um sistema inteiramente pautado em uma característica que sequer lhes é reconhecível.

Por fim (e aqui colocamos a razão a qual atribuímos maior peso), a verdade é que, nos termos de uma teoria monista que considere o direito de autor apenas como um direito de personalidade, não é possível reconduzi-lo às formas de utilização da obra de cunho efetivamente patrimonial. E, quando houver constituição de um direito derivado, ou cessão do direito de autor, como explicar isso nos termos de um direito de personalidade?¹⁰⁹ É predominantemente esta impossibilidade que leva essa teoria a ser rechaçada, pois, ainda que seja possível discutir-se que aspecto ocupa a posição de domínio no ramo, é inconcebível tratar do direito autoral sem tratar também das suas prerrogativas patrimoniais.

3.1.3 O direito de autor enquanto direito de exclusivo

Ainda há aqueles que, na esteira do modelo *copyright*, entendem o direito de autor como um direito de exclusivo ou de monopólio. Os defensores dessa teoria afirmam que o direito de autor se trata, na verdade, de uma categoria autônoma, que não pode ser meramente reduzida aos padrões dos direitos reais, pessoais ou obrigacionais¹¹⁰. Filosoficamente falando, justifica-se essa teoria tendo por base a impossibilidade fática de apropriar-se efetivamente de uma obra, tendo em vista que esta não se confunde com o suporte físico no qual é veiculada. É uma corrente doutrinária que concorda com a ideia de

¹⁰⁹ASCENSÃO, 1992, p. 671.

¹¹⁰PEREIRA, 2008, p. 93.

res corporales, ou seja, de que a coisa, para que seja tratada como direito real, deve ser corpórea¹¹¹.

Grande expoente dela em Portugal é Ascensão (1992), que apresenta ainda mais argumentos contrários à incorporação do direito de autor ao direito real de propriedade: afirma este que outro grande diferencial entre tais direitos é que, afora as faculdades que estão diretamente ligadas à exploração econômica da obra, não há qualquer distinção entre o aproveitamento que o autor e o público em geral podem retirar da obra. Um direito que não outorga sobre a obra poderes diversos dos que cabem a qualquer pessoa não pode ser um direito real¹¹².

Em termos simples, considera-se que os direitos autorais (nestes inclusos os conexos) nada mais são do que a concessão temporária de um monopólio, um negócio jurídico que constitui um exclusivo de exploração econômica de uma criação ou de uma performance artística por um período determinado de tempo, restringindo, nesse lapso temporal, a liberdade de comércio e o acesso público aos bens culturais e à informação¹¹³.

Filosoficamente, essa teoria descende dos chamados “direitos de clientela” de Roubier e dos “direitos intelectuais” de Picard¹¹⁴, ambos direitos *sui generis*, tal qual o direito de exclusivo também o seria. No âmbito dessa categoria autônoma, o que o autor exerce sobre a obra não faz parte do rol de atribuições existentes sobre a propriedade, mas, sim, de uma concessão estatal que lhe reserva certas atividades relativas à obra. Tais faculdades são, em primeiro plano, de ordem patrimonial, ficando o aspecto pessoal relegado ao segundo plano, sob a tutela dos direitos personalíssimos¹¹⁵. Quanto a esse ponto, Ascensão (1992) opina que também as faculdades pessoais do autor fazem parte de um direito de exclusivo, já que, muitas vezes, terminam por exprimir-se na abstenção de um terceiro: o direito de conservar a obra inédita, o direito a modificação ou direito à designação da autoria, por exemplo¹¹⁶.

¹¹¹*Ibid.*

¹¹²ASCENSÃO, 1992, p. 681.

¹¹³MOURA VICENTE, 2005 *apud* PEREIRA, 2008, p. 94.

¹¹⁴[...] um direito *sui generis* que, na expressão de Picard: ‘representa o ponto-de-encontro de uma multiplicidade de direitos que nascem da actividade da inteligência e se caracterizam por uma exclusividade ou monopólio, no qual se fazem absorver as prerrogativas pessoais do criador’” (SÁ E MELLO, 2016, p. 360, nota de rodapé 585).

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 585.

¹¹⁶ASCENSÃO, *op. cit.*, p. 684. O autor ainda completa o seu raciocínio: “Daqui inferimos que a qualificação do direito de autor como um direito de exclusivo não está dependente da sua qualificação como direito pessoal ou patrimonial. Mas nem sempre a situação nos surge com a mesma nitidez. Assim, no direito de retirada ou no direito à integridade são elementos da personalidade, como a honra, que surgem em

Todavia, outros estudiosos da doutrina nacional desqualificam uma a uma as bases sob as quais se sustenta a teoria de um exclusivo de direitos: primeiramente, resta sem razão o fundamento da *res corporalis* contido no dispositivo de nº 1302 do Código Civil, posto que apenas a ele se submete o direito de propriedade regulado pelo próprio Código. É plenamente possível que exista, na legislação extravagante, outros tipos de propriedade que sejam reguladas mediante regramentos especiais¹¹⁷. É precisamente este o caso da propriedade intelectual, como preconiza o art. 1303º. Não pode, portanto, o leitor furtar-se ao sentido da letra da lei deixando de conjugar a leitura do artigo 1302º com a do artigo 1303º apenas pelo bem da sua teorização.

Conforme discutimos anteriormente, o legislador escolheu conferir um direito especial de propriedade às obras, chamando-lhe “propriedade intelectual”, justamente em decorrência da sua imaterialidade. O seu objetivo não foi, portanto, amoldar a criação, incorpórea em sua essência, ao conceito de coisa já existente no Direito, e sim instituir um regime jurídico que fosse análogo ao dispensado às coisas já reguladas. O regime da propriedade intelectual não é, enfim, de todo incompatível com o da propriedade comum, regulada no seio do Código Civil; mas as incompatibilidades que existem (e não se pode negar que elas existem) servem como justificativa para a sua especificidade, não para sua inadequação¹¹⁸.

Nesse sentido, emprestamos as palavras do próprio Ascensão (1992), que afirma que só haverá de abrir-se uma nova categoria dentro do feixe de direitos absolutos se não for possível a integração em nenhuma das categorias preexistentes. Se for possível, a autonomização é falsa, pois a natureza jurídica é a da categoria preexistente¹¹⁹.

Os argumentos que embasam essa teoria são refutados no plano dogmático, mas, em se tratando do plano funcional, torna-se mais difícil contornar seus preceitos, uma vez

primeiro plano, e não actividades atribuídas em exclusivo. Havendo embora uma extrinsecação da personalidade, há também o aspecto característico de essa extrinsecação se dar a propósito de uma determinada obra. Por isso admitimos que a própria obra é o objeto do direito pessoal do autor. Não procuremos porém resolver até o fim a problemática do direito pessoal” (*Ibid.*, p. 685).

¹¹⁷“Nos termos do art. 1302º do Código Civil (...), do seu enquadramento sistemático e teor literal resulta que esta norma define o objecto do direito de propriedade regulado no Código Civil, no sentido de abranger apenas as coisas corpóreas, isto é, as *res quae tangi possunt*. A corporalidade do objecto seria, portanto, elemento essencial do direito de propriedade regulado no Código Civil, o qual, todavia, admite outros regimes de propriedade fora do Código, que poderão ter por objecto coisas incorpóreas, i.e., *res quae sola mente concipiuntur*” (PEREIRA, 2008, p. 96).

¹¹⁸*Ibid.*, p. 112.

¹¹⁹ASCENSÃO, 1992, p. 679.

que o ambiente mercantil lhes é naturalmente favorável, assunto que será melhor explorado no capítulo seguinte.

3.1.4 Demais teorias

Consideramos relevante, para fins de discussão, apresentar também teorias que não contam com representação suficiente para se sustentar: há autores que defendem a tese de que o direito de autor poderia ser melhor assimilado enquanto ramificação do direito de trabalho. Isto porque aos autores seria possível beneficiar-se de direitos trabalhistas que lhes permitiriam menos incerteza no âmbito de sua atividade profissional, como um salário, por exemplo¹²⁰. É notável que existe, de fato, uma aproximação entre as duas searas de direitos, nomeadamente no tocante ao regime das obras executadas no âmbito de um contrato de trabalho, mas, salvo em casos específicos, as demais normas de direito de autor nada têm a ver com as regras de direito laboral.

Fato é que um dos pressupostos do direito trabalhista é o ofício prestado em caráter de dependência e hierarquia, ao qual se remunera com uma contraprestação financeira. A própria natureza do direito de autor contraria esta regra, posto que à criação pressupõe-se a independência do autor, sem amarras que o tornem subordinado tal qual o é o empregado¹²¹, pelo que se conclui, destarte, que um não cabe dentro do outro.

É de se mencionar também a teoria que identifica o direito de autor como um domínio do direito das obrigações. Esta vertente, tal qual a que identifica o direito de autor como um direito real especial, lhe caracteriza como um direito civil. Justifica-se a inclusão tendo por base as relações obrigacionais dispostas nos contratos relativos aos direitos de autor. Não obstante, percebe-se facilmente a sua inadequação vez que o próprio Código Civil, em seu artigo 1303º, aduz ser a propriedade intelectual, e aqui incluem-se as obrigações por ela compreendidas, sujeita à legislação especial, ao passo que o direito das obrigações nada mais é do que ramo do direito comum¹²².

¹²⁰“Tal aproximação, além de corresponder a um certo abstracto da realidade actual, pode ainda ir ao encontro de manifestos interesses dos escritores e artistas, que de bom grado se submeteriam a certas formas de tutela contidas nos estatutos do trabalho assalariado” (SANTOS, António de Almeida. *Ensaio sobre o Direito de Autor*. Coimbra: Coimbra Editora, 1954, p. 53).

¹²¹LEITÃO, 2011, p. 15.

¹²²*Ibid.*, p. 13.

3.2 Teoria dualista

A teoria dualista, por sua vez, não tem a pesada incumbência de escolher apenas uma faceta, dentre as muitas características pertinentes ao direito de autor, para representar a natureza jurídica do ramo em sua totalidade. Pelo contrário: utiliza-se do embate, já demasiado prolongado, entre os dois aspectos mais fortes percebidos no âmbito deste direito - o caráter patrimonial e o caráter pessoal. Suas origens remontam à metáfora ulmeriana de uma árvore de cujo tronco saem dois galhos, um representando a proteção constitucional do direito de autor enquanto propriedade, simbolizando, portanto, os interesses materiais; enquanto o outro representa a liberdade de expressão e criação da pessoa, interesse imaterial¹²³. Apesar de serem ramos distintos, são partes constituintes de um mesmo ser, sendo, essencialmente, uma unidade.

A teoria dualista consiste, basicamente, em assumir que o direito de autor possui uma natureza mista, marcada de igual maneira pelo direito à exploração pecuniária da obra e pelo direito moral do autor, devendo também o seu tratamento ser diferenciado quanto a cada uma dessas áreas, vez que as suas situações jurídicas são completamente distintas. Assim, adotam-se dois regimes para tratar do direito de autor, constituindo o direito pessoal (que compreende, em suma, o direito ao inédito, o direito de retirada, o direito à menção do nome do autor, de reivindicação da paternidade da obra e direito à integridade da obra) um direito personalíssimo, devendo como tal ser protegido, enquanto o direito patrimonial permanece com a classificação de direito real especial ou sob o entendimento de exclusivo de exploração comercial.

A perspectiva filosófica utilizada para justificar essa teoria perpassa por Kohler, que defendia o paralelismo de duas categorias complementares de direitos diferentes, uma correspondente a prerrogativas pecuniárias e outra correspondente às prerrogativas morais, bem como pela concepção de Debois que, apesar de também afirmar a coexistência desses

¹²³PEREIRA, 2008, p. 89.

dois ramos de direitos, não os julgava independentes e atribuía uma predominância ao direito moral de autor¹²⁴.

Essa é a teoria dominante em muitos países de tradição decorrente do *droit d'auteur*, dentre os quais destacamos França e Brasil. Responsabiliza-se o doutrinador francês André Morillot por cunhar o termo “direito moral de autor”¹²⁵, que passou a designar o conjunto de direitos pessoais do autor para os sistemas continentais. Em Portugal, encontramos dentre os seus adeptos Alexandre Libório Dias Pereira, que denomina o direito de autor como direitos “geminados”¹²⁶, encontrando aí a justificativa para falar-se em direitos de autor, no plural, uma vez que a sua matriz seria dual e não singular. Também Santos¹²⁷ posicionou-se em favor da teoria dualista, sustentando ser o direito de autor um direito misto. Por fim, destaca-se também Rebello que enxergou, à luz da legislação autoral de 1966, vários sinais de independência e complementaridade entre direitos morais e patrimoniais¹²⁸.

3.3 Teoria pluralista

A teoria pluralista existe a partir da concepção de que nem mesmo as duas realidades contidas na teoria dual são o suficiente para esclarecer a natureza jurídica do direito de autor. Filosoficamente falando, remete-se a um direito subjetivo, dentro do qual concentram-se pelo menos três vertentes: a faculdade de realizar a obra, o interesse do autor na sua publicação e a possibilidade de explorá-la, das quais inferimos uma liberdade pessoal para praticar um ato de criação, uma situação extrajurídica e um direito que recai sobre um bem imaterial¹²⁹.

¹²⁴SÁ E MELLO, 2008, p. 364.

¹²⁵SÁ E MELLO, 2008, p. 42, nota de rodapé 75.

¹²⁶“Os direitos de autor são direitos ‘geminados’, e a matriz dualista do nosso direito de autor justifica que se fale antes em direitos de autor: por um lado, direitos de propriedade, que se analisam no exclusivo de exploração económica; por outro lado, direitos de personalidade que consistem em direitos morais de protecção da honra e reputação do autor em relação às suas obras literárias ou artísticas” (PEREIRA, 2008, p. 165).

¹²⁷SÁ E MELLO, 2016, p. 43.

¹²⁸“[...] transmissíveis os primeiros, inalienáveis os segundos; sujeitos a caducidade os direitos patrimoniais, imprescritíveis os direitos pessoais; conservando-se os direitos morais na titularidade do autor mesmo quando é livre a utilização da obra” (REBELLO *apud* SÁ E MELLO, 2016, p. 365).

¹²⁹WACHTER & OSCAR, 1875 *apud* LEITÃO, 2011, p. 43.

Aqui destacamos as considerações de Ascensão, vez que define o direito de autor como a conjunção de uma tríade: o direito patrimonial, o direito pessoal¹³⁰ e o direito de sequência. Em sua concepção, cada um destes caracteres autônomos possui naturezas jurídicas distintas: ao passo que o direito pessoal é um direito personalíssimo, o patrimonial é um exclusivo de exploração comercial e o direito de sequência, que apresenta características pertencentes a ambos os anteriormente enunciados, configura um direito misto.

Sem embargo, os demais teóricos pluralistas consideram que existe não uma dualidade de direitos independentes que se condensam para formar o direito de autor, mas, sim, um feixe de direitos pessoais e patrimoniais distintos e independentes, que se comportariam também de modo diferente e autônomo perante as diversas situações jurídicas enfrentadas pelo autor. Essa pluralidade de direitos autônomos implicaria na possibilidade de renunciar e transmitir a uns e na irrenunciabilidade e intransmissibilidade de outros ¹³¹.

Trata-se, obviamente da resolução mais prática para a questão da natureza jurídica dos direitos autorais, tendo em vista que a sua maleabilidade elimina a necessidade de argumentação em favor desta ou daquela teoria mais restritiva, bem como elimina a necessidade de adequação desse ramo de direitos em outro gênero jurídico além de si mesmo. Tomemos, por exemplo, o direito de sequência, dito misto por conter características pessoais e patrimoniais: é, nos termos da lei¹³², inalienável e irrenunciável – características personalíssimas –, mesmo sendo um direito de cunho eminentemente patrimonial. É seguro afirmar que, ao passo que esta formatação suscitaria um debate ao abrigo das teorias monistas, ou mesmo da teoria dualista (vez que, nesta, o ramo moral e o

¹³⁰“Em primeiro lugar, dever-se-á esclarecer que é formulada por Oliveira Ascensão a propósito da lei brasileira (então) vigente (lei nº 5988, de 14-12-73) sobre Direito de Autor. Apresentava estas diferenças sensíveis em relação ao regime vigente entre nós, entre as quais merece realce a consagração de ‘direitos personalíssimos’ do autor, distintos dos ‘direitos pessoais’ que seguiriam no essencial o regime dos direitos patrimoniais” (SÁ E MELLO, 2016, p. 360).

¹³¹SÁ E MELLO, 2016, p. 366.

¹³²“Art. 54º: 1 - O autor de uma obra de arte original que não seja de arquitectura nem de arte aplicada tem direito a uma participação sobre o preço obtido, livre de impostos, pela venda dessa obra, realizada mediante a intervenção de qualquer agente que actue profissional e estavelmente no mercado de arte, após a sua alienação inicial por aquele. [...] 3 - O direito referido no n.º 1 é inalienável e irrenunciável. [...]” (PORTUGAL. *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos* (conforme alterado de acordo com Lei n.º 16/2008, de 01/04). Disponível em: <https://ciist.ist.utl.pt/docs_da/codigo_direito_autor_republicado.pdf>. Acesso em: 04 de abril de 2018).

ramo econômico encontram-se muito bem separados), na tentadora visão simplificada da teoria pluralista, não há o que se discutir¹³³.

Argumenta-se ainda, em seu favor, que a própria lei remete a direitos pessoais e direitos patrimoniais, no plural, induzindo o leitor a pensar que são múltiplos e que, com base nas formas de utilização da obra, são independentes entre si. Esses usos autônomos seriam como parcelas que caberiam ao titular do direito seccionar. A sua transmissão indicaria a perda definitiva de uma faculdade, posto que a parcela negociada, independente que é, jamais voltaria a integrar o direito de autor, antes cairia em domínio público¹³⁴.

Não obstante, e aqui retomamos às considerações de Ascensão (1992), afirmou-se que o sentido da letra da lei não era remeter a uma pluralidade de direitos, mas, sim, a uma pluralidade de *prerrogativas* decorrentes de um mesmo direito, seja esse patrimonial ou pessoal. E (é precisamente este o ponto em que mais se critica a teoria pluralista), diante de todos os avanços históricos, não se pode conceber que o uso da obra, apenas por ter sido alvo de uma transação, não possa de forma alguma retornar às mãos de seu criador.

Ascensão (1992) utiliza o exemplo de um autor que cedeu a uma pessoa individual o direito de adaptação cinematográfica e que falece sem deixar descendentes ou sem renunciar ao direito. Consoante a teoria pluralista, a faculdade de adaptação cinematográfica estaria, então, disponível a qualquer pessoa, por força da queda no domínio público. Tendo em vista que houve a morte do autor e não há descendência, é até compreensível a sua queda, mas e em qualquer outro caso, a cessão significaria o desligamento completo do direito? Parece-nos possível conceber um cenário no qual o autor, ainda vivo, estivesse destituído permanentemente de uma faculdade patrimonial da obra? Ora, o que se verifica do exame da lei é que esta nunca falou em usos específicos caindo em domínio público em períodos apartados, mas, sim, na integridade da obra decaindo em conjunto, uma vez expirado o seu tempo de proteção. Destarte, verifica-se que o direito patrimonial é, nestes termos, um direito unitário, e que as prerrogativas que dele emanam a ele podem voltar dependendo apenas do termo da relação contratual que delimitou o usufruto da parcela¹³⁵.

No âmbito do direito pessoal, parece-nos ainda mais impossível conceber a teoria pluralista, posto que todas as prerrogativas se concentram em um mesmo titular, o criador,

¹³³SÁ E MELLO, 2016, p. 366.

¹³⁴ASCENSÃO, 1992, p. 647.

¹³⁵ASCENSÃO, 1992, p. 651.

e não podem ser cedidas ou transferidas se não por força da morte. Ainda que todas essas faculdades não se concretizem simultaneamente, não se admite a possibilidade da existência delas em total independência: são tão intimamente ligadas que, ainda que se exprimam em momentos distintos, decorrem de um mesmo fundamento natural que justifica a sua dependência e a sua unidade.

Conclui-se, portanto, que optar pela praticidade descompromissada da teoria pluralista é um erro, dado que esta põe em cheque concepções que já estão consolidadas, e que são extremamente valorizadas, tal qual a intangibilidade do direito pessoal do autor ou mesmo a reintegração desse direito em sua totalidade.

3.4 Posicionamentos

Coroando o entendimento dispensado pela comissão europeia, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia recorre ao termo “propriedade intelectual”, enquadrando-o sob a alçada do direito de propriedade, nos termos do art. 17º. De igual maneira, a retromencionada diretiva 2001/29/CE expressamente qualifica os bens intelectuais enquanto propriedade, ao mesmo tempo em que destaca o grau de importância que deve ser dispensado à sua proteção¹³⁶. Destarte, o posicionamento comunitário é claro e bem estabelecido.

Conquanto, o que se verifica na prática é que ainda existe discussão no contexto interno dos estados-membros, em razão de que ainda há aqueles que não concordem com a classificação do direito de autor como propriedade – haja vista sua atuação hodierna: quase uma associação ao modelo anglo-saxão. É o caso da Bélgica, por exemplo, cuja legislação consagrou um texto híbrido, que acolhe também a tese dos direitos de autor, enquanto um monopólio, sob a forma dos ditos “direitos intelectuais”. Concluímos que o entendimento comunitário, apesar de ser majoritário, não é pacífico¹³⁷.

¹³⁶“(9) Qualquer harmonização do direito de autor e direitos conexos deve basear-se num elevado nível de protecção, uma vez que tais direitos são fundamentais para a criação intelectual. A sua protecção contribui para a manutenção e o desenvolvimento da actividade criativa, no interesse dos autores, dos intérpretes ou executantes, dos produtores, dos consumidores, da cultura, da indústria e do público em geral. A propriedade intelectual é, pois, reconhecida como parte integrante da propriedade” (EUROPA. Parlamento Europeu, Conselho da União Europeia. *Directiva 2001/29/CE*, de 22 de Maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32001L0029>>. Acesso em: 10 de maio de 2018).

¹³⁷PEREIRA, 2008, pp. 87-89.

O posicionamento adotado por Portugal segue o modelo defendido pela comissão, tendo sido confirmado pelo Código Civil. Observamos que a Constituição da República Portuguesa, apesar de trazer tanto a proteção do instituto da propriedade privada como também a proteção explícita ao direito de autor e às criações do espírito, não faz alusão à forma destes como propriedade. Ainda assim, a jurisprudência firmou entendimento nesse sentido¹³⁸, motivo pelo qual podemos afirmar que, malgrado a existência dos doutrinadores que se posicionem de maneira diversa¹³⁹, o Estado português segue a tendência continental de firmar os direitos de autor como o tipo específico de propriedade intelectual.

No Brasil, os diplomas legais não fazem menção expressamente a esta ou aquela teoria; no entanto, o artigo 3º da Lei 9.610/98 classifica os direitos autorais, para fins legais, como bens móveis. Sem embargo, doutrinariamente se reconhece a adesão ao dualismo jus-autoral, que termina por inserir o direito de autor em uma categoria autônoma, *sui generis*, tida como independente do direito civil¹⁴⁰.

Nos Estados Unidos e no Canadá, avultam a ideia de direito de exclusivo, aqui tão veementemente defendida por Ascensão (1992), cuja funcionalidade, conforme ressaltamos, faz questionar a validade do posicionamento europeu em relação ao direito de autor. Isto porque, e aqui destacamos e nos afiliamos às palavras de Pereira:

[...] este propósito é especialmente significativa a jurisprudência norte-americana, na linha da sua herança britânica, que historicamente procurou estabelecer um equilíbrio entre as

¹³⁸Citamos como exemplo o disposto no Acórdão 491/2002 de 26 de outubro, do Tribunal Constitucional, sobre a extensão do direito de propriedade previsto na Constituição: “Resulta, assim, claro que o direito de propriedade a que se refere aquele artigo da Constituição não abrange apenas a *proprietas rerum*, os direitos reais menores, a propriedade intelectual e a propriedade industrial, mas também outros direitos que normalmente não são incluídos sob a designação de «propriedade», tais como, designadamente, os direitos de crédito e os ‘direitos sociais’”. (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 491/02*. Relator: Cons. Paulo Mota Pinto. Disponível em:

<<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020491.html>>. Acesso em: 10 de maio de 2018).

¹³⁹Nomeadamente Ascensão (1992, p. 658), que elenca quatro pontos da legislação (a elasticidade do direito de autor, a forma como a lei se comporta perante a prorrogação de sua proteção, a previsão legal para novos modos de utilização da obra que podem eventualmente surgir e, por fim, o que diz o regime de comunhão matrimonial de bens sobre o direito de autor) de acordo com os quais se pode provar que “não encontramos qualquer indício de aceitação pela lei portuguesa da teoria monista”.

¹⁴⁰“Em face de diferentes fatores, e de elementos estruturais próprios, vem o Direito de Autor sendo considerado como um Direito especial, *sui generis*, que se não insere dentro das colocações assinaladas, mas, ao revés, reclama a sua consideração como Direito autônomo” (BITTAR, 2003 *apud* MENEZES, 2007, p. 28). Encontramos, na mesma obra, uma colocação sobre a equiparação do direito autoral aos bens móveis para fins patrimoniais: “tal determinação não possui nem a intenção e nem o poder de classificar ou equiparar o Direito de Autor ao Direito Civil e Constitucional de Propriedade. Ao contrário, o objetivo do legislador é apenas garantir aos titulares autorais, além das prerrogativas que lhes são próprias, também o exercício dos atributos da propriedade, relacionados ao uso, fruição e disposição de bens” (*Ibid.*, p. 29).

pretensões individualistas dos titulares de direitos, no sentido de mais propriedade, e as pretensões coletivas do público, no sentido de mais liberdade. Com efeito, a jurisprudência, ao determinar concretamente o objeto e o conteúdo de proteção do *copyright*, terá sido norteadada pelo “farol constitucional”, que fundamenta estes direitos exclusivos enquanto instrumento de promoção das ciências e das artes. Um tal “farol” nem sempre terá iluminado a jurisprudência dos países de *droit d’auteur*, tradicionalmente mais centrados na proteção dos interesses individuais dos autores e dos titulares de direitos, que passaram a ocupar o lugar do “soberano absoluto”¹⁴¹.

Durante todo este capítulo, abordamos fórmulas teóricas que tratam do direito de autor sem, de fato, transportá-lo até a realidade prática. E se, para determinar a sua real natureza, for necessário levar em consideração não apenas fundamentos jurídicos, mas também a sua repercussão? Não somente junto a quem origina a obra, mas também junto ao destinatário, isto é, a sociedade.

Acreditamos que essa fórmula proposta, que tem por objetivo analisar a funcionalidade do direito de autor, isto é, o seu comportamento no mundo prático, o seu recebimento pela sociedade, termina agregando dados que influenciam diretamente no “dever ser” deste direito e por propor um questionamento muito mais profundo acerca da natureza das coisas e de seus regramentos, que nos permite, enfim, entender se é o regramento que reflete a natureza do direito ou se é a natureza que influencia o regramento e, mais do que isso, se tanto o regramento quanto a natureza que são atribuídos hodiernamente ao direito de autor são, de fato, a ele adequados. Diante das questões que aqui suscitamos e de outras tantas que aparecerão em meio a nossa análise, destinamos o próximo capítulo inteiramente ao exame pormenorizado do aspecto funcional do direito de autor.

¹⁴¹PEREIRA, 2008, p. 81.

4 O QUE É E O QUE DEVERIA SER

4.1 Teoria do trabalho *versus* teoria utilitarista

Já estabelecemos que a propriedade intelectual, apesar de ser obviamente como tal rotulada, não possui os mesmos atributos que qualquer bem físico comerciável. Isto porque ao falar-se de conhecimento, não existe a ideia de rivalidade ou de exclusividade quanto ao consumo: várias pessoas podem consumir o mesmo produto simultaneamente e o consumo de um produto não necessariamente exclui o consumo de outro dentro do mesmo segmento. Vislumbra-se, assim, que as regras comuns de concorrência de mercado não necessariamente se aplicam ao ramo autoral¹⁴².

Entende-se que a cultura agrega; que uma pessoa que gosta de ler determinado livro provavelmente vai agradar-se de outro no mesmo gênero, ou que um fã de determinado músico estará interessado em conhecer outro de estilo similar. Entende-se, sobretudo, que essas expressões da criatividade humana servem à sociedade, permitindo e fomentando o seu desenvolvimento e que, quanto mais se consome, mais se quer consumir. Isto porque, reforçamos, praticamente tudo o que nos rodeia está submetido em algum aspecto às normas de propriedade intelectual, seja um bem durável, como um carro ou um eletrodoméstico, ou uma diversão efêmera, como um filme. O domínio da propriedade intelectual, que inicialmente se restringia apenas a material literário, se encontra em franca expansão, demandando, em consequência, uma ação rápida da legislação no sentido de acompanhar as suas inovações¹⁴³.

¹⁴²A esse respeito: “[...] as ‘ideias’, a ‘informação’, são elas próprias entidades não-rivais: o meu usufruto de uma ideia em nada faz diminuir a ‘quantidade’ da ideia disponível. Por isso, as ‘ideias’ não podem ser apropriadas; são infinitamente divisíveis. Devido a essa sua não-rivalidade, pode afirmar-se com rigor que o seu estado natural é de liberdade, sendo absurdo invocar certos ‘direitos naturais’ de propriedade. Se eu ‘consumo’ a tua ideia, se a uso, reproduzo modifico, etc., eu não aproprio dela, pois tu continuas a possuí-la exatamente no estado anterior à minha ‘apropriação’” (ROSA, António Machuco. *Cinco lições sobre comunicação, redes e tecnologia da informação da cibernética ao copyright*. Coleção Comunicação & linguagens, Nova Vega, 2006, p. 190).

¹⁴³“Although the public at large has had little input in the transformation of intellectual property rights, they affect virtually every aspect of life today, from the food you eat to the kind of medical care that you get. Intellectual property rights largely determine the sort of entertainment that the market offers. More important, expanding the boundary of intellectual property restricts the range of what people are allowed to do. In addition, measures to enforce intellectual property rights have to develop even faster than intellectual property does. As a result, intellectual property rights have a major impact on the personal rights, as well as the civil liberties that people enjoy as citizens” (PERELMAN, Michael. *Steal this idea: intellectual property rights and the corporate confiscation of creativity*. New York: Palgrave, 2002, p. 4).

Nesse sentido, assumindo que a propriedade intelectual surge como forma de pautar o progresso, proporcionando conhecimento, cultura e lazer, e serve aos interesses sociais na medida em que o faz, depreende-se que, quanto maior for a contribuição de uma obra para a coletividade, menor será o interesse existente em sua proteção¹⁴⁴. Precisamente por esta razão, não existe proteção para as fórmulas matemáticas, por exemplo, porque tem-se que a sua importância prática para a sociedade tem muito mais valia do que o aproveitamento econômico de uma só pessoa ou instituição¹⁴⁵. É conhecimento e, por isso, deve ser compartilhado, não protegido.

Partindo desse pensamento fundamenta-se a proteção proporcionada pelo instituto da patente, que conta com um período de proteção notadamente mais curto do que o proporcionado pelo direito de autor às obras que estão sob o seu escopo: 20 anos contados a partir do registro, comparados aos 70 anos após a morte do autor, ou 50 anos da execução, no caso dos direitos conexos. A justificativa para essa disparidade está justamente no interesse social, vez que a patente se destina a invenções e inovações científicas ou mesmo biológicas. Compreende-se que essas invenções influenciam de tal maneira a vida cotidiana que, quanto mais rápido caírem em domínio público, mais vantajoso será à sociedade.

Em contrário, temos outra modalidade inclusa no âmbito da propriedade intelectual: os chamados *trademarks*, cuja proteção não expira nunca, por possuírem pouca ou nenhuma relevância para a sociedade. Infere-se, por conseguinte, que o tempo de proteção que é conferido à propriedade intelectual é diretamente proporcional ao valor social nela contido.

Assim sendo, contamos com mais um tipo de teorização acerca dos direitos de autor, que se consubstancia na dicotomia representada pela teoria do trabalho *versus* a teoria utilitarista. Segundo essa ideia, podemos classificar quase todas as teorias examinadas no capítulo anterior como teorias do trabalho, à exceção de uma, pois os seus defensores alegam que é o esforço individual empregado pelo autor na elaboração da obra

¹⁴⁴“A paradox results: the less the value of the work to Society, the greater the copyright protection it receives” (PATTERSON, L. Ray; LINDBERG, Stanley W. *The Nature of Copyright: A Law of Users’ Rights*. University of Georgia Press, Athens, Georgia, 1991, p. 210).

¹⁴⁵“Excluem-se do âmbito da protecção do Direito de Autor as simples ideias, os processos, os sistemas, os métodos operacionais, os conceitos, os princípios e as descobertas. (...) as ideias são bens com livre curso, i.e., insusceptíveis de apropriação individual, e acham-se por isso subtraídas à esfera de protecção do Direito de Autor” (VICENTE, 2010, p. 254).

que justifica o período de proteção que lhe é destinado. Desta máxima derivam as mais diversas explicações que resultam em diferentes concepções do direito de autor. A proteção decorre, desse modo, do trabalho.

A teoria utilitarista, por outro lado, fundamenta a proteção naquilo que é mais benéfico à sociedade. Os autores que lhe adotam comumente aludem à não-rivalidade e à não-exclusividade da informação e ao fato de que o escopo máximo da lei deve ser contribuir para o bem-estar social¹⁴⁶. Ora, de acordo com o primeiro modelo, é fácil vislumbrar uma relação de linearidade entre a razão para a proteção das obras e o período que lhes é hoje destinado para tal; mas, passando-se à análise da segunda teoria, é difícil estabelecer essa conexão, tendo em vista que o tempo de proteção não decorre naturalmente da conclusão de que os bens intelectuais são não-rivais e não-exclusivos. É a pedra de toque da teoria utilitarista: como justificar a existência de leis que eliminam, pelo menos em parte, essas duas propriedades da informação?¹⁴⁷

Seus teóricos mais radicais não apenas não justificam como também se opõem a esse conceito, chegando até mesmo ao extremo de argumentar pela inexistência de qualquer nível de proteção à propriedade intelectual, enxergando qualquer legislação que lhe garanta como maléfica e contrária ao interesse social. A premissa explorada é que esta proteção caminha em sentido inverso aos interesses propostos, desde a sua gênese, pela propriedade intelectual que, sob os extensivos prazos de proteção que é colocada, passa a contribuir não para o fomento do conhecimento e da cultura, mas, sim, para uma atmosfera de restrições no uso das informações¹⁴⁸.

Naturalmente, sabe-se que esta visão extremista não é justa, posto que ignora todo o arcabouço histórico que levou o direito de autor e, mais recentemente, o instituto da propriedade intelectual a firmar-se como algo digno de proteção. A nosso ver, não se trata

¹⁴⁶“Enquanto os defensores da teoria do trabalho realçam o esforço individual, autores utilitaristas (...) salientam a não-rivalidade e não-exclusividade da informação e a forma como a lei pode, e deve, contribuir para a maximização do bem-estar social. Sob esse aspecto, uma justificação utilitarista das leis de proteção dos bens intangíveis visa estabelecer de que forma essa proteção é um meio para o fim que é o aumento do bem-estar social” (ROSA, 2014, p. 50).

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸“Today, matters are completely different. Intellectual property covers just about everything. The system is riddled with overlapping claims. The contemporary system of intellectual property, rather than spreading information, creates a pervasive atmosphere of secrecy. Litigation is becoming far more important than creativity. [...] Even in the arts, intellectual property rights offer very little to the mass of creative artists. In contrast, intellectual property rights grant enormous powers to corporations that distribute music or run movie studios. These corporations typically wield their power to the disadvantage of the artists, as well as society at large” (PERELMAN, 2002, p. 3).

de sacrificar os interesses sociais pelo interesse do autor ou vice-versa, mas, sim, de encontrar, entre ambos, um ponto de equilíbrio.

Para tanto, o que ocorre é a criação de uma ficção jurídica que induz a escassez onde esta, na verdade, não existe. Adentra-se aqui na seara econômica, a partir do momento em que se busca balancear a eficácia estática e a eficácia dinâmica da informação, onde a primeira nada mais é do que disponibilizar o bem intelectual criado pelo seu custo marginal, que tende a ser zero na enésima unidade produzida¹⁴⁹. Isso equivaleria à maximização do aproveitamento social, vez que o bem seria consumido de forma quase livre.

No entanto, ocorre que (e aqui cai por terra a tese extremista que advoga contra qualquer prazo de proteção da propriedade intelectual) esse cenário traria consequências negativas para o panorama de produção cultural, pois não proporcionaria nenhum incentivo aos criadores, que lucrariam efetivamente pouco ou nada. Ainda que o incentivo do retorno financeiro não seja determinante para a atividade de criação, ele ocupa um importante papel no sentido de permitir ao autor tornar rentável o fruto da sua criatividade¹⁵⁰.

Este incentivo, na forma de legislação protetiva, lhe permite explorar economicamente a obra por um período determinado de tempo e funciona também como barreira para impedir a utilização da obra por terceiros sem a sua autorização, terminando por criar um racionamento na distribuição de bens intelectuais. Conclui-se que a cada dia em que esta lei esteja em vigor, ela acarreta uma menor circulação de informação e de cultura do que, hipoteticamente, existiria em sua ausência¹⁵¹.

Com isso, o que a lei busca alcançar é a eficácia dinâmica, que consiste em conferir continuidade ao panorama criativo, uma continuação a longo prazo da criação. O aumento de uma implica necessariamente na diminuição da outra, posto que a eficácia dinâmica restrinja temporariamente o acesso à informação para que se tenha mais informação no decorrer do tempo¹⁵². A proteção conferida pela lei possui, dessa maneira, uma dupla ação, vez que simultaneamente incentiva e delimita o espaço de criação.

É esse o caráter que está imbuído na legislação dos Estados Unidos, por exemplo, que expressamente incube o Congresso de promover o progresso das ciências e das artes,

¹⁴⁹ROSA, 2014, p. 50.

¹⁵⁰VICENTE, 2010, p. 250.

¹⁵¹ROSA, *op. cit.*, p. 51.

¹⁵²*Ibid.*

ao assegurar temporariamente um direito de exclusivo dos criadores de invenções e trabalhos artísticos aos rendimentos de suas obras, e é precisamente à essa teoria que nos referimos em momento anterior designadamente como a única teoria abordada no capítulo anterior possuidora de um viés utilitarista.

Não obstante, verificamos que este não é um caractere exclusivo à teoria aqui defendida por Ascensão; podemos encontrar essa mesma orientação nas legislações europeias, nomeadamente na legislação portuguesa¹⁵³, mesmo mediante a adoção de uma concepção distinta, de cunho essencialmente trabalhista, o que ocorre principalmente porque não se perde de vista a função social que o instituto da propriedade desempenha.

4.2 A função social da propriedade

A ideia de que existe uma função social que empenha o Direito e qualquer de seus ramos não é inexplorada; é, no entanto, tida como menos relevante do que o carácter estrutural que, em geral, envolve a disciplina: estima-se mais importante estudar o que é do que a que fins atende¹⁵⁴. Por hora não é nosso objetivo participar desta discussão, muito mais pertinente à filosofia do Direito, mas apenas oferecer o nosso ponto de vista, conveniente que é ao estudo que nos propusemos a desenvolver: deve-se prestar atenção à função social do Direito principalmente porque esta pode servir de norte; mais do que influenciar a sociedade com delimitações negativas do que não pode ser feito, é também papel do Direito incentivar e direccionar a quem suas normas se submetem a contribuir com o bem-estar social através de sanções positivas. Trata-se de uma maneira alternativa e igualmente válida de exercer um controle social¹⁵⁵.

¹⁵³No Sumário do Código de Direito de Autor e de Direitos Conexos, encontramos a seguinte justificativa: “Teve-se sempre presente, ao elaborá-lo, a necessidade de assegurar o melhor equilíbrio possível entre os autores e utilizadores das suas obras. A indispensável protecção dos direitos de autor não pode exercer-se em detrimento dos legítimos direitos e interesses de editores, produtores, realizadores e radiodifusores nem dos utentes em geral, pelo que não se deve, ao assegurá-la, perder de vista o interesse público”.

¹⁵⁴“Se aplicarmos à teoria do direito a distinção entre abordagem estruturalista e abordagem funcionalista, da qual os cientistas sociais fazem grande uso para diferenciar e classificar as suas teorias, não resta dúvida de que, no estudo do direito em geral (de que se ocupa a teoria geral do direito), nesses últimos cinquenta anos, a primeira abordagem prevaleceu sobre a segunda” (BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à Função*. Barueri: Manole, 2007, p. 53).

¹⁵⁵*Ibid.*, p. 79.

Esta noção é relativamente nova no âmbito do direito à propriedade, vez que este foi quase sempre tido como ilimitado¹⁵⁶. A ideia da existência de uma moderação ao seu exercício surgiu primeiro na França quando, nos termos do Código Civil de 1804, criou-se a noção de que o proprietário tinha poder absoluto sobre a coisa para todos os fins, desde que não desrespeitasse as leis ou regulamentos em vigor. Posteriormente, passou-se a falar diretamente em função social do instituto, no sentido de que os poderes do proprietário se encontram limitados pela utilidade social proporcionada pelo bem¹⁵⁷.

Em Portugal, essa doutrina foi expressamente consagrada na Constituição de 1933¹⁵⁸, não se repetindo o feito, no entanto, nas que se seguiram. Hodiernamente, apesar do silêncio da Constituição sobre o assunto, resta pacífica a sua inclusão implícita nos termos dos arts. 61º, nº 1, 88º, nº 2 e 93º, nº 1, d). No âmbito da propriedade intelectual, vislumbramos uma referência à função social nos termos do art. 15º, nº 3 do CDADC, que dispõe sobre os limites à utilização da obra. O CPI, por sua vez, não faz qualquer referência em seu texto a esta doutrina, o que configura uma falha do legislador¹⁵⁹.

A especialidade da propriedade intelectual em relação à propriedade privada não lhe tira do escopo deste princípio, pelo contrário: o objeto dessa matéria torna-lhe ainda mais próximo e as fronteiras por ele estabelecidas são de grande importância para a construção de um acervo de domínio público¹⁶⁰. Este princípio é invocado para impor limitações de ordem formal e de ordem material ao exclusivo de exploração econômica que existe sobre a obra, sendo responsável, a título de exemplo, pela proteção das formas originais de expressão literária ou artística, mas não de ideias e princípios, mantendo, em

¹⁵⁶Conforme enunciam os brocardos romanos: “*qui dominus est soli, dominus est usque ad coelum usque ad inferos*” e “*qui suo iure utitur neminem laedit*”.

¹⁵⁷LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direitos Reais*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 161.

¹⁵⁸“Artigo. 35º. A propriedade, o capital e o trabalho desempenham uma função social, em regime de cooperação econômica e solidariedade, podendo a lei determinar as condições de seu emprego ou exploração conformes com a finalidade colectiva” (PORTUGAL. *Constituição de 11 de abril de 1933*. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP-1933.pdf>>. Acesso em: 03 de maio de 2018).

¹⁵⁹“Mas daqui não se pode retirar que a propriedade industrial deixa de ser estar vinculada, tanto na sua existência quanto no seu exercício, à função social da propriedade, embora seja um sinal da tendência absolutista das novas leis da propriedade intelectual” (PEREIRA, 2008, p. 100).

¹⁶⁰ “A consideração dos “limites internos”, decorrentes dos fins específicos das formas especiais de propriedade reguladas fora do Código Civil, é de crescente importância relativamente aos bens culturais que se encontrem no domínio público, sustentando-se que a função social da propriedade pública sobre obras caídas em domínio público se traduz, especialmente, num direito de acesso para fins de gozo comum” (*Ibid.*, p. 98).

decorrência, a liberdade das ideias, ou ainda permitindo a utilização livre das obras para fins de interesse geral¹⁶¹.

Dentre tais limitações, destacamos a que, para nós, possui maior relevância: a imposição de um limite temporal para a exploração da obra por parte de seu titular. Este prazo impacta diretamente no aproveitamento social da obra na medida em que deixa livre todos os seus usos, antes exclusivos do autor. É um desígnio cujo fito é controlar e evitar o abuso de direito no âmbito da seara autoral, fazendo com que o direito de autor não destoe da sua finalidade de fomentar o desenvolvimento¹⁶².

Destarte, é cediço que a visão do instituto da propriedade intelectual sob o enfoque da função social da propriedade satisfaz o interesse público e contribui para o bem-estar social, tal e qual o balanceamento entre eficácia dinâmica e eficácia estática, almejado pela teoria utilitarista. Os dois caminhos levam, portanto, à mesma conclusão.

Malgrado as duas teorias apontarem na mesma direção, ainda existe (ou deveria existir) uma diferença substancial quanto aos prazos que são avençados em suas alçadas. Isso ocorre porque, em suas essências, consideram-se atributos distintos para o estabelecimento desses lapsos temporais: a teoria do trabalho prioriza os frutos que serão colhidos pelo autor e até por seus herdeiros, motivo pelo qual o direito de autor estipula hoje a sua proteção em 70 anos *post mortem auctoris*; a teoria utilitarista, por sua vez, confere maior importância ao contributo que a obra oferta à sociedade, proporcionando um prazo de proteção menor, para que as obras possam adentrar o domínio público mais rápido – ao menos em tese.

No entanto, atualmente, não é essa a realidade encontrada nos países que norteiam os usos econômicos do direito de autor a partir do direito de exclusivo, que contam com

¹⁶¹ “*La propiedad intelectual no protege ideas o principios, teorías, procedimientos, sistemas o métodos que, de una u otra forma tanto por no existir un precepto legal que lo ampare como por cuanto ello podría representar un freno al desarrollo científico y cultural, así como una limitación a la libertad de creación, de investigación o de empresa*” (SEDANO, Tania García. Análisis del criterio de originalidad para la tutela de la obra en el contexto de la ley de propiedad intelectual. *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XLIX, 2016, pp. 251-274).

¹⁶² “Assim, podemos dizer que a regulamentação da função social do direito de autor tem como base uma forma de interpretação que permite aplicar ao direito de autor restrições relativas à extensão da proteção autoral (“restrições intrínsecas”) – notadamente no que diz respeito ao objeto e à duração da proteção autoral, bem como às limitações estabelecidas em lei – além de restrições quanto ao seu exercício (“restrições extrínsecas”) – como a função social da propriedade e dos contratos, a teoria do abuso de direito e das regras sobre desapropriação para divulgação ou reedição de obras intelectuais protegidas – visando a correção de distorções, excesso e abusos praticados por particulares no gozo desse direito, para que o mesmo possa cumprir a sua função social de promover o desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico” (CARBONI, Guilherme. *Função Social do Direito de Autor*. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 98).

um prazo até mesmo superior àquele eleito pelos países que derivam no sistema continental. Efetivamente, o que temos hoje são dois sistemas distintos, mas que desembocam exatamente no mesmo ponto: um período extenso de proteção, duramente criticado no sentido de fugirem à premissa que se propuseram a atender. Questionamos: o que desencadeou esse panorama? E, mais importante, como retornar?

4.3 O desvirtuamento da propriedade intelectual

Estudiosos do ramo¹⁶³ defendem que a resposta ao primeiro questionamento é o crescente desvirtuamento da propriedade intelectual ou, mais acertadamente, das legislações que lhe são pertinentes, pois o que originalmente deveria ser, seja sob a concepção da função social da propriedade, seja sob o enfoque da teoria utilitarista, um incentivo para a criatividade, uma garantia para o desenvolvimento tecnológico e cultural, tornou-se precisamente o que mais lhes ameaça. A forma como passou-se de um extremo a outro foi sutil e, como consequência, percebemos que a linha entre o benefício e o malefício provocados pela proteção legal é tênue.

Na breve recapitulação histórica que foi feita acerca dos direitos de autor, verificamos que a defesa que lhes era conferida nos primórdios era bastante escassa. Três fatores contribuíram para que houvesse, nesse âmbito, uma evolução: o avanço tecnológico (iniciado com a imprensa de Gutemberg, constantemente continuado até os dias de hoje com o advento de novas plataformas para difusão de conteúdo), a confirmação do enorme potencial de mercado existente na exploração econômica das obras e a valorização social da figura do autor. Nos dias de hoje, o direito de autor estendeu o seu braço sob quase todas as coisas que requerem um mínimo de intervenção criativa em sua expressão formal¹⁶⁴, e é permitido ao autor um controle sem precedentes sobre a sua obra, tendo em vista que cabe a ele a decisão de como, quando e em que plataforma esta será disponibilizada ao público; lhe foi dada a autonomia quanto ao que criar e quanto ao que fazer com a criação.

Contudo, nessa mesma medida, também lhe foi tirada uma espécie de autonomia: a liberdade criativa. Ora, a matemática é bastante simples: levando-se em consideração o fato de que a legislação preza e incentiva a originalidade, sendo esta um requisito essencial

¹⁶³Cf. LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Economic Structuer of Intellectual Property Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

¹⁶⁴SÁ E MELLO, 2008, p. 126.

à proteção legal, infere-se que uma criação, para ser tutelada, deve trazer em si um mínimo de inovação, uma nota que a diferencie dos trabalhos e das obras já existentes no mercado – uma medida razoável para invalidar o plágio, a imitação, o enriquecimento às custas do labor de outrem. É direito e até dever social do autor insurgir-se legalmente contra quem cometer qualquer destas infrações.

Ocorre que, nos dias de hoje, em meio a quantidade de informação e obras que se tem em trânsito, é extremamente difícil, se não impossível, criar algo inteiramente novo¹⁶⁵. O autor, por mais criativo que seja, precisa situar-se e buscar influências em algum lugar¹⁶⁶ – é com esse propósito, aliás, que se veiculam as obras e foi também por este motivo que se criou o domínio público¹⁶⁷.

A essencialidade da existência do domínio público encontra justificativas sociais, econômicas e jurídicas. Quanto mais amplo ele for, maior será a disposição de obras disponíveis à sociedade livre das amarras autorais e maior também será a possibilidade de criação de novas obras tendo por base aquilo que o domínio público oferece¹⁶⁸. É como um manancial de cultura e informação onde todos podem livremente beber. A junção do advento de novas tecnologias com o acervo disponível no domínio público permitiu uma verdadeira revolução no conceito de obra, comparável apenas à renovação das plataformas disponíveis para sua veiculação. A interação existente entre o domínio público e o panorama criativo é, portanto, muito mais que fértil, necessária.

Diante dessa relação direta existente entre o acervo e a insurgência de novas obras, o que se conclui é que, quanto mais rápido a obra sair da esfera de exploração privada e ingressar na tutela estatal, melhor. Seguindo este raciocínio, um prazo para a

¹⁶⁵ Recomendamos o documentário “Everything is a remix” de Kirby Ferguson, disponível em <<<https://www.everythingisaremix.info/watch-the-series/>>>.

¹⁶⁶Contraditoriamente, não existe evidência que compactue com a ideia de que esta proteção da originalidade impulse a produtividade, pelo contrário: “[...] *the absence of copyright protection is, paradoxical as this may seem, a benefit to authors as well as a cost to them. It reduces the cost of writing by enabling an author to copy freely from his predecessors. Shakespeare would have had to work harder, and so might have written fewer plays, had he not been able to copy gratis from works of history and literature, sometimes, as we shall see, verbatim. The less originality is valued, the less valuable to authors and readers is copyright protection, which encourages originality*” (LANDES & POSNER, 2003, p. 52).

¹⁶⁷“*Many new creative works are built in part out of materials from existing works. For example, new fiction re-tells old stories, new documentaries re-use historical footage, and new music re-mixes and transforms old songs. Improvements in the technology of search and recombination continue to expand the economic importance of new creation based upon old materials*”. Petição destinada à Suprema Corte dos Estados Unidos tratando dos efeitos econômicos e sociais surgidos a partir do *Copyright Term Extension Act* (HARVARD, 2002, p. 12. Disponível em: <<https://cyber.harvard.edu/openlaw/eldredvashcroft/supct/amici/economists.pdf>>. Acesso em: 06 de maio de 2018).

¹⁶⁸BRANCO, 2011, p. 252.

referida exploração privada da obra de menor duração é, assim, proveitoso. Menos, de fato, é mais. Ou deveria ser.

Deixando o plano hipotético para a análise de fatos concretos, temos que o prazo de proteção que rege o direito de autor, seja em Portugal, seja em boa parte do mundo¹⁶⁹, é incrivelmente alto, ultrapassando a vida do autor por pelo menos 50 anos. Esse lapso temporal é consequência direta de uma tendência protecionista surgida na década de 1990¹⁷⁰ como resposta à disseminação indevida de bens artísticos proporcionada pelo surgimento de novas tecnologias.

O advento da Internet foi um avanço tecnológico que, em termos de impacto, só é comparável à invenção da imprensa que, de igual maneira, revolucionou a partilha de conteúdo. Se antigamente considerava-se custoso copiar um livro pelo esforço necessário à obtenção da cópia (transcrevê-lo manualmente), em um ponto muito mais recente da história considerava-se dispendioso copiar um CD ou uma fita cassete. A Internet foi mais longe, facilitando não apenas o processo de reproduzir, mas aprimorando a cópia digital à quase perfeição, além de promover amplamente a sua difusão, elevando a pirataria¹⁷¹ a níveis estratosféricos¹⁷². Um desenvolvimento específico desempenhou um grande papel nesse novo cenário: a tecnologia *peer-to-peer* (doravante denominadas p2p)¹⁷³, cujo

¹⁶⁹“La experiencia demuestra que las industrias relacionadas con el derecho de autor se rigen por los mismos principios porque la mayoría de los países han suscrito y aplicado los principales convenios internacionales en materia de derecho de autor y derechos conexos administrados por la OMPI. Ciento sesenta y siete países están obligados por las normas jurídicas y derechos reconocidos por el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, que es la base del régimen jurídico internacional del derecho de autor” (OMPI. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. *Guía para determinar la contribución económica de las industrias relacionadas con el derecho de autor*. OMPI, 2015, p. 22. Disponível em:

<http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/893/wipo_pub_893.pdf>. Acesso em: 04 de maio de 2018).

¹⁷⁰“O final dos anos noventa parecia bastante promissor para as indústrias de distribuição de conteúdo. A década proporcionara o maior recorde de vendas de todos os tempos e encerrava-se com a promulgação de um vigoroso pacote antipirataria, que criminalizava condutas, incrementava penas pecuniárias e privativas de liberdade, aumentava o prazo dos direitos autorais já existentes e proibia o desenvolvimento de tecnologias que pudesse ameaçar seus titulares” (TRIDENTE, 2009, p. 58).

¹⁷¹ De se destacar o posicionamento de Ascensão (Uso por terceiro não autorizado de bem intelectual protegido e sanção penal. *Revista de Direito Intelectual*, n. 1, pp. 9-32. Coimbra: Almedina, 2014, p. 13) sobre a utilização do termo “pirataria”: “é já de si um termo impróprio para ser usado quando se fala com o nível cientificamente requerido destas matérias. Há que reprovar as violações, mas falar em pirataria representa uma distorção semântica, para criar já pelo próprio termo uma condenação que impede um debate aberto sobre o que deve ou não ser proibido”.

¹⁷²BORGES, Maria Manuel. *A Propriedade Intelectual: do Direito Privado ao Bem Público*. Coimbra: Observatorio (OBS*) Journal, n. 5, 225-244, 2008, p. 227.

¹⁷³“As redes *peer-to-peer* permitem a troca de ficheiros em formato digital entre os vários computadores que integram a rede, funcionando esses computadores simultaneamente como cliente e servidor. Desde cerca do ano 2000 que estas redes têm, de forma persistente e bem-sucedida, servido como plataforma de partilha de

para o favorecimento daqueles que já são detentores de obras protegidas em detrimento daqueles que dependem do alcance da sua função social para criar¹⁷⁷.

É relevante ressaltar que quando falamos em “detentores de obras protegidas” não nos referimos aos pequenos produtores de conteúdo, mas, sim, aos grandes conglomerados que passaram a dominar a indústria cultural e que colecionam contratos de cessão para exploração econômica de diversas obras.

Essa sequência de fatos terminou por criar um clima de insegurança jurídica¹⁷⁸, pois as pessoas encontram dificuldades em entender até que ponto o uso da obra é permitido e o entendimento dos órgãos responsáveis por este esclarecimento está em constante modificação, sempre no sentido de endurecer o combate à pirataria. Por mais que uma verdadeira revolução digital tenha tomado lugar em nossos tempos, as concepções e os institutos jurídicos responsáveis pela regulamentação e fiscalização dos direitos de autor foram criados tendo por base uma realidade absolutamente distinta da que hoje se apresenta¹⁷⁹.

Essa disparidade entre teoria e prática trouxe como consequência a banalização da ilegalidade¹⁸⁰. Diante deste cenário, duas saídas se apresentam à sociedade: repensar o mecanismo jurídico que envolve a norma e modificá-la, ou agravar as penas e aplicá-las,

¹⁷⁷*“Lately, as a result of schools of legal thought that aim to protect “property” at all costs and see nothing good about “public goods”, copyright has developed as a way to reward the haves: the successful composer, the widely read author, the multinational film company. Copyright should not be meant for Rupert Murdoch, Michael Eisner, and Bill Gates at the expense of the rest of us. Copyright should be for students, teachers, readers, library patrons, researchers, freelance writers, emerging musicians and experimental artists. Because the body of law has grown so opaque and unpredictable in recent years, copyright policy discussion has resided in the domain of experts who have the time and the money to devote to understanding and manipulating the law. Copyright myths have had as much power as copyright laws. The interests of the general public have been ignored by the movements to expand copyright in the 1990s. Organizations of librarians and scientists have taken stands against odious policy proposals, but they are matched against lawyers for Microsoft and Disney. It is not a fair fight” (Ibid., p. 5).*

¹⁷⁸*“Against this background, rap music has grown to dominate American popular culture in the last two decades. It has also rendered copyright law incapable of arbitrating under the old definitions of ‘author’, ‘work’, or ‘originality’. Any person with a series of recorded tracks from old songs can fuse them together with a \$2,000 electronic mixer and rap over the bed of other people’s music, creating a new “work” composed by dozens of ‘authors’. As a result of this ill fit between art and law, no one knew what the guidelines for digital sampling were for the first decade of recorded rap music. Artists, growing fearful of suits from large record companies, tended to sample obscure songs. Licensing fee fluctuated irregularly, and no one could safely predict the penalty for unauthorized sampling. On any given day, a rap artist might have gotten ripped off by an overpriced licensing fee, or a publishing company might have been burned by charging too little for a sample that helped produce a top hit. After a landmark sampling case in 1991, the practices solidified, but not for the better. The practice of sampling without permission has all but ended. However, this move to protect established songwriters at the expense of emerging ones runs counter to both the tent of copyright law and the best interest of society” (VAIDHYANATHAN, 2003, p. 14).*

¹⁷⁹LEMOS, Ronaldo. *Direito, Tecnologia e Cultura*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005, p. 8.

¹⁸⁰RENDAS & SILVA, 2015, p. 395.

que foi o que ocorreu¹⁸¹. Assim teve início uma verdadeira cruzada empreendida pelos gigantes do entretenimento contra qualquer uso não autorizado de propriedade autoral protegida, seja este uso lucrativo ou não, colocando em questão não apenas as regulamentações que versam sobre a matéria, mas a própria natureza do direito de autor e suas justificações: quais seriam os interesses tutelados pelo *copyright* na era digital? Ou, mais importante, de quem? ¹⁸².

Encontramos a resposta na coleção de casos práticos que trouxemos para análise, objetivando demonstrar o real impacto que os direitos de propriedade intelectual exercem atualmente na sociedade em distintas áreas, senão vejamos.

4.3.1 O lobby Mickey Mouse

Hodiernamente, a figura que melhor evidencia a completa deturpação do prazo de proteção autoral é o Mickey Mouse. O icônico personagem é o símbolo mais conhecido de um dos maiores conglomerados de entretenimento a nível mundial, o *Walt Disney Studios*, responsável por animações, curta e longas-metragens, canais de TV, músicas, parques de diversões e produtos das mais diversas categorias que contam com um reconhecimento global da marca na casa dos 97%. Um estudo conduzido pela revista Forbes fez do Mickey Mouse o personagem fictício mais rico do mundo, sendo ele responsável por levar à Disney estimados \$5,8 bilhões em contratos de *copyright* por ano¹⁸³.

Não obstante ter se tornado a face da empresa¹⁸⁴, o Mickey, tal qual qualquer outro personagem, estaria sujeito à queda em domínio público, a partir dos prazos

¹⁸¹“The response to this general illegality is either to enforce the law more severely or to change the law. We, as a society, have to learn how to make that choice more rationally. Whether a law makes sense depends, in part, at least, upon whether the costs of the law, both intended and collateral, outweigh the benefits. If the costs, intended and collateral, do outweigh the benefits, then the law ought to be changed. Alternatively, if the costs of the existing system are much greater than the costs of an alternative, then we have a good reason to consider the alternative” (LESSIG, 2004 *apud* TRIDENTE, 2009, p. 65).

¹⁸²“Esvaindo-se o fundamento humanista e cultural do direito de autor e esgotada a justificação económica oferecida pelo ‘argumento instrumental’, esta referência às origens do *copyright* como alternativa possível, ao jeito de um retorno ao paradigma perdido, levar-nos-ia a concluir, irremediavelmente, pela submersão do direito de autor ‘pela teia de interesses empresariais’ conducente à sua qualificação, já hoje, ‘como num direito dos privilégios das empresas de *copyright*’” (PEREIRA, 1999a, p. 15).

¹⁸³Cf. CROCKETT, Zachary. *How Mickey Mouse Evades the Public Domain*. Priceonomics, *on-line*. Disponível em: <<https://priceonomics.com/how-mickey-mouse-evades-the-public-domain>>. Acesso em: 30 de março de 2017.

¹⁸⁴O que indica a existência de uma discussão inteiramente diferenciada, da proteção do Mickey Mouse enquanto marca, não como obra – não obstante a relevância desta discussão, por fugir ao tema do presente trabalho ela não será aqui endereçada com profundidade. Apenas interessa-nos saber que existem aqueles que

existentes na lei norte-americana, tanto à época da sua criação como atualmente. O personagem foi criado sob a legislação autoral de 1909, que estatuiu claramente um período de proteção para fins de exploração econômica pelo prazo de 56 anos. O ano de sua criação foi 1928, o que levaria o seu período de proteção a se encerrar em 1984, período a partir do qual a companhia não poderia mais auferir ganhos patrimoniais com a exploração da sua imagem – uma perda significativa, ainda que para padrões tão grandiosos como os do complexo Disney.

Todavia, estamos em 2018 e, incrivelmente, o Mickey Mouse mantém-se protegido enquanto propriedade intelectual da Disney! Através de manobras empreendidas ao longo dos anos, a Disney tem continuamente logrado sucesso em estender o prazo de proteção para que este continue a abarcar o personagem, livrando-o do domínio público repetidas vezes¹⁸⁵.

A primeira delas ocorreu em 1976, quando o *lobby* efetuado pela companhia (na forma de doações para campanhas eleitorais e troca de favores) refletiu no congresso, ocasionando a mudança da legislação no sentido de adequar os prazos à legislação europeia, aumentando de 56 para 75 anos o prazo de proteção sobre obras já publicadas. Desta forma, resguardou-se o Mickey Mouse em um adicional de 19 anos, passando-se o seu limite de expiração de 1984 para 2003, quando este deveria, enfim, cair em domínio público.

Com a aproximação da data limite, novamente a Disney empreendeu uma campanha de *lobby* junto aos legisladores para expandir este prazo¹⁸⁶, dessa vez ainda com mais força, tendo em vista que não apenas o Mickey estava ameaçado, mas também o

defendem a consequente proteção perpétua para a figura do Mickey por ter este assumido a posição de logotipo da empresa, sendo mais do que mero personagem das histórias produzidas pelo conglomerado.

¹⁸⁵Cf. DOCTOROW, Cory. *We'll Probably Never Free Mickey, But That's Beside the Point*. Eletronic Frontier Foundation, *on-line*. Disponível em: <<https://www.eff.org/deeplinks/2016/01/well-probably-never-free-mickey-thats-beside-point>>. Acesso em: 30 de março de 2017.

¹⁸⁶Apesar de não haver prova material concreta de que foi o impulso financeiro providenciado pela Disney que levou a nova legislação a ser tão rapidamente aprovada, sem debates ou discussões, tem-se indícios suficientes para afirmar com certeza uma correlação entre os fatos, indícios estes que revolvem em torno do valor de \$149.612 pagos diretamente às campanhas dos congressistas que endossaram o projeto. Na época, apenas o senador Hank Brown posicionou-se de maneira contrária, alegando que: “[...] *the real incentive [was] for corporate owners that bought copyrights to lobby Congress for another 20 years of revenue. I thought it was a moral outrage. There wasn't anyone speaking out for the public interest*” (LEE, Timothy B. *15 years ago, Congress kept Mickey Mouse out of the public domain. Will they do it again?* The Washington Post, *on-line*. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2013/10/25/15-years-ago-congress-kept-mickey-mouse-out-of-the-public-domain-will-they-do-it-again/?utm_term=.553f399a4b39>. Acesso em: 30 de março de 2017).

Pluto, que entraria em domínio público em 2005, o Pateta, cuja proteção expiraria em 2007, e o Donald *Duck*, que estaria livre do *copyright* em 2009.

Em 1998, o Congresso estadunidense sancionou o *Copyright Term Extension Act* que, mais uma vez, alargou a proteção corporativa, definindo-a em 95 anos, o que elevou a proteção conferida ao Mickey em vinte anos, estando a mesma para se encerrar em 2023¹⁸⁷. As discussões a respeito dos alongamentos de prazo chegaram até mesmo à Suprema Corte, sob o argumento de que o Congresso estaria afrontando a Constituição norte-americana¹⁸⁸. A Corte não vislumbrou, porém, qualquer óbice ao adendo, tampouco a possibilidade de o Congresso voltar a legislar sobre esta matéria. Portanto, é possível que, antes de 2023, haja nova manobra dos lobistas da *Disney Corp.* no sentido de, mais uma vez, estender o prazo de proteção sobre a figura do Mickey Mouse¹⁸⁹.

Toda essa narrativa serve para demonstrar com maestria quão grande é a influência que tais contratos de *copyright* exercem na economia: o interesse de uma das maiores companhias do mundo é capaz de mudar a legislação de uma das nações mais poderosas do mundo, privilegiando o interesse privado em detrimento do interesse público.

É apenas irônico que boa parte dos filmes mais famosos da Disney sejam fruto da releitura de narrativas que hajam caído em domínio público, tais como Alice no País das Maravilhas, filme de 1951 com remake de 2010, derivados diretamente da obra de nome

¹⁸⁷“*The Copyright Extension Act of 1998 is symbolic of their increasing grasp of intellectual property. The Constitution originally provided for 14 years of monopoly rights. By 1998, Congress had already extended the copyright to 50 years after the death of the author. The 1998 law provides holders of copyrights an additional 20 years of protection in addition to the previous 50 years after the death of the author. Supposedly, this revision was urgent because Disney’s rights to Mickey Mouse were due to expire in 2003. Without this law, the poor mouse would have to endure life within the public domain rather than within the secure confines of the Disney empire’s holdings of intellectual property. Now, recall that the stated purpose of the copyright law is to ‘promote the progress of science and useful arts’. I have not yet been able to discover the link between extension of the Mickey Mouse copyright and the promotion of science and the useful arts, but I am sure that wiser people than me are well aware of the merits to this legislation*” (PERELMAN, 2002, p. 40).

¹⁸⁸Vários estudiosos se uniram em um manifesto para expressar o seu descontentamento e as possíveis consequências que este movimento legislativo traria para o cenário de produção cultural do país: “*The two components of the CTEA differ markedly in their economic effect. The longer term for new works provides some increase in anticipated compensation for an author. Because the additional compensation occurs many decades in the future, its present value is small, very likely an improvement of less than 1% compared to the pre-CTEA term. This compensation offers at most a very small additional incentive for an economically minded author of a new work. The term extension for existing works makes no significant contribution to an author’s economic incentive to create, since in this case the additional compensation was granted after the relevant investment had already been made*” (HARVARD, 2002, p. 2).

¹⁸⁹“Tais durações acabam na prática por quase constituir um monopólio perpétuo, e são dificilmente justificáveis à luz do incentivo à criação pois as extensões têm efeitos retroativos sobre obras criadas há décadas. (Lessig, 2004). Elas representam a diminuição cada vez maior do espaço do domínio público” (ROSA, 2006, p. 211).

similar do autor Lewis Carroll, escrita em 1865. É este também o caso de Branca de Neve e os Sete Anões, A Bela Adormecida, Aladdin, O Rei Leão, dentre tantos outros. Esta incongruência demonstra por si só quão maléfica pode ser a manutenção desmedida da proteção sobre as obras: não tivessem elas caído em domínio público, não seria possível a produção de obras cinematográficas clássicas que moldaram a infância de gerações.

4.3.2 Os livros no mundo digital

Nesse sentido, faz-se aqui um panorama com a indústria livreira que adota uma conduta similar no tocante às obras que caem em domínio público: ao mesmo tempo que se aproveita ao máximo possível daquilo que o domínio público oferece, objetiva-se obstar o seu crescimento da maneira que puder. Isto é nítido, tanto a partir do prazo de proteção às obras atualmente vigente, quanto a partir do panorama de publicações: um manifesto, conduzido por diversos estudiosos de renome¹⁹⁰ e endereçado à Suprema Corte dos Estados Unidos, comprova esta teoria, visto que concluiu que uma estimativa de proteção de 50 anos é equivalente a uma proteção infinita para livros¹⁹¹. Retorna-se, portanto, à época dos monopólios e exclusivos comerciais dos livreiros.

Um livro que é vendido para uma editora, que é preparado e comercializado, mas que sucumbe ante ao princípio do esgotamento após a primeira venda¹⁹², termina por cair no limbo que é a enorme biblioteca de volumes inativos existente em cada editora¹⁹³. Estima-se que esta é a situação de cerca de 70% dos livros que foram publicados e

¹⁹⁰George A. Akerlof, Kenneth J. Arrow, Timothy F. Bresnahan, James M. Buchanan, Ronald H. Coase, Linda R. Cohen, Milton Friedman, Jerry R. Green, Robert W. Hahn, Thomas W. Hazlett, C. Scott Hemphill, Robert E. Litan, Roger G. Noll, Richard Schmalensee, Steven Shavell, Hal R. Varian, Richard J. Zeckhauser, além do peticionante Eric Eldred.

¹⁹¹“The maximum impact on incentives from this effect, however, is trivial because the current copyright term already has nearly the same present value as an infinite copyright term” (HARVARD, 2002, p. 8).

¹⁹²“A proteção do direito de autor nos termos da presente directiva inclui o direito exclusivo de controlar a distribuição de uma obra incorporada num produto tangível. A primeira venda na Comunidade do original de uma obra ou das suas cópias pelo titular do direito, ou com o seu consentimento, esgota o direito de controlar a revenda de tal objecto na Comunidade” (EUROPA, 2001, *on-line*).

¹⁹³“Há obras cujos titulares de direitos são desconhecidos (e.g. as obras anónimas) ou, embora conhecidos, encontram-se fora do comércio (*out-of-commerce* ou *out-of-print*), não manifestando os presumíveis titulares de direitos interesse na sua utilização. São as chamadas ‘obras órfãs’ [...]” (PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *O novo Regime das Obras Órfãs*. *Revista de Propriedade Intelectual*, n. 1, p. 21-49. Coimbra: Almedina, 2016, p. 22).

esgotados¹⁹⁴. Isto porque esse livro deixa de ser economicamente aproveitável à indústria e ao autor: não apresentando lucro, a própria editora não encontra vantagem em produzir mais tiragens da obra; o autor, por sua vez, mesmo experimentando a gradual desvalorização econômica da obra¹⁹⁵, vê-se de mãos atadas quanto à possibilidade de disponibilizar seu trabalho ao público por meios diversos até o fim do contrato¹⁹⁶.

Fato curioso é que a maior parte dos lançamentos que temos hoje em dia são novas edições de livros antigos que caíram no domínio público e que podem ser livremente explorados por quem quer que seja. As editoras, não tendo mais qualquer tipo de custo referente aos autores de tais obras, aproveitam-se para lançar e relançar mais e mais versões dos clássicos: O Príncipezinho, Os Três Mosqueteiros, as obras de Shakespeare, de Jane Austen. Hodiernamente, são os livros que contam com maior circulação no mercado. E onde estão os livros recentemente produzidos? São as obras destituídas de proteção que movimentam a indústria literária, não o contrário¹⁹⁷.

É interessante explicitarmos outro exemplo para melhor ilustrar a inadequação da legislação de propriedade intelectual: ora, desde a invenção da imprensa de Gutemberg até os dias de hoje, um livro é um livro. Modernizou-se o equipamento, o design, a tipografia, mas, essencialmente, manteve-se certa fidelidade ao modelo padrão, e um livro continua a ser um livro. O próprio Gutemberg, em pleno 2018, saberia proceder ao seu manuseio e à utilização caso estivesse vivo e viesse a deparar-se com um¹⁹⁸. No entanto, isso não é dizer

¹⁹⁴Estimativa feita com base no relatório “*Report on Orphan Works*” do Gabinete do Copyright dos Estados Unidos. Disponível em: <<https://www.copyright.gov/orphan/orphan-report.pdf>>. Acesso em: 05 de maio de 2018.

¹⁹⁵“*The assumption of a constant revenue stream for one hundred years is very conservative, that is, it tends to overstate the amount of compensation, because most works lose economic value over time*” (HARVARD, 2002, p. 7).

¹⁹⁶“Os direitos de autor protegem as obras anônimas e não prescrevem por não uso. Na falta de uma autorização legal, rege o direito de autor enquanto direito exclusivo, i.e., enquanto *ius excluendi omnes alios*. O que, na prática significa condenar ao esquecimento as obras anônimas ou que estão fora do comércio, por ausência de manifestação de interesse dos seus autores” (PEREIRA, *op. cit.*, p. 23).

¹⁹⁷“*Research examining what is for sale “on the shelf” reveals a striking finding that directly contradicts the under-exploitation theory of copyright: Copyright correlates significantly with the disappearance of works rather than with their availability. Shortly after works are created and propertized, they tend to disappear from public view only to reappear in significantly increased numbers when they fall into the public domain and lose their owners. For example, more than twice as many new books originally published in the 1890’s are for sale by Amazon than books from the 1950’s, despite the fact that many fewer books were published in the 1890’s*” (HEALD, Paul J., *How Copyright Keeps Works Disappeared*. Illinois Program in Law, Behavior and Social Science Paper No. LBSS14-07; Illinois Public Law Research Paper No. 13-54, 2013, p. 3).

¹⁹⁸“*The physical book really has had a 500-year run. It’s probably the most successful technology ever. It’s hard to come up with things that have had a longer run. If Gutemberg were alive today, he would recognize the physical book and know how to operate it immediately. Given how much change there has been everywhere else, what’s remarkable is how stable the book has been for so long. But no technology, not even one as elegant as the book, lasts forever*” (BAZOS, 2009 *apud* ROSA, Antonio Machuco. *Uma perspectiva*

que não houveram avanços tecnológicos na área literária. Desenvolveu-se, paralelamente ao paradigma clássico, uma nova tecnologia: a dos leitores digitais. O advento dos livros em formato digital teve um impacto crescente na indústria, malgrado o seu início tímido¹⁹⁹.

Este advento foi acompanhado por uma proporcional mudança na maneira legal de promover a comercialização dos livros: passou-se, gradativamente, da transmissão ou oneração em sentido estrito ao licenciamento das obras. O licenciamento é um instituto ao qual primeiro recorreu a indústria do *software*, que não contava com qualquer proteção autoral quando do seu surgimento. Dizer que os livros digitais são, em sua maioria, licenciados e não vendidos acarreta dizer que aquele que concorda com os termos da licença não se torna proprietário, mas mero usuário. Adquire-se o direito de acesso ao livro, sob os termos de utilização constantes do contrato de licenciamento²⁰⁰.

Em termos práticos, o principal efeito da licença é que, a partir dela, invalida-se o princípio do esgotamento: como o consumidor não compra o livro, mas apenas adquire acesso a ele, não pode proceder à sua utilização livremente, sendo-lhe vetado o repasse e a reprodução, plenamente possíveis com um livro físico. Não se pode, afinal, vender aquilo que não se tem²⁰¹. Esta postura leva a interpretar a informação como propriedade privada destinada unicamente à exploração comercial, o que, convenhamos, contraria a natureza jurídica proposta para o ramo do direito de autor. Os recursos antipirataria e as muitas restrições que são incorporadas às licenças diminuem a liberdade do usuário, e dificultam ainda mais o acesso a tais títulos²⁰²²⁰³.

histórica sobre as licenças de acesso à informação: das licenças de software ao licenciamento de livros electrónicos em bibliotecas públicas. IX Congresso Sopcom, Coimbra, pp. 63-75, 2015, p. 64).

¹⁹⁹“Segundo a Associação Americana de Editores, em 2006 os livros em formato electrónico representavam 0.5% do total da venda de livros, em 2009 3.17%, passando para 16.97% em 2011, seguida de uma aceleração brusca em 2012, quando as vendas foram 22.55%” (*Ibid.*).

²⁰⁰*Ibid.*, p. 66.

²⁰¹“Enquanto as onerações autorais dos direitos autorais vinculam terceiros e constituem faculdades jurídicas absolutas exercíveis pelo titular dessa oneração contra quaisquer pessoas, as licenças ou autorizações são, pelo contrário, direitos relativos, cujo *licere* ou conteúdo é inoponível a terceiros” (MARQUES, J. P. REMÉDIO. Direito de autor e licença compulsória – um olhar luso-brasileiro. *Boletim da Faculdade de Direito*. Vol. LXXXVI [SEPARATA]. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2016, p. 57).

²⁰²“Printed books are usually widely distributed as commercial products, and typically consumers are not required to undergo any approval process or to undertake any additional commitments before they can use the book. The online purchasing of eBooks, however, often requires identification, and the eBook is subject to a license agreement, setting limits on the freedom to use the book in a certain way (such as lending it, listening to it aloud, or selling the copy to others). Some retailers tie the licensed use of the electronic book to a particular device, thereby limiting the freedom of book purchasers to read and store the eBook on a device of their choice” (ELKIN-KOREN, Niva. The Changing Nature of Books and the Uneasy Case for Copyright, *The George Washington Law Review*, nº 79, 2011, p. 1717).

O exemplo perfeito para demonstrar este fato é o das bibliotecas públicas: com o claro intuito de promover a obtenção de títulos e, assim, incentivar o estudo e enriquecer a cultura de maneira geral, essas instituições sempre trabalharam tendo por base o sistema de compra, venda e empréstimo. Nesse sentido, a implantação dos livros digitais trouxe consigo um claro empecilho, posto que as bibliotecas tiveram que fugir de seu *modus operandi* habitual e trabalhar com as licenças disponíveis no mercado, encarecendo e atrapalhando a disponibilização de novas obras aos seus usuários²⁰⁴.

Os editores revisitam o velho conflito existente entre a classe e os bibliotecários e se mostram reticentes quanto à disponibilização de livros digitais para seu acervo, sob o argumento de temerem a proliferação de cópias a partir da unidade disponibilizada à biblioteca. Nesse sentido, as bibliotecas perderam a força do status de ente especial e passaram a ter acesso às obras da mesma maneira que o público geral, através do licenciamento (essa opção não é garantida, já que algumas editoras recusam até mesmo o licenciamento para bibliotecas)²⁰⁵.

Os modelos de licença com os quais se trabalham não foram, no entanto, concebidos para colaborar com o acervo de uma biblioteca pública, mas para dar lucro. Normalmente, a editora elege seu procedimento dentre três opções: a) licenciamento de acesso perpétuo, que serve a um leitor por vez e que confere à biblioteca um direito de acesso que pode vir a ser limitado a um número determinado de leituras, sendo normalmente mais caro do que o preço de venda do livro em papel (20 a 100 vezes mais)²⁰⁶; b) licenciamento por subscrição, que tem duração determinada, mas que oferece acesso simultâneo a mais de um usuário por vez; e c) o licenciamento *pay-per-view*, no qual o livro é alugado por período e paga-se por cada leitura realizada, normalmente

²⁰³“As medidas de tutela dos direitos de autor podem ir do bloqueio de acesso a um site específico até uma ordem de uma proibição de acesso à Internet por parte de um utilizador. Como se compreende, este tipo de acções levantam problemas em sede de garantias de direitos fundamentais, nomeadamente o direito de liberdade de expressão, o livre acesso à informação e o direito a um procedimento justo e equitativo” (SILVA, Nino Sousa e. *A perspectiva do equilíbrio entre a propriedade intelectual e (outros) direitos fundamentais*. *Revista de Propriedade Intelectual*, n. 1, p. 209-223. Coimbra: Almedina, 2015, p. 214).

²⁰⁴“Os livros electrónicos que passaram a ser distribuídos acompanhados de uma licença de utilização. Os livros electrónicos também passaram a ser licenciados às bibliotecas, e não mais vendidos. A consequência é que o controlo da utilização de um livro deixou de pertencer à biblioteca para passar a ser do editor. Actualiza-se assim como uma força maior ainda do que no passado o conflito entre o bibliotecário, que tende a ver a informação como um bem público necessário, e o editor que a tende a ver como propriedade privada destinada a dar lucro” (GASAWAY, 2000 *apud* ROSA, 2015, p. 72).

²⁰⁵ROSA, 2015, p. 71.

²⁰⁶“One example is the recent announcement by HarperCollins, a major publishing company, that it is revising the lending terms of eBooks so that libraries will be licensed to circulate an eBook only twenty-six times before the license expires” (ELKIN-KOREN, 2011, p. 1720).

permitindo apenas um leitor por vez – é, no entanto, mais barato que os outros dois modelos, pois só se paga efetivamente pelo que é lido²⁰⁷.

Esses modelos obviamente vêm acompanhados de contraditórias tecnologias²⁰⁸ que chegam até mesmo a entrar em conflito com normas do Código de Direito de Autor e Direitos Conexos português, bem como com a jurisprudência do Tribunal Superior da União Europeia²⁰⁹, pois, além de buscarem obstar o acesso ao arquivo através de meios distintos, não permitem a cópia privada, a impressão ou o empréstimo entre bibliotecas, não ensejam o direito de arquivamento e, geralmente, culminam no desaparecimento do livro digital ao final do período constante no termo da licença.

Esse novo paradigma para disponibilização de livros em formato digital também foi incorporado aos repositórios e periódicos acadêmicos que, de igual maneira, passaram a exigir uma compensação em contrapartida ao acesso a determinado *paper*²¹⁰. Destarte, tornou-se situação corriqueira que uma pessoa, em meio a sua busca por determinado assunto, encontrasse um artigo científico que lhe parecesse interessante, e que enfrentasse como condição de acesso a ele uma *paywall*, que nada mais é que uma plataforma de pagamento responsável por intermediar o acesso à página, na qual adquire-se o direito de visualizar o *paper* específico ou, por vezes, o acervo ao periódico em questão²¹¹. Os preços praticados não são meramente simbólicos, pois, recapitulamos, este sistema não foi

²⁰⁷ROSA, *op. cit.*, p. 75 e 76.

²⁰⁸“As medidas tecnológicas de proteção surgem como reação e tentativa de combate à ubiquidade da violação dos direitos de autor na sociedade de informação. Estas medidas consistem em tecnologias de cifragem, codificação ou outra transformação das obras protegidas, com o objetivo de restringir atos de utilizadores relativos a essas obras que não sejam autorizados pelos titulares dos direitos de autor. Todavia, a utilização de medidas tecnológicas não é, por si só, remédio bastante. Porquanto aquilo que uma tecnologia pode fazer, outra pode certamente desfazer, a utilização destas medidas é acompanhada por uma proibição de atos de neutralização das mesmas, logrando-se, deste modo, uma parceria entre o direito e a arquitetura tecnológica com o objetivo de assegurar uma proteção eficaz dos direitos de autor na era digital” (RÊNDAS, 2015, p. 396).

²⁰⁹Nomeadamente o art. 75º do CDADC e o caso *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.* Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=C-128/11&td=ALL>>. Acesso em: 07 de junho de 2018.

²¹⁰A esse respeito, Borges (2008, p. 33) destaca que o procedimento padrão envolve a elaboração de um contrato de licença entre o pesquisador e a publicação interessada em veicular o seu trabalho, denominada *copyright transfer agreement* (CTA): “o problema é que, ao renunciar ao copyright, o autor deixa de deter os direitos sobre o seu trabalho, pelo que o acesso ao mesmo terá de ser adquirido junto do editor. No fundo, a biblioteca de uma universidade pode ter de adquirir o que foi doado pelo autor dessa mesma universidade. Com as bibliotecas em plena ruptura quanto ao número de títulos que conseguem assegurar e que são essenciais à prossecução da investigação, existem, agora, preocupações muito sérias com as possíveis repercussões no sistema científico”.

²¹¹“Na verdade, o acesso e a utilização de uma obra tornada acessível na rede fica dependente de uma palavra passe, cuja concessão dependerá de pagamento prévio através de moeda electrónica. Nesse sentido assiste-se à formação de um mercado de serviços de acesso condicional” (PEREIRA, 1999a, p. 17).

concebido como maneira de promover o acesso do público a tais trabalhos, mas visando o lucro.

Ora, as bibliotecas e os arquivos públicos são os bastiões da função social da propriedade intelectual, na medida em que são responsáveis por proporcionar ao público o acesso à livros, filmes, músicas e outros conteúdos informativos; da mesma forma, os trabalhos acadêmicos são, no mais das vezes, os condutores que levam diretamente ao progresso e a novas descobertas, ao que existe, em sua utilização, um interesse público que não deveria ser meramente reduzido à contabilização ou a medidas de cálculo²¹².

Obviamente não argumentamos contra a possibilidade de um autor barrar o acesso às suas obras, valendo-se de meios tecnológicos ou contratuais para defender o seu trabalho. Todavia, é pertinente ao menos questionar se o acesso a tais obras deveria ser considerado ilegítimo quando este independente da autorização do titular de direitos²¹³. No presente caso, e em outros que ainda abordaremos, o que acontece é que não são os autores e sim a indústria²¹⁴ que estabelece as barreiras que impedem o acesso; do mesmo modo, é também a indústria que busca as severas punições para os infratores na larga maioria das vezes, não os autores.

Novamente espiamos o desvirtuamento do direito de propriedade intelectual, na medida em que, distanciando-se as perspectivas do autor, da sociedade e da indústria por trás do ramo, prevalece esta última: parece tratar-se muito mais de um direito empresarial do que de um direito civil, detentor de uma função social. Este parece ser o caso em ambas as situações retratadas: tanto quando a indústria explora o domínio público sem, no entanto, com ele contribuir, bem como quando restringe a uma querela econômica o acesso de bibliotecas públicas à livros digitais, ou de estudantes e cientistas a *papers* e artigos científicos, em um combate desarrazoado à reprodução ilegal – até mesmo quando este rótulo não convém.

Tais obstáculos foram responsáveis por, novamente, direcionar a sociedade para a ilegalidade²¹⁵. Em termos de conhecimento científico, destacou-se a plataforma *Sci-Hub*,

²¹²*Ibid.*, p.4.

²¹³*Ibid.*, p. 5.

²¹⁴“Esta consiste na cadeia formada por editor ® distribuidor ® biblioteca ® leitor, cadeia acompanhada de contratos em cada um dos seus pontos de contacto” (ROSA, 2015, p. 72).

²¹⁵“Just as spring arrived last month in Iran, Meysam Rahimi sat down at his university computer and immediately ran into a problem: how to get the scientific papers he needed. He had to write up a research proposal for his engineering Ph.D. at Amirkabir University of Technology in Tehran. His project straddles both operations management and behavioral economics, so Rahimi had a lot of ground to cover. But every

cujo objetivo é permitir a partilha de artigos acadêmicos. O site é declaradamente uma oportunidade para que a comunidade científica se insurja contra o controle exercido na veiculação de trabalhos e pesquisas por revistas e periódicos que mediam o acesso aos *papers* cobrando o pagamento de uma quantia²¹⁶.

Os defensores do *Sci-Hub* garantem não haver nele uma real violação aos direitos de autor, posto que não se ofendam os pesquisadores do ponto de vista moral: os trabalhos sempre possuem a autoria designada. Alegam ainda que, a partir da veiculação em meios tradicionais, não existe retorno patrimonial aos criadores, nem mesmo com o sucesso da publicação, vez que toda a arrecadação feita com base na popularidade do artigo é revertida apenas para o periódico, não para quem com ele contribui; por fim, destacam ainda que as pesquisas científicas são empreendidas, em sua maioria, com financiamento público, motivo pelo qual este mesmo público não deveria ter que pagar para obter acesso aos resultados.

O *Sci-Hub* se restringe a fins acadêmicos por entender que um pesquisador precisa de embasamento científico para levar a cabo sua pesquisa, influenciando-se pelas conclusões aferidas pelos pesquisadores que lhe antecederam e aplicando os resultados a sua própria pesquisa, tal qual um romancista o faz com os elementos que apreende do domínio público. Nesse sentido, chega-se ao extremo de defender o fim da proteção autoral para trabalhos científicos²¹⁷, com a justificativa de que qualquer barreira ao conhecimento é prejudicial ao avanço da ciência e contrário ao interesse da própria sociedade²¹⁸. Não

time he found the abstract of a relevant paper, he hit a paywall. (...) To read a 2011 paper in Applied Mathematics and Computation, Rahimi would have to pay the publisher, Elsevier, \$28. A 2015 paper in Operations Research, published by the U.S.-based company INFORMS, would cost \$30. He looked at his list of abstracts and did the math. Purchasing the papers was going to cost \$1000 this week alone—about as much as his monthly living expenses—and he would probably need to read research papers at this rate for years to come. [...] The choice seemed clear: Either quit the Ph.D. or illegally obtain copies of the papers” (BOHANNON, John. *Who’s downloading pirated papers? Everyone*. Science Magazine, 2016. Disponível em: <<http://www.sciencemag.org/news/2016/04/whos-downloading-pirated-papers-everyone>>. Acesso em: 29 de maio de 2018).

²¹⁶“*Copyright laws render the operation of most online libraries illegal. Hence many people are deprived from knowledge, while at the same time allowing rightholders to have a huge benefit from this. The copyright fosters increase of both informational and economical inequality”* (SCI-HUB. *About Sci-Hub*. Disponível em: <<https://sci-hub.tw/>>. Acesso em: 19 de maio de 2018).

²¹⁷“*We advocate for cancellation of intellectual property, or copyright laws, for scientific and educational resources”* (SCI-HUB, *on-line*). Também nesse sentido, ver Perelman (2002).

²¹⁸“*A research paper is a special publication written by scientists to be read by other researchers. Papers are primary sources necessary for research – for example, they contain detailed description of new results and experiments. At this time the widest possible distribution of research papers, as well as of other scientific or educational sources, is artificially restricted by copyright laws. Such laws effectively slow down the development of science in human society. The Sci-Hub project, running from 5th September 2011, is*

obstante tais argumentos, o *Sci-Hub* extrapola o limite da legalidade, se não em todos, mas na grande maioria dos ordenamentos jurídicos e são constantes as tentativas para derrubá-lo²¹⁹; o sítio, em decorrência, precisa mudar constantemente de hospedagem para se manter *on-line*²²⁰.

O que observamos é que a indústria literária se encontra atualmente²²¹ diante de uma encruzilhada: de um lado, um nível de proteção exacerbado com altos custos ao destinatário final da obra; do outro, a pirataria, fácil, gratuita, ilegal. Também a indústria da música enfrentou esta contenda, tendo perdido terreno continuamente para os programas de compartilhamento p2p. Aparentemente, a situação apaziguou-se mediante o alcance do meio termo: o surgimento de plataformas de *streaming*, como os aplicativos *Deezer* e *Spotify*, que incorporam uma nova modalidade de distribuição de música (também de filmes, seriados, conteúdos diversos) infinitamente mais barata, tanto ao consumidor quanto à indústria, do que os tradicionais CDs comercializados outrora.

O sucesso desses aplicativos denota, inclusive, que a sociedade tem interesse em uma solução legítima, desde que esta seja cômoda e acessível, porque assim o é a pirataria. Não se trata, portanto, de uma recusa absoluta em pagar pela utilização da obra, mas, sim, de uma maneira de fugir aos preços exorbitantes, que, não por coincidência, é exatamente a situação que verificamos com os livros e artigos científicos: legal, porém injusto. Salienta-se ainda que o serviço de *streaming* é feito mediante licenciamento, o que apenas reitera o argumento de que o método de negócio não é a causa do problema – é o abuso das prerrogativas que lhe permeiam que causa o desequilíbrio e que leva as pessoas a buscarem meios alternativos para obter acesso ao conteúdo informativo que desejam: ilegal, porém subjetivamente justo.

challenging the status quo. At the moment, Sci-Hub provides access to hundreds of thousands research papers every day, effectively bypassing any paywalls and restrictions” (SCI-HUB, on-line).

²¹⁹“Novas estratégias de combate a esta prática têm vindo a ser testadas. Entre elas encontram-se as medidas de bloqueio de acesso a páginas que disponibilizam obras protegidas, requeridas contra fornecedores de acesso à Internet [...]. Na União Europeia, os artigos 8º, nº 3, da Diretiva Sociedade de Informação e 11º, terceiro período, da Diretiva Enforcement, atribuem aos titulares de direitos de propriedade intelectual a faculdade de requerer providências contra a intermediários, como os fornecedores de acesso à Internet, cujos serviços sejam utilizados por terceiros para violar os seus direitos. No CDACD, essa possibilidade encontra-se prevista no nº 3 do artigo 210º-G” (RENDAS, 2015, p. 397).

²²⁰Silva (2015, pp. 216-223) apresenta, aliás, interessante análise do caso julgado pelo TJUE, UPC Telekabel (C-314/12), de 27 de março de 2014, precisamente sobre a retirada de sites de *download* e *streaming* do ar, através de qual se conclui que tais medidas são, apesar de admissíveis quando vinculadas a requisitos bastante duros, ineficientes em última instância.

²²¹Diz-se, inclusive, que a indústria livreira demorou para encontrar-se diante de uma crise no mundo digital: “*It is somewhat surprising that the book industry is undergoing a digital revolution only now. After all, text was one of the first formats to be digitized, even before music and movies*” (ELKIN-KOREN, 2011, p. 1712).

Resta saber se, no panorama literário, vai despontar uma iniciativa que lhe permita encontrar esse terreno comum entre a disponibilização de informação ao público e o resguardo dos direitos de exploração emanados pelos direitos de autor. Infelizmente, não houve, até o presente momento, tentativa que tenha logrado ultrapassar todos os obstáculos interpostos pela legislação e pelo *lobby* empresarial diretamente envolvido na regulação dos direitos de autor, mas não percam as esperanças, vez que existem iniciativas válidas para tanto – que serão esmiuçadas no próximo capítulo.

4.3.3 A Microsoft e os direitos de autor aplicados ao software

Outra situação que exemplifica perfeitamente a inadequação do prazo de proteção autoral atualmente em vigor é o caso do *software*. Ora, é cediço que o direito de autor se aplica ao *software* da mesma maneira que se aplica a filmes, livros e músicas, não havendo qualquer distinção na proteção que é garantida a esses tipos específicos, ainda que as suas características sejam bastante diferentes²²².

Todo *software* tem um código-fonte de programação e é precisamente sobre ele que se manifesta a proteção: tanto o seu autor pode limitar de fato o acesso do usuário a ele em sua integridade, como configura violação ao direito autoral obter este acesso fora do âmbito da licença concedida²²³. Isso implica dizer, naturalmente, que um *software* também conta com uma proteção de 70 anos, sempre que o direito de autor pertença a pessoa diversa do criador da obra. As consequências para o mercado não são, no entanto, tão naturais, e implicam no estabelecimento de um monopólio controlado pela empresa que mais detém *softwares* no mundo: a gigante *Microsoft*, que constantemente abusa de sua posição de dominância.

²²²Apoia-se esta proteção no código-fonte do software, tecnicamente expressão formal dos programas de computador: “mas em todos os casos defrontamos uma linguagem. Isto nos permite afirmar sem nenhuma dúvida que o programa de computador é uma criação que tem uma expressão, e que essa expressão é linguística” (ASCENSÃO, José de Oliveira. A proteção jurídica dos programas de computador. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 50, v. I, Lisboa, abril de 1990, p. 99). Não obstante, existe uma discussão nesse sentido, vez que alguns autores – nomeadamente Sá e Mello (2008) – alegam que a proteção do software não se trata de salvaguardar o aproveitamento patrimonial da expressão formal do programa de computador e, sim, de reservar o exclusivo da exploração econômica do seu conteúdo, pelo que requer não a proteção autoral, mas, sim, um regime *sui generis* que lhe diga respeito. Nesse sentido, cf. Contratos de Direito de Autor: A autonomia contratual na formação do direito de autor, Parte 1, Capítulo 2, 15. A expressão formal criativa nos programas de computador.

²²³LEMOS, 2005, p. 72.

Precisamente por este motivo, a *Microsoft* já foi, por diversas vezes, ré em muitos processos judiciais que quase sempre versavam sobre direito de concorrência e as suas consequências no mercado. No entanto, o que se percebe é que os problemas que proporcionam à *Microsoft* esse domínio e seu consequente abuso têm muito mais a ver com o direito de autor do que com o direito de concorrência²²⁴, pois é justamente o direito de autor que permite a manutenção desse monopólio: levemos em consideração, por exemplo, o programa *Microsoft Windows 95*. Este *software*, que já se encontra ultrapassado, continua protegido por pelo menos 70 anos. Obviamente, quando cair em domínio público, seja lá quando for, será irrelevante para o mercado e para a sociedade, o que permite à *Microsoft* explorar ao máximo a sua posição enquanto detentora do exclusivo de exploração deste *software* ou de qualquer outro que venha a lançar no futuro: o direito de autor se encarrega de inibir a concorrência²²⁵²²⁶.

Diante desse panorama, alguns defendem a especialidade do *software* em relação a outros tipos de propriedade intelectual, no sentido de estipular para si um período diferente de proteção, mais próximo ao da patente, mas ainda inferior, algo como cinco ou dez anos, que permitiria o desenvolvimento de trabalhos derivados ainda relevantes do ponto de vista temporal. Essa diversidade beneficiaria o mercado que se encarregaria de enaltecer quem desenvolvesse o melhor produto. Ressalta-se aqui que os problemas que se apresentam nada têm a ver com a qualidade dos produtos que são desenvolvidos pela

²²⁴“Desde 1990, a Microsoft tornou-se ré nos Estados Unidos em diversos processos judiciais que envolvem questões antitruste. [...] aparentemente, todas as vezes que os tribunais tentaram impor algum remédio jurídico mais complexo, a Microsoft simplesmente o ignorou. Exemplos disso aconteceram entre 1995 e 2002, quando a empresa foi acusada de haver ignorado as decisões liminares que lhe vedavam incorporar o software de navegação Internet Explorer ao sistema operacional Windows. Como resultado, foi protocolada uma “moção para julgamento civil com base em desrespeito de decisão judicial com o intuito de executar decisão liminar” contra a Microsoft, mas, nesse entretanto, a fatia de mercado detida por seu único concorrente significativo no mercado de programas de navegação, o browser Netscape, foi irremediavelmente perdida” (LEMOS, 2005, p. 68).

²²⁵*Ibid.*, p. 69.

²²⁶A conduta da *Microsoft* é, no mínimo, contraditória, vez que o desenvolvimento do seu sistema operacional não se deu em função de uma única pessoa, mas, sim, do crescente aperfeiçoamento de códigos que se encontravam em regime de livre acesso: “A trajetória inicial da Microsoft ilustra bem o processo. O *input* proveniente de um espaço público de informação colectivamente apropriável foi a base de partida dos primeiros grandes produtos da Microsoft, nomeadamente os seus primeiros grandes sucessos comerciais: a sua versão da linguagem BASIC e o sistema operativo MS-DOS. O DOS da Microsoft teve origem imediata no 86-DOS, escrito por Tim Paterson numa empresa de Seattle, que posteriormente licenciou o programa à empresa fundada por Bill Gates. Mas o código do 86-DOS não foi fruto de um acto original e solitário de criação. Ele teve a sua origem no sistema operativo CP-M, escrito por Gary Kidall, sistema que, por sua vez, se baseava num outro, PL/M, o qual, por sua vez ainda, se baseava no *software* não comercial, livremente acessível, desenvolvido na DEC. Quanto a BASIC, a sua linguagem teve a sua origem também na DEC e na Universidade de Dartmouth” (ROSA, 2015. pp. 63-64).

Microsoft; tratamos apenas da óbvia consequência prática da proteção exacerbada: um mercado desequilibrado que nada pode fazer para defender-se do ponto de vista concorrencial.

Ora, as sanções impostas à *Microsoft* falham porque, por mais que o sistema judiciário tenha se esforçado para acompanhar e inibir os seus abusos, não conseguiu criar um remédio eficaz a tempo hábil, posto que os fatos relativos ao caso se desenvolveram muito mais rápido no plano prático do que no plano processual. Argumenta-se, inclusive, que qualquer remédio jurídico que venha a surgir, por mais drástico que seja, não será eficaz se não estiver efetivamente acompanhado por uma mudança na estrutura da propriedade intelectual²²⁷; sem essa mudança, será apenas uma solução temporária, uma forma de prolongar o problema central.²²⁸

Nesse panorama, e levando em consideração o desvirtuamento dos objetivos da propriedade intelectual, surgiu um movimento atuante no sentido de criar “bens intelectuais abertos, amplamente acessíveis tanto com relação ao uso, quanto com relação à possibilidade de inovação e modificação, não só do ponto de vista econômico, como também do ponto de vista cognitivo”²²⁹, ao qual denominou-se *copyleft*. O seu objetivo é a colocação de *softwares* livres no mercado, sem as amarras que normalmente lhe são impostas pelo *copyright*, o que possibilitaria ao usuário não somente ter acesso ao código-fonte do *software* em sua integridade, bem como utilizá-lo como base para novos desenvolvimentos, modificá-lo, copiá-lo e distribuí-lo como bem entender. A classificação de um *software* como livre depende exclusivamente de seu autor, que deve expressamente exigir, usando de suas prerrogativas, o seu licenciamento nestes moldes.

A iniciativa *copyleft* surtiu efeitos muito positivos, tanto a nível social quanto a nível econômico. Promoveu-se uma modificação institucional em sentido inverso: o que normalmente tem início com discussões jurídicas que repercutem diretamente no plano fático e no plano judicial, teve início com programadores insatisfeitos, que viam na proteção autoral um óbice à evolução. Do ponto de vista social, criou-se uma plataforma colaborativa na qual qualquer um pode se engajar e não apenas para fins de utilização – os

²²⁷“É inútil apreciar-se um caso de violação das regras da concorrência por parte do titular de direitos autorais (ou direitos conexos) se os efeitos anticompetitivos não puderam ser eliminados ou minorados. Por exemplo, nenhum tribunal poderá condenar o titular de direitos autorais a celebrar um contrato de licença se não puder supervisioná-lo razoável e adequadamente” (MARQUES, 2016, p. 91).

²²⁸ LEMOS, 2005, p. 69.

²²⁹ *Ibid.*, p. 72.

usuários são encorajados a participarem ativamente no processo da criação, diminuindo a distância entre a sociedade e os autores²³⁰. Do ponto de vista econômico, observou-se a possibilidade de descentralização na criação de *softwares*, vez que o produto final não seria mais desenvolvido, produzido, controlado e explorado por uma única pessoa ou empresa, detentora dos direitos de exclusivo²³¹.

A comercialização do *software* livre tocou em um ponto bastante controverso: a justificativa de que, sem a alta proteção concedida pela lei, a obra não proporcionaria um retorno econômico significativo para o seu criador. O que se verifica na realidade é que o mercado não apenas se adapta a este regime, como também cria para ele novos nichos: cobra-se, por exemplo, pelo suporte técnico a ele oferecido, para que sejam feitas modificações específicas para o usuário, surgem novos produtos a ele vinculados, combina-se o *software* livre com um *hardware*, barateando o custo final do produto e do licenciamento²³². Em suma, o regime de *software* livre incita a demanda ampliando e garantido livre acesso à oferta, o que põe em questão toda a base ideológica por trás da construção do regramento jus-autoral.

4.4 Buscando a reinvenção

Diante dos exemplos supracitados, cada um oriundo de um braço diferente da propriedade intelectual, é que fica claro o grau de ineficiência da proteção que hoje se

²³⁰“Para os indivíduos em geral, o movimento do *software* livre é um convite ao engajamento e um empreendimento coletivo. Os indivíduos têm liberdade de ir e vir, bem como para deixar suas contribuições pessoais para o desenvolvimento do projeto intelectual subjacente ao *software*. São também estimulados a sugerir mecanismos procedimentais para a organização prática do desenvolvimento dos projetos de *software* livre, bem como a se engajar politicamente no sentido de promover a transformação das estruturas tradicionais de desenvolvimento de *software* baseado nos modelos usuais de direito autoral. Esse convite vem sendo cada vez mais aceito e vários fóruns relativos ao movimento do *software* livre têm sido instalados em diversas partes do mundo. A regra geral parece ser que indivíduos engajados em projetos envolvendo *software* livre tornam-se, em grande medida, também partidários do modelo” (LEMOS, 2005, p. 76).

²³¹“O movimento do *software* livre, na medida em que incentiva a cooperação entre programadores, muitas vezes de todas as partes do mundo, não só demonstrou as ineficiências do regime de direito autoral tradicional aplicado ao *software*, como também provou ser muito mais eficiente e dotado de um grau muito superior de sofisticação: um passo significativo no sentido de um regime mais receptivo à inovação e muito mais eficiente em termos econômicos. Os resultados foram impressionantes. Um sistema operacional como o *Linux*, desenvolvido em regime de *software* livre, com a participação e a cooperação de programadores de várias partes do mundo, tornou-se, como consequência, muito mais estável e sofisticado do que um sistema operacional desenvolvido com base em modelos centralizados, derivados do regime de direito autoral tradicional. Ademais, do ponto de vista econômico, o *Linux* é livre para ser copiado, distribuído, utilizado e modificado” (*Ibid.*, p. 73 e 74).

²³²*Ibid.*, p. 76.

estende sobre tais objetos: a falha é generalizada, o que termina por tornar o sistema obsoleto.

A regulamentação hoje disposta, seja em Portugal, Brasil ou Estados Unidos, encontra-se inadequada ante as necessidades sociais, vez que serve, sem disfarces, à indústria que lentamente lhe promoveu²³³. Disfarça-se como interesse pelo talento individual, um interesse que é, na verdade, puramente relativo ao comércio; alimenta-se uma cultura de, a um lado, proteção desproporcional e desarrazoada, e, a outro, ilegalidade. Dois extremos que nada fazem para acudir um ao outro.

A tendência que há muito se observa é que a propriedade intelectual, cujo escopo deveria ser, em última instância, atender ao interesse público, paulatinamente transforma os seus usos privados (destinados a este mesmo público) em exceções, fazendo prevalecer como caráter magistral desse ramo de direito o exclusivo de exploração econômica, seu traço, em tese, acessório. Empréstimo a expressão de Ascensão (2014), a desilusão é grande. Ainda assim, acreditamos que a solução não é, neste caso, modificar o entendimento no sentido de deixar o direito de autor cada vez mais estrito, menos preocupado com a função social que lhe corresponde; há que olhar-se para frente e buscar, neste panorama, o que pode ser feito para retornar a propriedade intelectual ao seu propósito de origem.

Na esteira do movimento *copyleft* e do *software* em regime livre, existem várias iniciativas que visam resgatar o verdadeiro sentido da propriedade intelectual no mundo inteiro. Algumas são legitimadas perante a lei, outras tantas ultrapassam a linha tênue existente entre injustiça e ilegalidade: o fato é que mais e mais o público, e também os próprios criadores, voltam-se a estes meios para garantir o acesso à informação e operam uma modificação institucional no direito de autor.

Muito populares são as plataformas digitais formadas com o objetivo único de compartilhar conteúdo. Elas são variadas, especializadas de diversas maneiras e possuem um vasto alcance. Encontram-se sites destinados a escritores amadores que, voluntariamente, disponibilizam suas histórias; bem como sites para compartilhamento de vídeos, nos quais o usuário pode, também voluntariamente, disponibilizar suas produções.

²³³“Tudo se esclarece, se verificarmos que na realidade quem se pretende proteger é a empresa, para quem o benefício no essencial reverte – ou diretamente, quando a empresa é titular originário dos direitos (como na obra coletiva), ou indiretamente, através dos contratos que os titulares são levados a celebrar” (ASCENSÃO, 2014, p. 12).

Estes domínios contam, geralmente, com uma política de utilização que veta a violação aos direitos de autor de outros criadores, contando com o recurso de denúncias dos próprios usuários para fazer valer a legislação mediante a retirada do conteúdo infrator do ar. Apesar da obediência às regras não ser garantida, o que se verifica é que, na grande maioria das vezes, ainda que haja uma ofensa, esta não possui relevância econômica para o autor.

Essas páginas foram responsáveis por criar gêneros inteiramente novos de entretenimento, muitas vezes a partir de elementos já existentes: um exemplo é o gênero de histórias conhecido como *fanfiction*, extremamente popular na Internet, no qual se utiliza uma pessoa famosa ou um contexto criativo já existente para elaborar uma narrativa²³⁴. De maneira análoga, o *YouTube* foi responsável pela diversificação do entretenimento em vídeo, lançando pessoas desconhecidas à condição de apresentadores, professores, atores, cantores, repórteres, produtores, garantindo-lhes visibilidade ao mesmo tempo que os remunera tendo por base as suas visualizações. Tal qual o movimento *copyleft*, o *YouTube* exerceu um papel fundamental na descentralização da indústria do entretenimento, quase que inteiramente dominada pelas emissoras de televisão.

Em termos de conhecimento geral, temos a enciclopédia colaborativa *on-line* Wikipédia, que funciona de maneira análoga ao *software* livre: o acesso aos seus verbetes é aberto, sem custos, e seus artigos podem ser livremente alterados pelos usuários que frequentam o sítio. Difere do modelo tradicional de enciclopédia, que normalmente

²³⁴É interessante notar que este gênero é frequentemente o caminho para novas obras: a franquia de livros 50 Tons de Cinza, de E. L. James, nasceu de uma *fanfiction* derivada da saga Crepúsculo, escrito por Stephanie Meyer. De maneira análoga, J. K. Rowling, consagrada autora dos livros de Harry Potter, os quais ambientou em um universo bruxo inteiramente por ela criado, expressou diversas vezes em entrevistas a permissão para que seus leitores utilizassem de seu universo para elaborar novas obras, expandindo-o. Essa permissão culminou na publicação, no Brasil, de uma série de livros ambientados em uma escola brasileira de magia e bruxaria (bastante diferente da conhecida Hogwarts britânica, mas fiel às diretrizes impostas pela criadora deste universo bruxo) chamada de A Arma Escarlata. Ainda tratando de Harry Potter, a peça de teatro e o livro correspondente *The Cursed Child* não foram obras de J. K. Rowling, mas, sim, o fruto de uma colaboração entre outros dois autores, Jack Thorne e John Tiffany, que meramente deram continuidade à história por ela iniciada, tendo sua ajuda. Como demonstram estes exemplos, podemos alegar tratar-se mesmo de uma forma de escrita colaborativa. Nesse sentido: “*Collaborative writing is nothing new - there have always been collaborative efforts in which people have jointly drafted a complete text from scratch, contributed ideas and small pieces of text, or modified and edited a text as part of a joint effort. But digital networks promote collaborative production by dramatically lowering the cost of coordinating the efforts of a massive number of contributors. Additionally, digital publishing reduces the cost of writing and self-publishing. Amateur writers can join the writing scene and may collaborate in writing and editing text. Many new technological tools facilitate collaborative writing. It is through the creation of these types of tools that the technological context of collaborative writing is shifting radically*” (ELKIN-KOREN, 2011, p. 1723).

envolve um rebuscado conselho editorial e muitos autores convidados, além de ser veiculado por uma editora específica a um custo usualmente elevado.

No caso das enciclopédias físicas, para que haja qualquer alteração aos verbetes nela contidos, faz-se necessário o uso de uma licença e da autorização de quem elaborou o artigo em questão; a Wikipédia, por sua vez, funciona de modo muito mais dinâmico, permitindo a sua livre alteração. Este formato funciona de maneira análoga ao dos *softwares* de livre acesso: existe o engajamento da população no sentido de tornar a fonte de conhecimento mais produtiva, mais fiel, mais verídica, existe o desejo de colaborar para enriquecer o acervo do site. Não por coincidência, um dos sítios com maiores índices de acesso ao *Sci-Hub* no mundo é exatamente o lugar onde se encontra o *headquarters* da Wikipédia²³⁵.

No tocante à criação de obras derivadas, reputam-se louváveis as ferramentas criadas no intuito de diminuir os custos e os esforços do pretense novo autor para buscar a autorização do titular de direitos sobre a obra na qual deseja basear a sua criação. Sites como o *sharedlink.com*, por exemplo, buscam fazer essa ponte entre criadores e estabelecer um período de tempo no qual a utilização do trabalho protegido seja livre para quem lhe requisitar²³⁶.

Malgrado todos os empreendimentos supra descritos, foi a partir de uma iniciativa da *Google Inc.*, um dos maiores conglomerados tecnológicos do mundo, que teve início a discussão sobre a necessidade de um instrumento que fizesse a ponte entre os extremos da obra: seu criador e o público-alvo, maximizando as vantagens a um e a outro. O projeto *Google Books* surgiu em 2004 com uma simples premissa: digitalizar a larga maioria dos

²³⁵“The numbers for Ashburn, Virginia, the top U.S. city with nearly 100,000 *Sci-Hub* requests, are harder to interpret. The George Washington University (GWU) in Washington, D.C., has its science and technology campus there, but Ashburn is also home to Janelia Research Campus, the elite Howard Hughes Medical Institute outpost, as well as the servers of the Wikimedia Foundation, the headquarters of the online encyclopedia *Wikipedia*” (BOHANNON, 2016, *on-line*).

²³⁶Apesar do avanço representado por tais medidas, ressalta-se que estas ainda não são o suficiente para chegar às vias de solucionar o problema, tendo em vista a dificuldade em localizar e adquirir a permissão para utilização de uma obra já existente, especialmente as mais antigas, que ainda não caíram no domínio público. Não raro, tais custos não podem ser superados e terminam por prejudicar a produção de uma nova obra, conforme nos demonstra a petição encaminhada à Suprema Corte dos Estados Unidos (HARVARD, 2002, p. 13): “[...] a new creator may have difficulty locating an earlier copyright holder, particularly in the case of very old works that have been under copyright for a long time. Uncertainties about the identity of the original author or subsequent assignee of the copyright deepen the difficulty. When copyright holders are difficult to locate, it is costly to track them down, and, if it is even more difficult to locate copyright holders of older works, then transaction costs will increase disproportionately for these works”.

livros publicados até então, tendo por fim a criação de um catálogo gigantesco de obras de fácil acesso, evitando a perda de volumes devido à falta de circulação²³⁷.

Obviamente a empresa enfrentou sérios protestos, vindos de associações de autores e editores norte-americanos que tentaram silenciar a iniciativa com uma ação judicial proposta em 2005²³⁸. No entanto, antecipando tais contendas, a *Google Inc.* se apoiou nas disposições de *fair use* consagradas na legislação dos Estados Unidos, o que foi aceito pela corte de primeira instância. Não obstante uma primeira decisão desfavorável a seu pleito, a *Author's Guild* recorreu à segunda instância, dando continuidade a um trâmite processual que se estenderia até o ano de 2013.

Entre 2008 e 2009, depois de inúmeras negociações, chegou-se a um acordo: seria lícito ao Google disponibilizar ao público o máximo de 20% das obras protegidas. Em câmbio, a empresa deveria pagar uma contrapartida monetária aos detentores dos direitos sobre tais obras, caso estes explicitamente lhe pedissem²³⁹. Os restantes 80% do conteúdo dos livros só poderia ser disponibilizado para o usuário mediante pagamento – este pagamento seria depositado numa sociedade encarregada de proceder à remuneração dos autores²⁴⁰.

Este acordo foi invalidado em 2011 sob o interessante argumento de que o projeto estava operando uma mudança na regulamentação do direito de autor que só poderia ser efetuada através de meios legislativos²⁴¹. Inibiu-se, portanto, a já existente tendência de

²³⁷ “São vários os benefícios reconhecidos ao projeto Google Books Search: a) possibilita um maior acesso aos livros, em especial para bibliotecas, escolas, investigadores e populações menos favorecidas; b) facilita a tradução dos livros para Braille e formatos áudio, aumentando o acesso para pessoas com necessidades especiais; c) gera novas audiências e novas formas de receitas para autores e editores; d) permite preservar e dar nova vida aos livros mais antigos, em especial edições esgotadas ou fora do comércio, que jazem em arquivos e depósitos em bibliotecas” (PEREIRA, 2014, p. 167).

²³⁸ Cf. *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 13-4829 (2d Cir. 2015). Disponível em: <<https://dockets.justia.com/docket/circuit-courts/ca2/12-3200>>. Acesso em: 06 de maio de 2018.

²³⁹ A partir do relatado no manifesto encaminhado à Corte Superior dos Estados Unidos acerca do CTEA, podemos concluir que a prática de requisitar este pagamento não é muito comum, vez que a obra perde relevância econômica para o próprio autor: “*As evidence, only a small percentage of copyright registrants bother to renew their works, although renewal costs only a few dollars, and only a fraction of renewed copyrights continue to be valuable to copyright holders*” (HARVARD, 2002, p. 7).

²⁴⁰ “Outras cláusulas do acordo previam que cada biblioteca pública norte-americana pudesse dispor de um terminal de acesso aos conteúdos disponibilizados por Google, ficando, contudo, estipulado o pagamento pela impressão de cada página” (ROSA, *op. cit.*, p. 86). O autor ainda comenta o alcance geográfico do acordo: “estava inicialmente concebido para se aplicar ao mundo inteiro, mas devido às fortes reações de muitos países, o seu âmbito territorial de vigência restringe-se de momento aos Estados Unidos e outros países anglo-saxões” (*Ibid.*, p. 87).

²⁴¹ “O Acordo Asa recebeu cerca de 500 objeções. Concorrentes da empresa Google, como a Amazon.com e a Microsoft, suscitaram objeções específicas por razões de direitos de autor. Alegaram, em especial, que a aprovação judicial do acordo seria contrária à reserva de lei (Congresso) a que esta matéria está sujeita. Além disso, em matéria de obras órfãs, o ASA violaria disposições da lei do Copyright, uma vez que as obras

promover uma modificação institucional no direito de autor de baixo para cima, a qual já fizemos alusão. Em 2013, a ação finalmente encontrou a sua conclusão, com o posicionamento do juiz Denny Chin que validou as ações do *Google Books* sob o escudo do *fair use*, uma importante vitória para os que advogam pela expansão dos usos legítimos da obra como maneira de neutralizar os malefícios provocados pelas contínuas extensões do prazo de proteção, em especial na legislação norte-americana, extremamente restritiva²⁴².

Apesar do *Google Books* ser a iniciativa mais relevante nesta frente, até pela magnitude da empresa que lhe conduz, não se trata do primeiro ou do único projeto com a ambição de digitalizar livros em larga escala: projetos como o *Gutenberg Project*, o *Internet Archive*, o *Knowledge Commons* e o *Digital Public Library of America* (este último lançado em 2013) dão o ensejo a essa tendência que é extremamente pertinente no sentido de dar visibilidade a trabalhos que poderiam ser facilmente esquecidos e mantê-los ao alcance da sociedade. Na Europa, em especial, destaca-se o projeto intitulado *Europeana*, que entrou em ação em 2008 e, desde então, atua na digitalização e na publicação de obras²⁴³.

seriam licenciadas sem autorização do titular de direitos, instituindo-se uma licença obrigatória por via de acordo judicialmente válido” (PEREIRA, 2014, p. 168).

²⁴²O mesmo autor destaca, que, ante a legislação portuguesa, o *Google Books* dificilmente enfrentaria problema semelhante, vez que aqui reconhece-se como lícita a cópia privada, independente do consentimento do autor, no âmbito do art. 75º do CDADC: “a reprodução, no todo ou em parte, de uma obra que tenha sido previamente tornada acessível ao público, desde que tal reprodução seja realizada por uma biblioteca pública, um arquivo público, um museu público, um centro de documentação não comercial ou uma instituição científica de ensino” (ROSA, 2015, p.72).

²⁴³ Cf. PEREIRA, Alexandre Libório Dias. *Google Books, Bibliotecas digitais e Direitos de Autor. Revista de Propriedade Intelectual*. Nº 1, p. 163-184. Coimbra: Almedina, 2014, p. 164. Nesse sentido, também é válida a menção ao posicionamento do juiz Chin: “*In my view, Google Books provides significant public benefits. It advances the progress of the arts and sciences, while maintaining respectful consideration for the rights of authors and other creative individuals, and without adversely impacting the rights of copyright holders. It has become an invaluable research tool that permits students, teachers, librarians, and others to more efficiently identify and locate books. It has given scholars the ability, for the first time, to conduct full-text searches of tens of millions of books. It preserves books, in particular out-of-print and old books that have been forgotten in the bowels of libraries, and it gives them new life. It facilitates access to books for print-disabled and remote or underserved populations. It generates new audiences and creates new sources of income for authors and publishers. Indeed, all society benefits*”, disponível em <<https://www.wired.com/images_blogs/threatlevel/2013/11/chindecision.pdf>>, acesso em 02 de junho de 2018.

5 O MODELO COLABORATIVO NO ÂMBITO JURÍDICO E SEUS EFEITOS NO DIREITO DE AUTOR

Todas as iniciativas descritas até o presente momento são extrajudiciais, exercendo efeito no direito de autor apenas a partir do impacto nele causado no plano funcional. Mas, e o Direito, como reage aos novos modelos colaborativos? Do ponto de vista formal, faz muito mais sentido provocar uma mudança no entendimento da legislação modificando as suas regras e impondo novos modelos, sempre no âmbito da legalidade. A legitimidade da lei auxilia na mudança de postura, tanto por parte da sociedade como por parte da indústria que se vê obrigada a adaptar-se²⁴⁴.

Diante das muitas sanções impostas e do número ainda maior de pessoas que insistem em ver, ouvir e ler sem precisar pagar, há que endereçar-se a exploração econômica da obra em seus moldes tradicionais e analisar o que pode ser feito para novamente alcançar um paradigma que seja efetivo, sem ignorar o arcabouço de direitos autorais que paulatinamente desenvolveu-se, mas também sem perder de vista a utilidade primária da obra, que é ser vista, lida ou ouvida. É o objeto desta utilização primária que se encontra hoje sob o escopo da regulamentação²⁴⁵.

É cediço que a larga maioria de demandas no âmbito do direito de autor vem do mau uso das obras – cópias indevidas, exploração econômica por não-cessionários, distribuição ilegal de conteúdo protegido, apenas para nomear alguns que, de tão comuns, acabam por serem aceitos pela sociedade. Não só: muitas vezes é o próprio autor que admite tais utilizações de sua criação. Por que não?

É o caso, por exemplo, de um acadêmico que descobre sua pesquisa científica disponível para download no *Sci-Hub*. Ora, enquanto acadêmico, inferimos que o propósito de sua pesquisa foi, em último caso, e ainda que influenciado por fatores financeiros, compartilhar o resultado e permitir que outros estudiosos a utilizassem para chegar a pontos aos quais ele não chegou. Levando em consideração que este profissional já não recebe qualquer ganho em relação a exploração da obra, será de fato uma ofensa encontrar

²⁴⁴“Will Sci-Hub push the industry toward an open-access model, where reader authentication is unnecessary? That’s not clear, Harvard’s Suber says. Although Sci-Hub helps a great many researchers, he notes, it may also carry a ‘strategic cost’ for the open-access movement, because publishers may take advantage of ‘confusion’ over the legality of open-access scholarship in general and clamp down. ‘Lawful open access forces publishers to adapt,’ he says, whereas ‘unlawful open access invites them to sue instead’” (BOHANNON, 2016, *on-line*).

²⁴⁵PEREIRA, 1999a, p. 2.

o seu trabalho, com paternidade designada, ao alcance de tantos? Se, hodiernamente, a obra já não lhe proporciona qualquer possibilidade de lucro, que vantagem ele auferirá com a sua proteção?²⁴⁶

No âmbito do direito de autor, o que se verifica é que nunca houve um meio termo: ou o autor concentrava em suas mãos todas as prerrogativas sob a obra, ou a obra se encontrava sob a tutela do domínio público. Ou tudo ou nada. Diante do contexto histórico que lhe deu origem, compreende-se esse radicalismo, vez que os autores foram duramente explorados durante muitos anos. No entanto, no panorama atual, perde-se esse sentido²⁴⁷. Nessa perspectiva, admite-se também que existem usos que, ainda que sejam ilegais, não machucam o autor nem comprometem o seu aproveitamento financeiro: prejudicam apenas a indústria.

Nesse sentido, encontramos também no universo jurídico iniciativas de modelos colaborativos em regime de livre acesso que resultaram diretamente do burburinho causado pelas extensões dos prazos de proteção, pelos movimentos de digitalização de livros e do *copyleft*.

5.1 General public license

A primeira licença de cunho diferenciado surgiu, conforme anteriormente mencionado, no âmbito de regulamentação dos *softwares*. Um autor em específico, Richard Stallman, insurgiu contra a perpetuação do monopólio das grandes empresas como *Apple* e *Microsoft* e criou um *software* cujo norte de funcionamento era a colaboração entre os demais programadores que quisessem ajudar a desenvolver o código-fonte. O sistema operativo *Linux* foi concebido sob essa nova modalidade de licença, especialmente designada para este fim: a Licença Pública Geral (*General Public License – GPL*).

²⁴⁶ “[...] no atual estágio de desenvolvimento tecnológico, a “dosagem” de prerrogativas asseguradas aos criadores de obras artísticas pelas leis de direito autoral é muitas vezes excessiva e, por isso, os próprios criadores dessas obras podem ter interesse em diminuí-la” (TRIDENTE, 2009, p. 121).

²⁴⁷ “Common sense is with the copyright warriors because the debate so far has been framed at the extremes—as a grand either/or: either property or anarchy, either total control or artists won’t be paid. If that really is the choice, then the warriors should win. The mistake here is the error of the excluded middle. There are extremes in this debate, but the extremes are not all that there is” (LESSIG, Lawrence. *Free Culture*. New York: The Penguin Press, 2004, p. 276).

A licença é, por excelência, uma forma de *copyright*²⁴⁸ – a diferença que a GPL apresenta ante às outras espécies de licenciamento privado é que ela garante a permanência da informação em um modo não-rival, assegurando que a propriedade intelectual sobre a qual recai permaneça, em consequência, livre. A liberalidade quanto ao uso do bem não é opcional ao criador no âmbito da GPL, como é no caso das licenças *open source*: seus termos tornam obrigatório que alguém que modifique a informação por ela acobertada deixe também livre o produto dessa reforma para que um terceiro contribua com as suas alterações²⁴⁹, e assim sucessivamente, criando uma cadeia de conhecimento e compartilhamento que engaja a sociedade no desenvolvimento de bens que lhe serão diretamente acessíveis. É este, aliás, o modelo de licenciamento que utiliza a Wikipédia, cuja proposta depende diretamente da colaboração coletiva²⁵⁰.

Afora a inovação que acarretou a GPL, destaca-se ainda outro grande legado de Stallman: o movimento *Software Livre*, cujas ramificações proporcionaram uma verdadeira revolução no acesso ao conhecimento – e que reverbera até os dias de hoje.

5.2 As licenças *creative commons*

A priori, é pertinente, para fins terminológicos, estabelecer uma diferença entre as muitas formas que a expressão *creative commons* é empregada. Os diferentes contextos lhe

²⁴⁸“The terms of that license are no doubt different from the terms of a proprietary software license. Free software licensed under the General Public License (GPL), for example, requires that the source code for the software be made available by anyone who modifies and redistributes the software. But that requirement is effective only if copyright governs software. If copyright did not govern software, then free software could not impose the same kind of requirements on its adopters. It thus depends upon copyright law just as Microsoft does” (LESSIG, 2004, p. 265).

²⁴⁹“Nas palavras de Stallman, esse novo tipo de licença estipula certas ‘liberdades’ (‘freedoms’), nomeadamente (1) a liberdade de distribuir o software, (2) de o modificar e (3) de distribuir as modificações. Mas a condição fundamental, (4), da licença GPL é uma quarta condição, a qual estipula que o programa modificado tem de se encontrar sujeito às exactas condições acabadas de enunciar nas três prévias liberdades” (ROSA, 2015, p. 65).

²⁵⁰“Você está convidado a participar como colaborador, editor, ou autor, mas você deve seguir as políticas que regem cada uma das edições independente do Projeto (...). Para promover os patrimônios comuns de conhecimento e cultura livres, exige-se que todos os usuários que contribuem com os projetos cedam permissões amplas ao público em geral para redistribuir e reutilizar as contribuições deles de maneira livre, desde que esse uso seja apropriadamente reconhecido e a mesma liberdade de reutilização e redistribuição seja cedida a todas as obras derivadas. Em concordância com nossa meta de proporcionar informações livres ao público mais amplo possível, solicitamos que, quando necessário, todo conteúdo submetido seja licenciado de maneira a ser livremente reutilizável por qualquer um que se dê ao trabalho de acessá-lo” (WIKIPEDIA, Termos e condições de uso. Disponível em: <https://wikimediafoundation.org/wiki/Terms_of_Use/pt-br#7._Licenciamento_de_conte%C3%BAdo>, acesso em 05 de junho de 2018).

conferem uma ideia de vagueza que não é bem-vinda e existem pelo menos quatro sentidos em que o termo pode ser utilizado, podendo referir-se à organização norte-americana *Creative Commons Corporation*, ao projeto mundial *Creative Commons*, às licenças *creative commons* (geralmente designadas com letras minúscula) e ainda aos bens por elas licenciados, os *commons*²⁵¹. Apesar de etimologicamente iguais, são coisas efetivamente distintas.

A *Corporation* foi primeiro concebida pelo professor Lawrence Lessig, na Universidade de Stanford, apesar de hoje encontrar-se sediada em Massachusetts, e consiste em uma organização sem fins lucrativos, cujo objetivo é justamente desenvolver as licenças públicas, doravante denominadas de licenças *creative commons*, com o fito de intermediar esse diálogo entre o autor e a sociedade, para que ele possa, à sua escolha, descriminalizar determinados usos de suas obras²⁵². As licenças podem ser utilizadas por qualquer indivíduo ou empresa para que obras e trabalhos sejam disponibilizados em regime “semiaberto”.

Isso porque trata-se de um meio termo: o criador não vai manter em seu poder todas as prerrogativas que lhe são conferidas pelo direito de autor, mas também não será obrigado a renunciar a tudo indistintamente, conforme obriga a licença GPL: lhe é facultada a escolha quanto aos usos que quer manter em exclusividade, definindo ele mesmo, assim, o que constituirá ilícito em relação a sua obra²⁵³. Ademais, ao passo que a GPL é quase que inteiramente voltada a *softwares* e sistemas operativos, as licenças *creative commons* aplicam-se a tudo: músicas, filmes, livros, artigo científicos – em suma, a todas as formas de conteúdo²⁵⁴.

Por fim, o projeto *Creative Commons* é uma iniciativa de gestão global dos direitos de autor, lançado em 2002 pela *Creative Commons Corporation*, e que hoje se encontra presente em pelo menos quarenta e sete países (incluindo Portugal e Brasil), espalhando o ideal já proclamado pela *Corporation*, de promover a construção e o aperfeiçoamento das licenças públicas de mesmo nome, bem como auxiliando os autores a utilizarem o novo sistema. O projeto, assim como a forma inovadora de licenciamento,

²⁵¹TRIDENTE, 2009, p. 120.

²⁵²LESSIG, 2004, p. 282.


²⁵³“O *Creative Commons* propõe uma alternativa intermediária entre a opção todos os direitos reservados [...] e a opção nenhum direito reservado, presente na idéia de domínio público, visando oferecer aos autores a escolha do caminho do meio termo ao viabilizar que optem pela alternativa alguns direitos reservados” (TRIDENTE, op.cit., p. 122).





²⁵⁴ROSA, 2015, p. 67.

felizmente, tem encontrado bastante aceitação – estima-se que, desde o final de 2014, cerca de 882 milhões de obras foram licenciadas sob estes novos termos²⁵⁵.

Destaca-se, inclusive, a retromencionada iniciativa Europeia, para digitalização e distribuição de obras no âmbito comunitário, a qual fizemos alusão no ponto 3.5, que utiliza esta forma de licenciamento; de igual maneira, quando o projeto chegou ao Brasil, Gilberto Gil (à época Ministro da Cultura) colocou algumas de suas canções sob o novo regime, para incentivar e divulga-lo em seu país²⁵⁶.

O licenciamento *creative commons* funciona como uma doutrina de *fair use* personalizada: além dos usos permitidos pela legislação, caberá ao autor estabelecer de que outras maneiras o destinatário final da obra poderá usufruir da mesma sem precisar recorrer à fonte para negociações²⁵⁷; é possível identificar²⁵⁸ os *commons* a partir do

símbolo  ou simplesmente da designação “CC”.

São quatro as categorias de licença, que podem ser utilizadas em singularidade ou combinadas entre si, e a cada uma é conferido um sinal distintivo, cujo objetivo é facilitar a sua identificação: a primeira é de **atribuição (by)** , inerente a qualquer licença, vez que obriga à indicação da paternidade da obra e a sua utilização em solitária representa a forma mais liberal de utilização destas licenças; em seguida, temos o **uso não comercial (nc)** , que proíbe ao utilizador tirar proveito econômico da obra; a **proibição de obras derivadas (nd)** , que permite a distribuição irrestrita da obra desde que a sua integridade respeitada; e, por fim, temos a **partilha nos termos da mesma licença (sa)** , que vincula a criação de uma obra derivada ao licenciamento nos mesmos termos da obra original.

Estes termos combinados dão origem a seis modalidades de licenciamento, com graus distintos de restrição quanto ao uso, esquematizadas do maior ao menor grau de liberalidade na tabela 1.


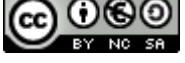




Tabela 1 – Modalidades de licenciamento.

²⁵⁵*Ibid.*

²⁵⁶TRIDENTE, 2009, p. 123.

²⁵⁷BORGES, 2008, p. 228.

²⁵⁸Tal qual as obras protegidas pelo *copyright* aparecem geralmente acompanhadas pelo símbolo ©, que designa “*all rights reserved*”.

	<p>Esta modalidade combina as licenças de atribuição, uso não comercial e proibição de obras derivadas e é a mais restritiva das licenças <i>creative commons</i>, pois o licenciante guarda para si maior quantidade de prerrogativas, permitindo apenas o uso privado comum da obra.</p>
	<p>Nesta, o licenciante também não permite o uso da obra para fins comerciais, mas admite a criação de obras derivadas a partir dela, exigindo que estas sejam, posteriormente, compartilhadas com o uso da mesma licença.</p>
	<p>Aqui também se permite ao licenciante a criação de obras derivadas em cima de sua criação, com a diferença de não vincular a veiculação dessas novas obras ao mesmo tipo de licença.</p>
	<p>Com esta opção, o autor-licenciante permite a utilização comercial da obra, mas requer a sua integridade preservada através do impedimento da criação de obras derivadas.</p>
	<p>Este modelo permite a utilização comercial da obra, bem como a criação de trabalhos derivados, desde que estes sejam vinculados à distribuição sob os mesmos termos de licença (muito parecida com a GPL).</p>
	<p>Esta é, por fim, a mais permissiva das licenças, tendo em vista a renúncia por parte do autor às outras prerrogativas, conservando para si apenas a atribuição dos créditos quanto à obra original e liberando o seu uso para qualquer tipo de utilização.</p>

Fonte: Elaborada pela autora (2018).

Todas estas licenças são conferidas pelo período constante nas legislações autorais e são irrevogáveis²⁵⁹.

5.2.1 Science Commons

Existe ainda aqueles que advogam por uma partição ainda mais segmentadas entre as licenças *creative commons*, explicitando a necessidade de um licenciamento específico

²⁵⁹TRIDENTE, 2009, p. 126.

para autores científicos²⁶⁰. Justifica-se essa especificidade tendo em conta a distinção que o pesquisador geralmente guarda em relação às outras categorias de autores: escritores, produtores, fotógrafos, músicos, atores e atrizes, são pessoas que buscam alcançar um grau de notoriedade para suas obras em um contexto comercial. Situação diferente é a de um acadêmico que por ventura decidiu escrever sobre uma descoberta na sua área de estudo – sua intenção é reverberar o seu trabalho o máximo possível no próprio âmbito acadêmico, através de publicações em periódicos respeitados, citações em outros artigos científicos, promovendo a sua utilização em experimentos práticos²⁶¹.

Seu objetivo é oferecer um contributo à sociedade e ao avanço da ciência; precisamente por este motivo lhe interessa colocar o resultado de sua pesquisa ao dispor da comunidade acadêmica. Neste contexto, foi lançado, em 2005, o *Science Commons*²⁶², braço do projeto *Creative Commons*, cujo enfoque é inteiramente dedicado às produções acadêmicas, culminando no desenvolvimento de uma licença que permite a veiculação do artigo científico em uma publicação sem que o seu autor tenha que abrir mão dos direitos de exploração comercial que lhe são cedidos.

Sem ignorar a situação hodierna de crescente exploração da comunidade científica, o projeto ainda providenciou uma ferramenta que acode aos pesquisadores que queiram pôr a termo o contrato de licenciamento sob o qual encerraram seus trabalhos, para que esses possam, de acordo com o ordenamento jurídico em questão, reaver o exclusivo de exploração econômica relativo à obra.

5.2.2 Domínio público voluntário

²⁶⁰“The copyright system developed along with the printing press. In the age of the printing press, it was unfeasible for an ordinary reader to copy a book. Copying a book required a printing press, and ordinary readers did not have one. What's more, copying in this way was absurdly expensive unless many copies were made--which means, in effect, that only a publisher could copy a book economically. So when the public traded to publishers the freedom to copy books, they were selling something which they *could not use*. Trading something you cannot use for something useful and helpful is always good deal. Therefore, copyright was uncontroversial in the age of the printing press, precisely because it did not restrict anything the reading public might commonly do” (STALLMAN, Richard. Reevaluating copyright: The public must prevail. *Oregon Law Review*, n. 75, 1996, pp. 291–297. Disponível em: <<http://www.gnu.org/philosophy/reevaluating-copyright.html>>. Acesso em: 11 de junho de 2018).

²⁶¹BORGES, 2008, p. 221.

²⁶²“*Science Commons was launched in 2005 with the goal of bringing the openness and sharing that have made Creative Commons licenses a success in the arts and cultural fields to the world of science. Science Commons helped explore the intersection of the web, legal tools, and scholarly publishing for the benefit of scientific discovery, innovation, and collaboration*”. (CREATIVE Commons. *About*. Disponível em: <<https://creativecommons.org/about/program-areas/open-science/>>. Acesso em: 11 de junho de 2018).

Conforme já ressaltamos, a legislação autoral tal qual a encontramos hoje enseja o reconhecimento de uma violação ao direito de autor independente da vontade ou da observação do autor. A obra passa a ser protegida a partir da sua expressão em um meio tangível, quando deixa de ser ideia e passa a ser, de fato, um objeto através do qual se exteriorizou a criatividade humana, não estando vinculada tal proteção a qualquer tipo de registro.

Ocorre que, não raro, o autor moderno não deseja tal proteção, por motivos variados: a falta de interesse na exploração econômica da obra é o mais comum dentre eles, principalmente quando levamos em conta as criações no âmbito digital, no contexto das redes sociais; não obstante, pode acontecer justamente o contrário: o autor tem interesse na liberação de qualquer amarra que a lei autoral possa impor justamente por enxergar na sua obra um potencial econômico, que será melhor aproveitado mediante a sua livre divulgação²⁶³.

Independente do motivo, o que se reconhece é que é uma possibilidade bastante plausível o autor desejar renunciar a exploração econômica de sua obra, ou mesmo a outros usos que a mantenham blindada. Reconhece-se também que, ante a automação da lei no sentido de instantaneamente a proteger, tê-la baixo o escopo da propriedade intelectual não é uma faculdade do criador. E mais: a sua pura inércia ante as utilizações e reproduções de sua obra tida como indevidas (posto que não sejam legitimamente autorizadas) não são suficientes para demonstrar uma permissão: a lei exige uma postura positiva para, enfim, descriminalizar tais condutas.

Ironicamente, são pouquíssimas as legislações que trazem em si uma maneira de chegar a este fim²⁶⁴. Destarte, verificamos esta postura positiva justamente através do licenciamento nos moldes *creative commons*, primeiramente com o emprego da licença mais branda, a de atribuição. Guardadas as devidas proporções²⁶⁵, é o mais perto que

²⁶³É este o caso recorrente com ritmos musicais populares no Brasil, tais quais o forró e o tecnobrega: as bandas expressamente permitem a reprodução das músicas pela população, sem exigir uma contrapartida financeira em retorno, objetivando a divulgação destes artistas e o reconhecimento do público, buscando garantir, posteriormente, a sua remuneração através de contratos diversos: shows, apresentações, anúncios publicitários, etc. Para uma análise mais aprofundada, cf. LEMOS, Ronaldo. *Tecnobrega: o Pará Reinventando o Negócio da Música*. Rio de Janeiro: Aeroplano, 2008.

²⁶⁴ Em sua obra, Branco (2011, p. 239) aponta apenas dois países que contam com a possibilidade de colocação da obra no domínio público voluntariamente: Chile e Quênia.

²⁶⁵Na verdade, os efeitos produzidos pela aplicação da licença 'Atribuição' muito se assemelham aos do domínio público, mas ambos não se equivalem. De acordo com o texto da licença, sua abrangência é mundial. O ingresso da obra em domínio público, por outro lado, depende da lei de cada um dos países onde a proteção é demandada. Além disso, já vimos que o domínio público afeta diretamente o exercício de

podemos chegar na formação de um domínio público voluntário, posto o autor renunciar a qualquer direito econômico que tem sobre a obra, permitindo que esta seja livremente reproduzida e modificada: para todos os efeitos, alcança-se o mesmo fim proposto pelo domínio público e a obra é colocada à disposição da sociedade.

Não obstante esta possibilidade, levando em conta as distinções perante cada ordenamento jurídico, o *Creative Commons* concebeu ainda uma licença específica para este fim, isto é, para tornar a obra parte integrante do domínio público desde que nos termos da lei (o que infere uma aceção diferente em cada país – em Portugal, por exemplo, um pressuposto seria a manutenção do direito moral sobre a obra, ao qual não deixa de fazer jus o autor e os seus descendentes nem mesmo com o decurso do prazo²⁶⁶): a CC0.

Sem embargo das soluções ofertadas pelo sistema *Creative Commons*, ressaltamos que, malgrado a maneira segundo a qual se enxerga a propriedade intelectual, seja como propriedade ou como direito de exclusivo, o mero ato de renúncia²⁶⁷, através do qual se possa constatar a vontade inequívoca do autor, será (em teoria) suficiente para efetuar a antecipação dos efeitos do domínio público sobre a obra.

5.3 Compensação pela cópia privada

A partir da constante supressão dos usos privados fora do escopo da titularidade dos direitos de propriedade intelectual e da distinção entre o direito de acesso e o direito de uso²⁶⁸, foi que surgiu, na Europa, o raciocínio que levou à inauguração de um importante instituto: a permissão à cópia privada. A sua raiz reside justamente no fato de que a propriedade intelectual, apesar de ser chamada como tal, não pode ser concebida como um direito de propriedade em absoluto²⁶⁹: existem certas liberdades que são concedidas à sociedade e que não podem nem devem ser suprimidas, à pena de corroborar com o seu crescente desvirtuamento.

determinados direitos morais, enquanto que o texto da licença ‘Atribuição’ expressamente informa que ‘na extensão em que reconhecidos e considerados indisponíveis pela legislação aplicável, direitos morais não são afetados por esta Licença’” (*Ibid.*, p. 236).

²⁶⁶BRANCO, 2011, p. 237.

²⁶⁷A justificativa encontra-se tanto no Código Civil, que trata da renúncia à propriedade, bem como na Lei de Propriedade Industrial e no instituto de patente, âmbito no qual permite-se a renúncia.

²⁶⁸PEREIRA, 2008, p. 626.

²⁶⁹“Não é por se chamar propriedade aos direitos de propriedade intelectual que eles adquirem automaticamente a natureza absoluta da *plena in re postestas*” (*Ibid.*, p. 676).

A expansão da ideia de acesso, difundida tanto pelo licenciamento das obras autorais como pela utilização em larga escala da encriptação para protegê-las, teve um impacto direto sobre a liberdade de uso privado do público, conforme nos foi dado analisar no capítulo anterior. Pela facilidade de propagação de um conteúdo no ambiente digital é que verdadeiramente passou-se a abominar a sua disseminação, o que implica diretamente na tentativa, por parte da indústria, de tolher a liberdade de reprodução de uma obra por quem quer que tenha legitimamente se tornado seu consumidor.

Apesar do forte controle exercido pelos titulares de direitos de autor, não se pode olvidar que, até recentemente (em alguns campos, até hodiernamente), o que se encontrava à disposição da sociedade para consumo eram preços monopolistas, colocados em prática justamente por quem de direito (em especial os encarregados de intermediar a distribuição do trabalho aos consumidores). Conjuntamente, fortaleceu-se também a noção de que não pode reputar-se lícito que o titular de direitos autorais possa adentrar a esfera individual de privacidade de alguém apenas para fazer valer o controle de seus direitos²⁷⁰.

Nesse sentido, buscou-se, com a Directiva 2001/29, uma posição de equilíbrio entre o aproveitamento privado da obra e as queixas formalizadas pela indústria: a reprodução passou a ser permitida “para uso privado de uma pessoa singular e sem fins comerciais diretos ou indiretos”²⁷¹. O instrumento conferiu aos Estados-membros liberdade quanto à forma que deveriam utilizar para transpor o seu conteúdo às legislações internas, podendo aumentar ou ainda afrouxar a liberdade privada reafirmada; Portugal o fez com fidelidade ao texto da diretiva, acrescentando-lhe condições restritivas.

O instituto vem disciplinado no título II do Código de Direitos de Autor, destinado à utilização da obra, através dos dispositivos contidos no art. 75º, nº 2, a, e no art. 81º, b. A parte do Código que diz respeito aos direitos conexos não faz qualquer menção ante a reprodução privada, pelo que se entende que a permissão desta não se estende a tais direitos. A esta reprodução corresponde uma compensação equitativa que é conferida ao titular de direitos sobre a obra, de responsabilidade do suporte que viabilizou a reprodução²⁷². Esta compensação é útil para demonstrar que, embora a reprodução

²⁷⁰PEREIRA, 2008, p. 690.

²⁷¹Art. 5º, nº 2, b (EUROPA, 2001).

²⁷²A lei estabelece que, no âmbito analógico, este benefício é devido ao editor, o que causou controvérsia na doutrina, vez que a classe editora não é, a princípio, titular de direitos sobre a obra no ordenamento jurídico português. Nesse sentido, cf. TRABUCO, Claudia. *O direito de reprodução de obras literárias e artísticas no ambiente digital*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 538.

privada seja um uso independente da autorização do titular de direitos, não se trata de um uso despojado de tais direitos²⁷³.

A legislação portuguesa deu prevalência às utilizações livres previstas em lei em detrimento da liberdade contratual, reputando nulas as cláusulas contratuais tendentes a obstar tal exercício²⁷⁴. Mesmo no meio digital a prevalência permanece, permitindo-se até mesmo a cópia privada na modalidade *on-line storage*²⁷⁵. É de se destacar, aliás, que o ato de descarregar um conteúdo disposto *on-line* (o corriqueiro *download*) não é vetado pela legislação portuguesa²⁷⁶. Nessa lógica, há que elogiar-se a lei pátria e o seu acerto ao não permitir que o direito de exclusivo que existe sobre a obra possa adentrar a esfera de intimidade dos indivíduos que a consomem, o que torna possível falar, de fato, em liberdade privada.

Nem todos os sistemas internos da comunidade europeia partilharam desta preocupação: em França e Bélgica prevaleceu, por exemplo, a autonomia contratual, no sentido de que os titulares de obra podem imbuir naqueles dispositivos que sejam destinados a coibir a cópia privada²⁷⁷.

Interessante notar que o Brasil outrora permitiu a cópia privada mediante compensação equitativa. De acordo com a Lei n. 5.988/67, anterior ao regulamento atual, era lícito proceder à cópia de qualquer obra, desde que para fins privados. A permissão foi eivada do ordenamento jurídico brasileiro em 1998, com o surgimento da atual Lei de Direitos Autorais (LDA), que não fez menção à reprodução para uso privado²⁷⁸.

Obviamente este uso, privado que é, envolve especificamente a reprodução em caráter familiar, doméstico, para aproveitamento próprio e sem qualquer intuito lucrativo

²⁷³PEREIRA, 2005, p. 32.

²⁷⁴No entanto, é lícito ao titular, através de mecanismos tecnológicos, limitar a quantidade de cópias privadas que podem ser obtidas a partir de seu trabalho. O número de cópias permitidas deve guardar proporcionalidade com a exploração normal da obra, não podendo este prejudicar aquele (Art. 217 do CDADC).

²⁷⁵PEREIRA, 2008, p. 703.

²⁷⁶ASCENSÃO, 2014, p. 17. O autor assevera, no entanto, que existe uma proibição explícita especificamente para o *download* de *softwares*.

²⁷⁷Note-se, porém, que em França e na Bélgica, a jurisprudência decidiu contra a existência de um direito imperativo à cópia privada. Apesar de a cópia privada ser permitida pelo art. L. 122-5 do Código da Propriedade Intelectual francês e pelo art. 22 da Lei belga do direito de autor, a jurisprudência destes países pronunciou-se no sentido de que a exceção de cópia privada não confere direito à cópia, no sentido de que não será lícita a neutralização de sistemas anti-cópia para esse fim.113 No caso francês, o tribunal apoiou-se na regra dos três passos no sentido de que a cópia privada de obras protegidas com sistemas anti-cópia afectaria a exploração normal da obra, no caso a edição em DVD com sistema anti-cópia” (PEREIRA, 2005, p. 36).

²⁷⁸BRANCO, 2011, p. 231, nota de rodapé 185.

direto ou indireto, sendo especificamente a modalidade necessária à plena realização da liberdade de criação, aprendizagem ou mesmo de entretenimento. Trata-se de mais um importante avanço no sentido de volver a propriedade intelectual ao propósito para o qual foi concebido, de natureza bastante diversa das licenças públicas, até por não possuir sua natureza jurídica definida²⁷⁹. Contudo, o alcance que lhe foi dado pela lei portuguesa deve ser enaltecido, indo aquém da orientação comunitária no sentido de garantir mais liberdade social na utilização da obra, devendo, em nossa opinião, ser utilizado por outras nações como exemplo de um modelo de equilíbrio ao qual se almeja chegar.

²⁷⁹Há ainda muita discussão sobre o instituto: a existência de um possível direito à cópia privada, a sua existência enquanto parte integrante do direito à reprodução, a sua aplicação jurisprudencial, dentre outras, as quais não adentraremos aqui por não entendermos ser de fato pertinente ao desenvolvimento do trabalho. Nesse sentido para um maior aprofundamento no assunto, cf. PEREIRA, Alexandre Libório Dias. A compensação equitativa pela cópia privada no direito português e da União Europeia. *Revista de Propriedade Intelectual*. N° 2, p. 7-57. Coimbra: Almedina, 2016.

6 CONCLUSÃO

Apesar das iniciativas descritas até aqui, conforme destaca Ascensão (2014), o que encontra relevância em maior grau são as derrotas: avançou-se pouco no tocante a temas importantes e controversos no âmbito do direito de autor, tal qual o regime das obras órfãs e a regulação das bibliotecas digitais, ao passo que incrementou-se ainda mais a proteção aos direitos conexos, agora no patamar dos 70 anos²⁸⁰. Caminhamos cada vez mais rumo a uma realidade na qual qualquer uso da obra que não seja autorizado pelo autor será tolhido e considerado como ilegal.

Reconhecemos, destarte, que o problema vai muito além da natureza jurídica que é conferida ao direito de autor, dado que se enfrenta o mesmo problema (em diferentes proporções) em sistemas continentais e anglo-saxônicos, independente de considerar-se a obra como uma propriedade ou de colocar sobre ela meramente um monopólio para proceder a sua exploração comercial. Reconhecemos também, todavia, que a sua função parece ser mais facilmente retomada a partir de elementos presentes nos sistemas derivados do *droit d'auteur*, como, por exemplo, a função social da propriedade e o fato de existirem direitos morais aos quais o autor poderá sempre recorrer para, em último caso, fazer valer o seu vínculo com a obra²⁸¹. No seio de tais sistemas, a obra torna-se algo aquém de um bem comerciável, correspondendo ao seu status de baluarte da cultura.

Assim, percebemos que o cerne da questão diz respeito, na verdade, às regras que cercam a sua utilização, em especial no tocante à disponibilização da obra (*on-line* ou não), aos seus usos privados e à extensão da sua proteção. Nestes três elementos esconde-se o equilíbrio tão almejado pela regulamentação autoral.

Quanto à disponibilização, há que considerar-se a forma que esta toma, especialmente na Internet. A praticidade que a rede trouxe no sentido de obter acesso a todo tipo de conteúdo não pode ser desconsiderada quando da elaboração de um regulamento autoral. Igual não se pode, para colocar em termos coloquiais, esconder o sol com a peneira: endurecer a legislação com o intuito de tentar controlar a disseminação das

²⁸⁰ASCENSÃO, 2014, p. 14.

²⁸¹“Ora, qual será o futuro do direito moral num direito de autor norteado em primeira linha pelos interesses do comércio mundial? Será a dimensão moral do direito de autor completamente estranha às exigências do comércio mundial? Gozará o comércio mundial de alguma imunidade ou de algum privilégio em relação ao respeito devido à dignidade da pessoa humana projectada na liberdade de criação literária e artística e na protecção dos seus frutos?” (PEREIRA, 2005, p. 21).

obras no ambiente da Internet, além de descabido, absolutamente ineficaz, uma perda de tempo e de recursos. Muito mais interessante é, tanto para a sociedade como para a classe autora, encontrar meios alternativos de trabalhar com e não contra a Internet²⁸², como já se logra fazer em alguns setores do entretenimento.

Entra em foco a crescente percepção de que os meios hodiernamente chamados de alternativos devem ser o curso normal a ser empregado doravante. Isto porque já restou estabelecido que os contratos de *copyright* nos moldes em que os temos não são determinantes para incentivar a produção de novas obras, agindo, aliás, em contrário: lhes são até mesmo maléficos.

Quanto aos usos privados, o que verificamos é que mais e mais opta-se por tolher a liberdade daqueles que consomem produtos culturais, em lugar de fazer valer a doutrina do *fair use*²⁸³. Ora, é comum a muitas legislações proibir absolutamente atos banais para usuários da rede, como o download e a reprodução das obras para fins estritamente domésticos, sem ter, no entanto, uma justificativa legal para tanto²⁸⁴. Especialmente nos casos em que a Internet é o meio através do qual se obteve acesso à obra, estando a mesma disponibilizada em rede, não há que se falar em ilegitimidade do uso privado, vez que este não fere nenhum dos núcleos do direito de autor: não se macula a obra nem se perde de vista a sua autoria, tampouco busca-se auferir proveito econômico a partir dela²⁸⁵. Nos casos em que o referido uso ultrapassar estas duas barreiras, aí é que se encontram justificativas legais para falar-se em um eventual tipo penal e em suas consequências.

Nesse contexto, desponta Portugal com um avanço, que é a instituição da compensação equitativa pela cópia privada e permissão para reproduzir em qualquer meio

²⁸²“*Society can reduce the total costs incurred in defensive measures against piracy by providing effective enforcement of property rights in intellectual property, just as it can reduce the total costs of defensive measures against crime by deterring crime by means of threat and punishment*” (LANDES & POSNER, 2003, p. 57).

²⁸³“Salvo o *fair dealing* do Reino Unido, uma figura semelhante ao *fair use* não é prevista na legislação da generalidade dos Estados-Membros da União Europeia. Os tribunais decidem com base em listas taxativas de exceções e limites, que interpreta de modo tendencialmente restritivo enquanto compreensões ao direito exclusivo. Mas quiçá se um dia o Tribunal de Justiça da União Europeia não dirá que a sujeição do exercício em concreto das exceções e limites à regra dos três passos vale como dispositivo de flexibilização dessas exceções, permitindo um balanço em sentido favorável não apenas aos interesses dos titulares de direitos, mas também aos benefícios sociais que daí possam resultar” (PEREIRA, 2014, p. 185).

²⁸⁴“O princípio da liberdade do uso privado foi proclamado em geral, mas o ‘código’ [...] inutiliza na prática aquilo que a lei concede” (ASCENSÃO, 2014, p. 21).

²⁸⁵“Uma vez que a cópia privada e as demais utilizações livres da atrás mencionadas não são formas de exploração económica da obra, elas encontram-se em princípio subtraídas ao exclusivo reconhecido ao autor. (...) do que dissemos acima resulta já que se trata de poderes de actuação que relevam do princípio geral da liberdade, em que assenta todo o regime da utilização de criações intelectuais. Tais utilizações não podem, sob este ponto de vista, ser caracterizadas como exceções ao direito de autor” (VICENTE, 2010, P. 260).

uma cópia da obra, desde que esta seja, obviamente, para fins de utilização pessoal. Não obstante, conforme nos foi dado observar através da breve análise conduzida, há muito que se trabalhar no sentido de tornar este instituto ainda mais socialmente funcional²⁸⁶.

Quanto à extensão da proteção, a questão torna-se sensivelmente mais complicada, por envolver diretamente um ramo industrial poderoso e abastado, que articula junto às diversas cúpulas legislativas do mundo para moldar a regulamentação de forma a sempre lhe favorecer. Apesar da passagem dos anos, verifica-se que existe, efetivamente, uma réplica ao que encontrávamos na Inglaterra do século XVII: uma guilda que, utilizando-se da figura do autor e da criatividade individual, promove os seus próprios interesses²⁸⁷.

Novamente alcançamos o ponto chave: é preciso reverter esse senso de desvirtuamento que foi conferido à propriedade intelectual em quase todos os seus aspectos; é preciso retirá-la do pedestal no qual atualmente se encontra e colocá-la a serviço da sociedade que se propõe a protegê-la em primeiro lugar. Para tanto, afiliamo-nos à corrente de pensamento defendida por Landes & Posner (2003): o direito de autor passa a fazer sentido a partir de uma diminuição do prazo de proteção passível de renovação. Esta solução é plausível, pois, conforme demonstram os dados, é baixo o índice de obras cujo registro é renovado e existe um crescente desinteresse econômico do autor na obra que deve ser levado em considerado. À vista disso, o autor teria em seu poder seu apelo comercial por um período adequado sem, no entanto, impedir a sua entrada no domínio público em tempo hábil a surtir um impacto positivo na sociedade.

Interessante observar que, qualquer que seja a ótica escolhida para analisar a questão, a resposta a qual se chega é a mesma; da igual maneira, todas as iniciativas que aqui listamos (de forma não exaustiva) apontam para a mesma direção e esta é, em última instância, o abrandamento do direito de autor. A conclusão que alcançamos é, invariavelmente, esta: em se tratando de um direito com finalidade claramente social, a prevalência não pode nem deve ser do comércio, mas, sim, do público, que, aliás, “não é

²⁸⁶“A liberdade não é tão grande assim, porque é corroída por uma taxaço do público em benefício de interesses particulares” (*Ibid.*, p. 18).

²⁸⁷Nesse sentido, tem destaque a polêmica opinião de Ascensão (2014), que afirmou funcionar a Europa como um refletor dos interesses dos Estados Unidos. De acordo com o autor, a cultura não figura lugar de destaque entre as preocupações da União Europeia.

uma força de mercado e sim um objeto deste, se porventura não vier a lei em sua defesa”²⁸⁸.

²⁸⁸*Ibid.*, p. 13.

REFERÊNCIAS

AKESTER, Patrícia. *Código do Direito de Autor e Direitos Conexos Anotado*. Coimbra: Almedina, 2017.

ARAÚJO, Ana Paula Vilarim Barbosa. Os contratos de Ghostwriting no Direito de Autor: Comentário ao acórdão Bruna Surfistinha do Superior Tribunal de Justiça do Brasil (processo nº 2012/0162477). *Revista de Propriedade Intelectual*, n. 2, pp. 201-226. Coimbra: Almedina, 2017.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A protecção jurídica dos programas de computador. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 50, v. I, Lisboa, abril de 1990.

_____. *Direito civil – Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

_____. *Direito civil – Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____. Uso por terceiro não autorizado de bem intelectual protegido e sanção penal. *Revista de Direito Intelectual*, n. 1, pp. 9-32. Coimbra: Almedina, 2014.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à Função*. Barueri: Manole, 2007.

BOHANNON, John. *Who's downloading pirated papers? Everyone*. Science Magazine, 2016. Disponível em: <<http://www.sciencemag.org/news/2016/04/whos-downloading-pirated-papers-everyone>>. Acesso em: 29 de maio de 2018.

BORGES, Maria Manuel. A Propriedade Intelectual: do Direito Privado ao Bem Público. Coimbra: *Observatorio (OBS*) Journal*, n. 5, 2008, pp. 225-244. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/2590/1/126-851-1-PB.pdf>>. Acesso em: 08 de abril de 2018.

BRANCO, Sérgio. *O domínio público no direito autoral brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>. Acesso em: 29 de março de 2018.

_____. *Lei nº 496, de 31 de dezembro de 1898*. Define e garante os direitos autorais. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-496-1-agosto-1898-540039-publicacaooriginal-39820-pl.html>>. Acesso em: 29 de março de 2018.

_____. *Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>. Acesso em: 29 de março de 2018.

CARBONI, Guilherme. *Função Social do Direito de Autor*. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

CHAVES, Antônio. *Direito de Autor: princípios fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Civil, v. 4*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CÓRDOBA-MARENTES, Juan F. Propiedad Intelectual y Acervo Común: La naturaleza mixta del derecho de autor desde la perspectiva del bien común. *Dikaion*, v. 23, n. 2, 2014, p. 223-250.

CREATIVE Commons. *About*. Disponível em: <<https://creativecommons.org/about/program-areas/open-science/>>. Acesso em: 11 de junho de 2018.

ELKIN-KOREN, Niva. The Changing Nature of Books and the Uneasy Case for Copyright. *The George Washington Law Review*, n. 79, 2011.

EUROPA. Parlamento Europeu. Conselho da União Europeia. *Directiva 2001/29/CE, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32001L0029>>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

HARVARD. *Petição encaminhada à Suprema Corte dos Estados Unidos*. 2002. Disponível em:

<<https://cyber.harvard.edu/openlaw/eldredvashcroft/supct/amici/economists.pdf>>. Acesso em: 06 de maio de 2018.

HEALD, Paul J., *How Copyright Keeps Works Disappeared*. Illinois Program in Law, Behavior and Social Science Paper No. LBSS14-07; Illinois Public Law Research Paper No. 13-54, 2013. Disponível em <<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2290181>>, acesso em 27 de junho de 2018.

HOEREN, Thomas. What remains of copyright law in the age of filesharing and facebook? *Revista de Propriedade Intelectual*, n. 1, pp. 205-218. Coimbra: Almedina, 2016

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Economic Structuer of Intellectual Property Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

LEE, Timothy B. *15 years ago, Congress kept Mickey Mouse out of the public domain. Will they do it again?* The Washington Post, *on-line*. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2013/10/25/15-years-ago-congress-kept-mickey-mouse-out-of-the-public-domain-will-they-do-it-again/?utm_term=.553f399a4b39>. Acesso em: 30 de março de 2017.

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

_____. *Direitos Reais*. Almedina: Coimbra, 2017.

LEMOS, Ronaldo. *Direito, Tecnologia e Cultura*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

_____. *Tecnobrega: o Pará Reinventando o Negócio da Música*. Rio de Janeiro: Aeroplano, 2008

LESSIG, Lawrence. *Free Culture*. New York: The Penguin Press, 2004.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MARQUES, J. P. REMÉDIO. Direito de autor e licença compulsória – um olhar luso-brasileiro. Boletim da Faculdade de Direito. Vol. LXXXVI [SEPARATA]. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2016.

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

NATIONAL Constitution Center. *The Constitution of The United States, on-line*. Disponível em <<https://constitutioncenter.org/media/files/constitution.pdf>>. Acesso em: 26 de março de 2018.

OMPI. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. *Guía para determinar la contribución económica de las industrias relacionadas con el derecho de autor*. OMPI, 2015. Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/893/wipo_pub_893.pdf>. Acesso em: 04 de maio de 2018.

PATTERSON, L. Ray; LINDBERG, Stanley W. *The Nature of Copyright: A Law of Users' Rights*. University of Georgia Press, Athens, Georgia, 1991

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Direito de autor, liberdade electrónica e compensação equitativa. In: *Boletim da Faculdade de Direito*, Universidade de Coimbra, v. LXXXI, 2005. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28797/1/DIREITO%20DE%20AUTOR%2c%20LIBERDADE%20ELECTR%20C3%93NICA%20E%20COMPENSA%20C3%87%20C3%83O%20EQUITATIVA.pdf>>. Acesso em: 19 de junho de 2018.

_____. *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*. Almedina: Coimbra, 2008.

_____. Direitos de autor, da imprensa à Internet. *Revista da Assoc. Bras. da Propriedade Intelectual*, n. 64, 2003, 21-28. Coimbra, 2013.

_____. O novo regime das obras órfãs. *Revista da Assoc. Bras. da Propriedade Intelectual*, n. 1, pp. 21-49. Coimbra: Almedina, 2016.

_____. A compensação equitativa pela cópia privada no direito português e da União Europeia. *Revista de Propriedade Intelectual*. Nº 2, p. 7-57. Coimbra: Almedina, 2016.

_____. Google Books, Bibliotecas digitais e Direitos de Autor. *Revista de Propriedade Intelectual*. Nº 1, p. 163-184. Coimbra: Almedina, 2014.

_____. *O tempo e o direito de autor: análise da transposição para a ordem jurídica interna portuguesa da Directiva nº 93/98/CEE do Conselho, de 29 de outubro de 1993, relativa à harmonização do prazo de proteção dos direitos de autor e de certos direitos conexos*. Temas de Propriedade Intelectual, I, Associação Portuguesa para o Estudo da Propriedade Intelectual, Grupo Português da ALAI (Association Littéraire et Artistique Internationale), Lisboa, 1999b, pp. 75-85. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28744/1/O%20tempo%20e%20o%20direito%20de%20autor.pdf>>. Acesso em: 19 de março de 2018.

PERELMAN, Michael. *Steal this idea: intellectual property rights and the corporate confiscation of creativity*. New York: Palgrave, 2002.

PORTUGAL. *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos* (conforme alterado de acordo com Lei n.º 16/2008, de 01/04). Disponível em: <https://ciist.ist.utl.pt/docs_da/codigo_direito_autor_republicado.pdf>. Acesso em: 04 de abril de 2018).

_____. *Constituição de 11 de abril de 1933*. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP-1933.pdf>>. Acesso em: 03 de maio de 2018.

_____. *DL n.º 47344/66, de 25 de novembro*. Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis>. Acesso em: 29 de março de 2018.

_____. Tribunal Constitucional. *Acórdão n.º 491/02*. Relator: Cons. Paulo Mota Pinto. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020491.html>>. Acesso em: 10 de maio de 2018.

PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà e le Proprietà*. La Proprietà nel Nuovo Diritto. Mião: Guiffrè, 1964.

RENDAS, Tito; SILVA, Nuno Sousa e. *Direito de Autor nos Tribunais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

ROSA, Antônio Machuco. *Cinco lições sobre comunicação, redes e tecnologia da informação da cibernética ao copyright*. Coleção Comunicação & linguagens, Nova Vega, 2006.

_____. *Do Copyright às Marcas Registradas*. Chiado Editora, Lisboa, 2014.

_____. Uma perspectiva histórica sobre as licenças de acesso à informação: das licenças de software ao licenciamento de livros electrónicos em bibliotecas públicas. *In: IX Congresso Sopcom*, Coimbra, pp. 63-75. Disponível em: <<https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/106913/2/208243.pdf>>. Acesso em: 06 de junho de 2018.

SÁ E MELLO, Alberto de. *Contratos de Direito de Autor: a autonomia contratual na formação do direito de autor*. Almedina: Coimbra, 2008.

_____. *Manual de Direito do Autor*. Almedina: Coimbra, 2016.

SANTOS, Antônio de Almeida. *Ensaio sobre o Direito de Autor*. Coimbra: Coimbra Editora, 1954.

_____. *Direito de Autor: natureza jurídica e aspectos fundamentais do direito moral*. Coimbra: Coimbra Editora, 1952

SCI-HUB. *About Sci-Hub*. Disponível em: <<https://sci-hub.tw/>>. Acesso em: 19 de maio de 2018.

SEDANO, Tania García. Análisis del criterio de originalidad para la tutela de la obra en el contexto de la ley de propiedad intelectual. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLIX, 2016, pp. 251-274.

SILVA, Nino Sousa e. A perspectiva do equilíbrio entre a propriedade intelectual e (outros) direitos fundamentais. *Revista da Assoc. Bras. da Propriedade Intelectual*, n. 1, pp. 209-223. Coimbra: Almedina, 2015.

STALLMAN, Richard. Reevaluating copyright: The public must prevail. *Oregon Law Review*, n. 75, 1996, pp. 291-297. Disponível em: <<http://www.gnu.org/philosophy/reevaluating-copyright.html>>. Acesso em: 11 de junho de 2018.

TRIDENTE, Alessandra. *Direito Autoral – Paradoxos e Contribuições para a Revisão da Tecnologia Jurídica no Século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

UNITED STATES. *Copyright Law of the United States and Related Laws Contained in Title 17 of the United States Code*. Circular 92, December 2016. Disponível em: <<https://www.copyright.gov/title17/title17.pdf>>. Acesso em: 26 de março de 2018.

USP. Universidade de São Paulo. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. *Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas – 1967*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/WIPO-World-Intellectual-Property-Organization-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-de-Propriedade-Intelectual/convencao-de-berna-para-a-proteccao-das-obras-literarias-e-artisticas.html>>. Acesso em: 29 de março de 2018.

VAIDHYANATHAN, Sida. *Copyrights and Copywrongs – The Rise of Intellectual Property and How It Threatens Creativity*. New York: New York University Press, 2003.

VICENTE, Dário Moura. O equilíbrio de interesses no Direito de Autor. *Direito da Sociedade da Informação – Associação Portuguesa do Direito Intelectual*, volume IX pp. 249-275

WIKIPEDIA. *Termos e condições de uso*. Disponível em: <https://wikimediafoundation.org/wiki/Terms_of_Use/pt-br#7. Licenciamento_de_conte%C3%BAdo>, acesso em 05 de junho de 2018.

YALE Law School. *The Statute of Anne; April 10, 1710*. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/18th_century/anne_1710.asp>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2018.