

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - DOUTORADO**

HELENARA BRAGA AVANCINI

**O DIREITO AUTORAL NUMA PERSPECTIVA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS: *A limitação do excesso de titularidade por meio
do Direito da Concorrência e do Consumidor***

Porto Alegre

2009

HELENARA BRAGA AVANCINI

**O DIREITO AUTORAL NUMA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:
*A limitação do excesso de titularidade por meio do Direito da Concorrência e
do Consumidor***

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito, área de concentração: Eficácia e Efetividade da Constituição e dos Direitos Fundamentais no Direito Público e Direito Privado.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Aronne

Co-orientador: Prof. Dr. José de Oliveira Ascensão

Porto Alegre

2009

HELENARA BRAGA AVANCINI

**O DIREITO AUTORAL NUMA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:
*A limitação do excesso de titularidade por meio do Direito da Concorrência e
do Consumidor***

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito, área de concentração: Eficácia e Efetividade da Constituição e dos Direitos Fundamentais no Direito Público e Direito Privado.

Aprovada em ____ de _____ de 2009.

BANCA EXAMINADORA:

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Aronne – PUCRS

Prof. Dr. Luiz Gonzaga Silva Adolfo - Unilasalle

Prof^a. Dr^a. Ângela Kretschmann - UNISINOS

Prof. Dr. Adalberto Pasquallotto - PUCRS

Prof^a. Dr^a. Regina Linden Ruaro - PUCRS

CATALOGAÇÃO NA FONTE
PUCRS / BIBLIOTECA PUCRS

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

A946d Avancini, Helenara Braga

O Direito Autoral numa perspectiva dos direitos fundamentais : a limitação do excesso de titularidade por meio do Direito da Concorrência e do consumidor / Helenara Braga Avancini. – Porto Alegre, 2009.
319 f.

Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, PUCRS.
Orientador: Prof. Dr. Ricardo Aronne.
Co-orientador: Prof. Dr. José de Oliveira Ascensão.

1. Direitos Fundamentais. 2. Direito Autoral . 3. Função Social. 4. Direito da Concorrência. 5. Direito do Consumidor.
I. Aronne, Ricardo. II. Ascensão, José de Oliveira. III. Título.

CDD 342.28.

Bibliotecária Responsável: Dênira Remedi – CRB 10/1779

Autorizo, para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese.

Assinatura:

Data:

In Memoriam a minha querida e amada avó Inodolgy que, infelizmente, me deu o real sentido da finitude da vida. Foi um privilégio ter convivido com ela. Saudades!

Ao meu amado irmão Hélio e a minha amada mãe Heloisa, cujas diferenças e semelhanças são tão imensas quanto o profundo sentimento de afeto que nos une. A estes a certeza de que sempre estaremos unidos, amando-nos, respeitando-nos e protegendo-nos.

Ao “Meu Zé”, que soube com sua infinita sapiência e ternura despertar a sua “Carolina”. A ele todo o meu amor e profunda admiração. Obrigada por toda a paciência e por ter estado ao meu lado durante esta criação intelectual.

AGRADECIMENTOS

A postura pessoal e profissional do advogado e Prof. Luiz Goulart Filho e do Prof. Des. Ladislau Fernando Röhnelt foram decisivas na minha formação pessoal e profissional. Foram os meus amigos mais especiais, estiveram juntos comigo nos momentos mais difíceis de minha vida onde somente um pai poderia estar, e acima de tudo me ensinaram que o Direito é apaixonante e que o exercício da advocacia se faz com elevada altivez, mas sempre acompanhada e dosada pela respectiva humildade e simpatia. A eles que partiram e me deixaram órfã paterna no verão de 2003, tendo que trilhar sozinha o caminho de minha vida, o meu mais sincero agradecimento por moldarem o meu caráter e postura profissional. Parafraseando um trecho do saudoso “Lalau” em seu discurso de posse no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tenho em mim “a confortadora certeza” de que, os atos praticados na esfera pessoal e profissional, se eventualmente foram errados estes foram praticados sempre com a intenção de acertar.

Apaixonados pelo Direito Autoral o Prof. Dr. Pe. Bruno Jorge Hammes e o Poeta e então Coordenador de Direito Autoral do Ministério da Cultura, Otávio Afonso, cada um ao seu modo, foram meus constantes incentivadores e responsáveis pelo meu interesse profissional nesta área que visa proteger as criações que são capazes de elevar o espírito dos homens. Fui bolsista de iniciação científica do Pe. Bruno de 1989 a 1992 durante o curso de graduação onde se formou um grupo de pesquisa de Propriedade Intelectual que o auxiliou na pesquisa para a criação e implementação da disciplina obrigatória de Direito da Propriedade Intelectual na Faculdade de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, a

primeira de outras Instituições de Ensino Superior gaúcha que se seguiram. Ele se foi no natal de 2004, mas, como agradecimento sigo com a missão de despertar nos alunos o interesse pelo Direito Autoral e de continuar lutando pela disseminação do Direito da Propriedade Intelectual no Rio Grande do Sul e no Brasil.

Otávio Afonso, querido amigo que me propiciou momentos memoráveis no plano pessoal e profissional e, que, em especial depositou total confiança em mim quando me honrou com a concessão de uma bolsa de estudos de pós-graduação para formação de professores latino-americanos em Direito de Autor e Direitos Conexos, em Mérida, Venezuela, concedida pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual em 2001. Foi incansável no auxílio de informações acerca do Direito Autoral durante a elaboração de minha Dissertação e, que durante parte do Doutorado, além da amizade e auxílio, me elevou a honrosa categoria de “autoralista” que somente um espírito magnânimo como o dele o poderia fazer ao me inserir no início dos debates do Direito Autoral no Brasil. Saiu do cenário da vida muito cedo, mas lutou brava e dignamente pela vida, assim como o fez pelo Direito Autoral no Brasil. Era um homem simples e não gostava de falsas homenagens e muito menos as póstumas, mas espero de coração que o meu querido amigo não se aborreça, e que espero não tê-lo desapontado, mas sim o honrado.

A profunda admiração que sinto pelo meu querido orientador Prof. Dr. Ricardo Aronne é crescente e proporcional ao grau de generosidade e genialidade que ele possui. Todo e qualquer agradecimento é pouco por ter tido o privilégio de tê-lo como meu mentor e hoje mais que orientador e colega posso dizer que tenho a satisfação de o ter como um verdadeiro amigo. Muito obrigada por me ajudar a encontrar alternativas de solução dos problemas enfrentados neste trabalho que constitui uma temática tão complexa e caótica!

Ao Prof. Dr. José de Oliveira Ascensão que me auxiliou na escolha da problemática desta Tese, e que com inconfundível desprendimento de tempo e humildade me acolheu na Faculdade de Direito de Lisboa durante o meu estágio de doutoramento em 2008. As aulas, as nossas conversas e correspondências trocadas foram fundamentais para a elaboração deste trabalho, muito obrigada por tudo.

Ao Prof. Dr. Fernando Araújo, da Faculdade de Direito de Lisboa, que me permitiu assistir às aulas e participar dos debates que ministrou no curso de Mestrado em 2008, onde me foi possível compreender o problema do excesso da titularidade no Direito da Propriedade Intelectual e a sua relação com os fatores econômicos.

Os meus sinceros agradecimentos ao Procurador de Justiça e Prof. Dr. Lênio Luiz Streck que esteve presente na minha formação durante o curso de Mestrado e Doutorado, demonstrando que a capacidade intelectual obriga-nos a atos generosos no dia-a-dia e no exercício do Direito.

A secretária Vera Regina Loebens, secretária do Programa de Pós-Graduação da Universidade do Vale do Rio dos Sinos os meus agradecimentos pelo carinho e apoio em momentos para o cumprimento dos requisitos formais para obtenção da bolsa de estágio doutoral da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior.

Ao Prof. Dr. Jorge Luis Nicolas Audy, Pró-Reitor de Pesquisa e Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, que tive o prazer de trabalhar juntamente quando era Diretor da Agência de Gestão Tecnológica 2002 e, apostou no meu conhecimento para, junto dele e do querido colega e amigo Renato Ritter Júnior, elaborar os projetos de fomento que propiciaram a criação do núcleo de Propriedade Intelectual e, posteriormente, o atual Escritório de Transferência de Tecnologia. Assim como não o desapontei à época, espero não desapontá-lo com a presente Tese. Mais que um agradecimento, uma renovação do compromisso de sempre estar disposta a auxiliar a Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como professora e, quando necessário, dentro das áreas de meu conhecimento.

Ao Prof. Vilmar Fontes, Procurador Jurídico da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, que me resgatou na Faculdade de Engenharia e me trouxe para a Faculdade de Direito dando, como Coordenador do Departamento de Prática Jurídica à época, todo o apoio para a realização de eventos na área do

Direito da Propriedade Intelectual. Sua lealdade é ímpar. Muito obrigada pela confiança, estímulo e amizade.

Aos colegas da graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, que, cada um ao seu modo, me propiciaram as condições necessárias para a elaboração deste trabalho, motivo pelo qual cito-os sem a preocupação de estabelecer uma ordem hierárquica: Prof. Dr. Adalberto Pasqualotto, Prof. Me. Álvaro Vinícius Paranhos Severo, Prof^a. Me. Ana Maria Ortiz Machado, Prof. Dr. Araken de Assis, Prof. Me. Átila Sá D'Oliveira, Prof. Dr. Carlos Alberto Molinaro, Prof^a. Dr^a Clarice Sönghen, Prof^a. Dr^a Denise Pires Fincato, Prof. Dr. Elias Grossman, Prof. Me. Elton Somensi de Oliveira, Prof. Eugênio Facchini Neto, Prof. Dr. Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon, Prof. Dr. Flávio Cruz Prates, Prof. Ingo Wolfgang Sarlet, Prof. Me. Isolde Favaretto, Prof. Me. Jarbas de Melo e Lima, Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner, Prof^a. Me. Livia Haygert Pithan, Prof. Dr. Luciano Benetti Timm, Prof. Dr. Juarez Freitas, Prof. Me. Orci Paulino Bretanha Teixeira, Prof. Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza, Prof. Me. Plínio Saraiva Megaré, Prof. Me. Ricardo Lupion Garcia, Prof. Me. Roque Bregalda, Prof. Dr. Thadeu Weber.

Um agradecimento especial aos eficientes e prestativos funcionários da Faculdade de Graduação e Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, em especial a Caren Andrea Klinger, Cristiane da Rosa Rodrigues, Marcelo Marin, Monia Grasiela Nodari, Patrícia Souza de Oliveira, Raquel da Silva Pereira e Victor de Mello Rodrigues.

Ao Prof. Dr. Dario Francisco Guimarães de Azevedo Coordenador de Assessoria para Assuntos Internacionais e Interinstitucionais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e a advogada Dione Vasconcellos da Secretaria de Ciência e Tecnologia do Estado do Rio Grande do Sul, que me brindaram com o privilégio de auxiliá-los na elaboração e redação do projeto de Lei inovação para o nosso estado, que foi aprovado por unanimidade pela Câmara dos Deputados no dia 17 de junho de 2009 e sancionada pela governadora Yeda Crusius em 13 de julho de 2009, entrando em vigor no dia 14 de julho de 2009, sob o n° 13.196/09.

Aos queridos colegas e amigos Renato José Ritter Júnior, procurador jurídico da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Milton Lucídio Leão Barcellos, advogado e parceiro no Direito da Propriedade Intelectual pelo constante estímulo e apoio.

Prof. Me. Allan Rocha, Prof. Dr. Bruno Lewicky, Prof^a Dr^a Carla Caldas, Prof. Dr. Denis Borges Barbosa, Prof. Guilherme Carboni, Prof. Dr. Manoel Joaquim Pereira dos Santos, Prof. Dr. Marcos Wachowicz e Prof. Dr. Newton Silveira o meu muito obrigada pelo privilégio do convívio e da troca de conhecimento nesta área apaixonante do direito.

Aos colegas da Comissão Especial de Propriedade Intelectual do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil do Rio Grande do Sul, da qual sou membro.

Aos autoralistas gaúchos e colegas de academia pela troca de experiências.

Aos meus alunos de graduação da disciplina de Propriedade Intelectual e sociedade da informação, aos alunos da especialização em Direito da Propriedade Intelectual e aos integrantes do grupo de pesquisa sobre Propriedade Intelectual da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, que sempre me proporcionam momentos memoráveis acompanhados de muitos questionamentos e ricos debates sobre o Direito Autoral .

A toda a equipe da Coordenação-Geral de Direito Autoral do Ministério da Cultura em particular o seu Coordenador Marcos Souza Alves e Vice-Coordenador José Vaz, pelo exemplar trabalho realizado e pela capacidade de resistência a tantos desafios e dificuldades encontradas na defesa do Direito Autoral . O merecido reconhecimento deste trabalho foi constatado pela passagem da Coordenação para Diretoria de Direitos Intelectuais, através do Decreto n° 6.835, de 30 de abril de 2009. Muito obrigada pela confiança depositada. Gostaria de deixar aqui expresso que sempre poderão contar com todo o meu incondicional apoio.

A Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul pela bolsa concedida para realização deste doutorado e a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior pela bolsa de estágio doutoral concedida, o meu sincero agradecimento.

“Aquilo que nos parece atualmente inerente à natureza do direito, e, que é em grande parte concepção inata da humanidade, não deve de modo algum sua realização prática só ao poder de convicção jurídica, à idéia da justiça. É, também, obra da atividade humana, posta em movimento, e nutrida às vezes por considerações da vida e da pressão das circunstâncias por motivos de oportunidade. Quando estes factos efetuaram o trabalho mais difícil, a idéia veio aproximar-se da obra e toma-la sob a sua proteção, como propriedade que lhe pertence”.

Rudolf Von Ihering

RESUMO

As limitações do Direito Autoral constituem na atualidade uma das maiores preocupações dos estudiosos do Direito, tendo em vista que o advento da Sociedade da Informação propiciou uma situação paradoxal na relação entre os autores e/ou titulares de Direito Autoral e os usuários/consumidores. Os primeiros com a ânsia de exercerem ao máximo o Direito exclusivo de exploração patrimonial das obras e, os segundos, na busca do acesso ao conhecimento. A tendência é normatizar nas leis autorais uma redução dos limites em franco desfavor dos usuários das obras, mas ao lado desta tendência observa-se a limitação do Direito Autoral por outros direitos de mesma grandeza, como é o caso da cultura, da concorrência e do consumidor. A existência destas limitações extrínsecas parecem demonstrar que o Direito Autoral está atravessando um momento peculiar dentro de toda a sua existência jurídica, tendo como motor propulsor, desta época, o exercício do exclusivo pelos autores e, em especial, pelos titulares de Direito que buscam cada vez mais limitar os usuários o acesso livre às obras, chegando, por vezes, a tentar impedir o uso total e transformativo da obra. O Direito da Concorrência e do consumidor dentro deste contexto estão atuando como limitadores do Direito Autoral para coibir o excesso de titularidades.

Palavras-chave: Direito Autoral . Direitos Fundamentais. Função Social. Excesso de Titularidades. Direito da Concorrência. Direito do Consumidor.

ABSTRACT

Limitations of Copyright is currently a major concern for scholars of law, since the advent of the Information Society gave a paradoxical situation in the relationship between authors and / or copyright holders and users/consumers. The first with the desire to exercise the exclusive right to the maximum operating assets of the works and the latter in search of access to knowledge characterized this paradox of the information society in the Copyright, that brings to light the problem of excessive title. The trend is standardize copyright laws in reducing the limits on free detriment of users of works, but next to this trend there is a limitation of the copyright rights of others of the same magnitude as in the case of information, competition and consumer. These intrinsic and extrinsic limitations appear to demonstrate that the Copyright is experiencing a unique moment in all its legal existence, with the engine propelling this season only by the exercise of the authors and, in particular, by the holders of rights that seek increasingly limited users free access to works, even, sometimes, trying to prevent the full use of the work, preventing the use of processed. Competition law in this context is acting as a limiting factor of the Copyright bringing the discussion about the title and over-the changes that the Copyright is suffering in postmodernity.

Key-words: Copyright. Fundamental Rights. Social Funcion. Right holders Excess. Intellectual Property. Competition Law. Consumer Law.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADPIC/TRIPS - Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio/Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights

CB – Convenção de Berna

CR – Convenção de Roma

Declaração Universal – Declaração Universal dos Direitos do Homem

Diretiva 2001/29/CE - Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho da União Européia, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do Direito de Autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação.

OMC/WCT – Organização Mundial do Comércio

OMPI/WIPO – Organização Mundial da Propriedade Intelectual

PACTO – Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

TODAWCT - Tratado da OMPI sobre Direito de Autor/WIPO Copyright Treaty

TOIEF/WPPT - Tratado da OMPI sobre Interpretação ou Execução e Fonogramas/WIPO Performances and Phonograms Treaty

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	18
1 PROPRIEDADE AUTORAL E ECONOMIA DE MERCADO	Erro! Indicador não definido.
1.1 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA DO DIREITO DA PROPRIEDADE	Erro! Indicador não definido.
1.1.1 Teorias do Direito da propriedade e sua funcionalização	Erro! Indicador não definido.
1.1.2 Direito ou Propriedade Autoral?	Erro! Indicador não definido.
1.2 ECONOMIA DE MERCADO E PROPRIEDADE INTELECTUAL ..	Erro! Indicador não definido.
1.2.1 Fundamentos Econômicos do Direito Autoral no Estado Social	Erro! Indicador não definido.
1.2.2 A obra como produto: uma abordagem jurídico-econômica	Erro! Indicador não definido.
2 DIREITO AUTORAL E OS COMPROMISSOS MODIFICADORES DO ESTADO SOCIAL	Erro! Indicador não definido. 6
2.1 EMBASAMENTO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS....	Erro! Indicador não definido.
2.1.1 Direito Autoral como Direito Fundamental.....	Erro! Indicador não definido.
2.1.2 Princípios da ordem econômica e direitos fundamentais	Erro! Indicador não definido.
2.2 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	Erro! Indicador não definido.
2.3 COEXISTÊNCIA E TENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .	Erro! Indicador não definido.
3 RIQUEZA AUTORAL E TUTELA PROPRIETÁRIA NO DIREITO BRASILEIRO	Erro! Indicador não definido.
3.1 CRIAÇÃO INTELECTUAL: OBJETO, AUTORIA E TITULARIDADE NO DIREITO	

AUTORAL	Erro! Indicador não definido.
3.2 DIREITO AUTORAL : O EXCLUSIVO E O MONOPÓLIO	Erro! Indicador não definido.
3.3 LIMITAÇÕES NO DIREITO AUTORAL	Erro! Indicador não definido.
4 RELATIVIDADE AUTORAL E AS ATUAIS POSSIBILIDADES DE TUTELA PELA ORDEM ECONÔMICA.....	Erro! Indicador não definido.
4.1 O DIREITO DA CONCORRÊNCIA COMO LIMITADOR DO DIREITO AUTORAL	Erro! Indicador não definido.
4.1.1 Semelhanças e diferenças entre o Direito Autoral e o da Concorrência	Erro! Indicador não definido.
4.1.2 Direito da Concorrência numa visão autoralista: peculiaridades	Erro! Indicador não definido.
4.2 O DIREITO DO CONSUMIDOR E AS SUAS INTERFACES COM O DIREITO AUTORAL E CONCORRENCIAL.....	Erro! Indicador não definido.
4.2.1 A figura do consumidor para o Direito Autoral	Erro! Indicador não definido.
4.2.2 Direito do Consumidor na visão autoralista ...	Erro! Indicador não definido.
CONCLUSÕES	27
REFERÊNCIAS.....	Erro! Indicador não definido.

INTRODUÇÃO

Não há Direito absoluto, pois até mesmo os consagrados direitos fundamentais estão sujeitos às antinomias jurídicas e, quando postas em análise, diante de um caso concreto, são relativizadas pelo princípio da proporcionalidade. Esta afirmação é compatível com os desafios do Direito contemporâneo no Brasil que está comprometido com a concepção social do Estado Democrático de Direito.

A esta relativização dá-se o nome de limitação do direito, sem que isto o torne inferior em relação ao outro Direito contraposto. Pode-se afirmar que o direito, para dirimir as situações jurídicas complexas, se vale da imposição de limites, a fim de concretizar os compromissos sociais, assumidos pela Constituição Federal brasileira, perante um bem jurídico em disputa.

A temática das limitações sempre é desafiadora para o intérprete/aplicador do Direito, assim como o é para o pesquisador, motivo pelo qual a escolha do tema da tese surgiu no decorrer da elaboração da dissertação que abordou “O paradoxo da Sociedade da Informação e os limites dos Direitos Autorais”¹.

A indagação se centrou no conflito entre os interesses privados dos autores e/ou titulares² de Direito Autoral e os interesses públicos dos usuários em acederem

¹ AVANCINI, Helenara Braga. **O paradoxo da Sociedade da Informação e os limites dos direitos autorais**. Dissertação de Direito defendida na Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo: UNISINOS, 2002.

² Utiliza-se a expressão “autores e/ou titulares de direito”, porque no Direito Autoral, via de regra, a titularidade originária de exploração econômica de uma obra pressupõe a autoria, porém a prerrogativa patrimonial pode ser objeto de licença e de cessão parcial ou total. A cessão da obra

às obras no ambiente digital, face aos últimos instrumentos normativos sobre a matéria, em que se pôde concluir que o referido conflito é ínsito desta relação. Os usuários querem ter livre acesso à informação e ao conhecimento e, para tanto, evocam o Direito à informação, à cultura e à educação, já o autor e/ou titular de Direito Autoral suscitam o Direito exclusivo de exploração econômica para não autorizar ou impedir o acesso às obras.

Este quadro retrata o paradoxo no Direito Autoral que é solucionado através da ponderação dos interesses envolvidos, mas esta situação vem sofrendo agravamentos dentro da ordem jurídica. Basta observar que os recentes instrumentos internacionais³, que buscaram conciliar esta situação paradoxal, na prática, ao invés de alcançarem o equilíbrio entre os interesses dos usuários e dos autores e/ou titulares de direitos autorais, acabaram por provocar o aniquilamento das limitações livres ou gratuitas.

Isto porque as exceções que não estão submetidas ao pagamento de uma remuneração eqüitativa, estão sujeitas ao acesso condicionado, mediante o emprego de dispositivos tecnológicos de proteção, o que restringe sobremaneira o interesse da coletividade em prol das indústrias dos direitos autorais. Sem olvidar que a interpretação restritiva e o aumento das hipóteses de exceções, nos citados instrumentos internacionais, contrariam todo o dinamismo exigido pela Sociedade da Informação.

A motivação para elaboração da presente tese nasceu desta desconfortável constatação: a existência, na atualidade, de uma notável campanha de redução dos

pelo autor implica o surgimento da titularidade derivada, que poderá ser exercida por uma pessoa física ou jurídica totalmente desvinculada da figura do autor da obra. Assim, quando não ocorrer a cessão das prerrogativas patrimoniais da obra, é o próprio autor, na condição de titular originário, que vai exercer o Direito exclusivo de explorar a sua obra, mantendo suas prerrogativas morais. Situação diversa daquela em que o autor deixa de ser titular de Direito originário, embora mantenha as prerrogativas morais previstas na Lei Autoral, ao ceder as prerrogativas patrimoniais a terceiro que passa a ter exclusividade da exploração econômica da obra na qualidade de titular derivado.

³ Notadamente os seguintes: TODA/WCT (Tratado da OMPI sobre Direito de Autor/WIPO Copyright Treaty), TOIEF/WPPT (Tratado da OMPI sobre Interpretação ou Execução e Fonogramas/WIPO Performances and Phonograms Treaty) e a Diretiva 2001/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho da União Européia, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do Direito de Autor e dos direitos conexos na Sociedade da Informação.

limites intrínsecos⁴ do Direito Autoral por parte de seus titulares, o que prejudica e impede aos usuários e consumidores o exercício de princípios, universalmente aceitos, como o de livre acesso à informação e a cópia privada.

O que torna mais lamentável, no quadro apresentado, é a constatação de que o ato, praticado pelos titulares de direito, tem seu fundamento do exclusivo⁵, conferido pelo Direito Autoral. A esta conduta é que se pode chamar de “excesso de titularidade” no Direito Autoral, e corresponde a todo e qualquer ato praticado por uma pessoa física ou jurídica detentora de um Direito exclusivo de exploração de uma obra, com o fim de impedir ou não autorizar o uso desta por terceiros, obtendo, para si, uma vantagem econômica, direta ou indireta, em frontal prejuízo da ordem econômica e social.

A ameaça do desaparecimento destes limites em desfavor dos usuários fez nascer e fortalecer a presença dos limites extrínsecos de naturezas diversas, mas que vão assumir o papel fundamental de coibir os excessos, praticados pelos titulares de Direito Autoral. O exercício destes direitos é capaz de resgatar a funcionalização do próprio Direito Autoral que, dentro de um Estado Social, é sua razão de ser e existir.

Com base na motivação desta pesquisa, apresentada na seção anterior, não é difícil perceber a importância e a contribuição que a tese oferece à academia e à

⁴ É importante destacar que José de Oliveira Ascensão usa a terminologia limitações intrínsecas e extrínsecas ao Direito Autoral. As intrínsecas constituem limitações próprias da legislação autoral e as extrínsecas estão fundadas em razões de ordem pública, de segurança e defesa dos bons costumes, capazes de atingir o exercício dos direitos, de forma a excluí-los ou limitá-los. Estes são os motivos pelos quais as limitações extrínsecas não se encontram dentro do ordenamento autoral, mas, sim, em outros ramos do direito; notadamente, no Direito da informação, no Direito do Consumidor, no Direito da Concorrência e, ainda, no fundamento constitucional da função social do Direito Autoral (ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 269-270).

⁵ Cabe reiterar, por oportuno, que o Direito Autoral, a exemplo do demais direitos, também não é absoluto, mas apresenta a peculiaridade de apresentar duas facetas no seu exercício: uma, de ordem moral ou pessoal e outra, de ordem econômica ou patrimonial, as primeiras são irrenunciáveis e inalienáveis e as segundas podem ser objeto de licença e cessão. O exclusivo decorre das prerrogativas patrimoniais do Direito Autoral, e é sobre estas que recaem as limitações em favor da coletividade, restringindo o caráter do exercício “absoluto” da faculdade econômica, prevista no artigo 28 da Lei nº 9.610/98, que assim estabelece: “cabe ao autor o Direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica”. Assim, todos os direitos de uso econômico da obra são, via de regra, originariamente e exclusivamente do autor, entendendo a Lei Autoral que a obra constitui um bem móvel nos termos previstos no artigo 3º: “Os direitos autorais reputam-se, para os efeitos legais, bens móveis”.

sociedade ao discorrer sobre “O Direito Autoral em uma perspectiva de Direitos Fundamentais: a limitação do excesso de titularidade por meio do Direito da Concorrência e do Consumidor”.

O problema central da tese busca demonstrar que o excesso de titularidade no Direito Autoral pode ser restringido pelo exercício do Direito da Concorrência e do consumidor no Brasil em determinados casos e que, ao serem utilizados, atendem ao princípio da funcionalização da propriedade a que está submetido o Direito Autoral, trazendo como consequência direta e imediata a concretização máxima dos Direitos Fundamentais dos personagens envolvidos nesta relação autoral⁶.

A escassez desta abordagem no Direito brasileiro, por si só, representa uma contribuição importante para a seara jurídica, em especial, porque o próprio Direito Autoral está no meio de um processo de transformação, decorrente da inevitável mercantilização da criação intelectual. Daí a advertência feita por José de Oliveira Ascensão: “há que ter a consciência que nos encontramos no coração do próprio processo da metamorfose”⁷.

Ciente disto, para resolver o problema levantado nesta tese, é indispensável lembrar as palavras de Luiz Edson Fachin, no sentido de que “como se faz é tão relevante quanto o que se faz, daí porque, antes de resolver o problema, é preciso compreendê-lo”⁸. É dentro deste espírito que são necessárias a análise da propriedade e a sua funcionalização, nos termos examinados por Ricardo Aronne⁹, a fim de demonstrar que a natureza jurídica do Direito Autoral é proprietária.

⁶ Na relação autoral, tem-se como figura central o autor, os titulares de Direito e os próprios usuários das obras.

⁷ Neste sentido ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito intelectual em metamorfose. **Revista de Direito Autoral**, ano II, n. IV, p. 24, fev. 2006.

⁸ FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 9.

⁹ Neste sentido, Aronne, leciona que “[...] que o princípio da função social da propriedade vem a densificar o princípio da igualdade, da cidadania e o da dignidade da pessoa humana. Pelo esclarecimento recíproco de tais normas, conformadoras do sistema jurídico, que se positivaram no caso concreto, tipicamente abarcado pelo sistema, os deveres que o proprietário terá em face de sua titularidade” (ARONNE, Ricardo. **Propriedade e Domínio – Reexame sistemático das noções nucleares de Direito reais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 199).

Como propriedade que é, possui uma importância econômica crescente nas relações que estabelece na sociedade, desde que atenda ao princípio da funcionalização. É falacioso dizer que, para o Direito Autoral, o aspecto econômico nunca foi essencial, mas, sim, a figura daquele que faz a criação do espírito: o autor. Esta afirmação não procurou anular as prerrogativas morais do autor, ao contrário, o fenômeno da mercantilização das obras, com o (re)descobrimto do potencial econômico destas no ambiente digital, suscitou a urgência da discussão acerca da re-humanização do autor e dos interesses dos usuários.

O equacionamento dos interesses econômicos e sociais no Direito Autoral perpassam obrigatoriamente pelos direitos fundamentais, sendo analisados, no estudo, os aspectos constitucionais relativos ao Direito Autoral e à ordem econômica¹⁰, para extrair os alicerces que sustentam a resposta do problema, apresentado na tese.

Em consonância com a base constitucional, foi possível adentrar na relativização do Direito Autoral e estabelecer um diálogo entre os aspectos econômicos e sociais que envolvem a limitação a este direito. Verificaram-se questões pontuais, como, por exemplo, a tendência de estender a toda criação a proteção autoral e o risco gerado por esta concepção para os usuários e os próprios autores, que cedem, via de regra, os seus direitos exclusivos a titulares que, não obstante, acabam por exercê-los, impedindo o seu uso por terceiros interessados.

Arelado a isto, a informatização propiciou o surgimento de “obras” com caráter utilitário que praticamente se aproximam das criações intelectuais, protegidas pelo Direito do inventor, trazendo problemas no Direito Autoral. É justamente as criações utilitárias, como as bases de dados e os programas de computadores, que vêm provocando os maiores problemas na economia de mercado na atualidade, pois envolvem a recusa de licenciamento de uma obra por ato do titular de Direito Autoral. Também, a recusa de contratar constitui um grave problema em termos concorrenciais, pois afeta o mercado e os seus partícipes principais (agentes econômicos e consumidores).

¹⁰ Especificamente a livre concorrência, o Direito do Consumidor e a sua função social.

Ao contrário dos Estados Unidos e dos países que fazem parte da Comunidade Européia, o Brasil não está acostumado e não se utiliza da Lei Antitruste, como meio de limitar os excessos, praticados pelos titulares de Direito Autoral, muito embora os reconheça e os utilize no Direito da Propriedade Industrial¹¹.

É evidente que o exclusivo dado ao titular de Direito Autoral restringe naturalmente o Direito da Concorrência, mas, quando em nome do exercício do exclusivo, se busca impedir o uso transformativo de uma obra ou o surgimento de um novo produto no mercado, a infração aos princípios da ordem econômica é evidente.

A concorrência no Direito Autoral, por envolver um problema de mercado, acaba por atingir a figura do consumidor que adquire produtos e serviços culturais no ambiente digital. Os excessos, praticados pelos titulares de Direito Autoral na relação de consumo, são notórios, citando-se, como exemplos, a imposição de contratos, contendo cláusulas abusivas, a inserção de medidas tecnológicas de proteção em obras e produtos capazes de fazerem reprografias, o que impede a cópia para uso privado e, o mais grave, tudo isto sem a devida e prévia informação ao consumidor.

A relevância do aspecto econômico do Direito Autoral e a atitude dos autores e/ou titulares de direito, em restringir os interesses de usuários de acederem à obra para a usufruírem, propiciou a consciência de que os problemas do Direito Autoral não são resolvidos apenas pela Lei Autoral.

A utilização do Direito da Concorrência e do próprio Direito do Consumidor, para coibir os excessos de titularidades no Direito Autoral, são instrumentos eficazes para impedir que abusos continuem a ser praticados. Os diversos casos, citados neste estudo, demonstram esta possibilidade e eficiência, pois, sendo a obra, tratada como um produto de alto valor no mercado, não há como fugir dos princípios da ordem econômica, previstos na Constituição Federal, para alcançar a

¹¹ Tanto é verdade que a própria Lei n° 9.279/96, na seção III, artigos 68 a 74 prevêem os casos de licenciamento obrigatório em matéria de patentes.

funcionalização do Direito Autoral.

Esta visão conduz o leitor à funcionalização do Direito Autoral , através de meios que limitem o excesso de titularidades, praticados em “seu nome”¹², com o objetivo de concretizar os compromissos sociais, assumidos pelo Estado brasileiro. Para tanto, não se pode negar o papel da economia no Direito Autoral , bem como não se pode rechaçar o uso da concorrência e até do consumidor como limitadores destes excessos. Este enfrentamento concilia os interesses, presentes na relação autoral, promovendo a re-humanização do autor, a preservação dos interesses dos titulares de Direito e dos próprios usuários, o que constitui, em última análise, o objetivo perseguido pela ordem econômica e social brasileira.

Para elaborar o presente estudo, foi empregado, como método de abordagem, o sistêmico, pois a análise do Direito Autoral , em uma perspectiva de direitos fundamentais, para limitar o excesso de titularidades, implica o estudo de outras áreas do Direito e da ciência, como é o caso da concorrência, do consumidor e da economia. Contudo, houve aporte de dedução, pois a organização do trabalho visa a provar um descompasso entre os aspectos econômico e moral no Direito Autoral . O fortalecimento dos titulares de direito, na relação autoral, vai ao encontro dos interesses do autor e dos usuários das obras, o que não se coaduna com os compromissos sociais, assumidos constitucionalmente pelo Estado brasileiro, nem com a legislação autoral.

Diante do fenômeno descrito, utilizou-se, como método de procedimento, a comparação, para estabelecer as diferenças e as aproximações das ciências e dos institutos envolvidos, a fim de ter subsídios para estabelecer as contribuições que o presente trabalho pôde dar à academia e sociedade civil. A utilização do método de interpretação sistemática foi essencial, para compreender o alcance da lei em tema tão árduo e de escassa bibliografia, motivo pelo qual a técnica de investigação

¹² A este respeito, José de Oliveira Ascensão indaga: “[...] o que já causa estranheza é que o investimento seja protegido através do Direito de Autor. Quer dizer que se tenha criado um ramo de Direito altamente protecionista, por invocação da dignidade da criação intelectual, para, afinal, esse ramo ser colocado ao serviço da protecção do investimento. É uma distorção, porque o Direito de Autor está apetrechado para finalidades muito diferentes” (ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito intelectual em metamorfose. **Revista de Direito Autoral** , ano II, n. IV, p. 12, fev. 2006).

teórica procurou amearhar o material bibliográfico pertinente à matéria.

Sob o ponto de vista acadêmico, o tema proposto é de extrema importância, porque a doutrina pátria não enfrenta a questão adequadamente, o que ensejou o desafio de pesquisar sobre o excesso de titularidade no Direito Autoral e a possibilidade de sua limitação pelo Direito da Concorrência e do consumidor. Além disso, o emprego destes atende ao princípio da funcionalização do Direito Autoral, consagrado como Direito fundamental na Constituição Federal. É esta a problemática central que se propõe a tese, para aclarar alguns aspectos desta relação, apontando as contribuições, a seguir, mencionadas.

As contribuições mais relevantes, desenvolvidas no âmbito desta tese são:

- ineditismo do tratamento da matéria no Direito brasileiro, tanto na doutrina como na jurisprudência.
- O excesso de titularidade deve ser fortemente combatido por meio das limitações intrínsecas e extrínsecas do Direito Autoral .
- O uso do Direito da Concorrência e do consumidor são alguns dos meios para resolver e limitar o excesso de titularidade, cumprindo a funcionalidade do Direito Autoral brasileiro.
- A intervenção estatal e do judiciário é necessária, para a garantia dos compromissos que Estado Social Democrático de Direito brasileiro assumiu constitucionalmente e que, assim agindo, garante os interesses dos autores, dos usuários e dos titulares de Direito Autoral .

Esta tese foi estruturada em quatro capítulos, respectivamente intitulados: propriedade autoral e economia de mercado, Direito Autoral e os compromissos modificadores do Estado Social, riqueza autoral e tutela proprietária no Direito brasileiro e relatividade autoral e as atuais possibilidades de tutela pela ordem econômica.

No primeiro capítulo, busca-se definir a propriedade autoral e a economia de

mercado em duas seções. A funcionalização do Direito da propriedade e as suas implicações no Direito Autoral são verificadas na primeira seção que analisa a fundamentação teórica do Direito da propriedade. A economia de mercado e a Propriedade Intelectual são analisadas na segunda seção, para apontar os fundamentos econômicos do Direito Autoral no Estado Social Democrático de Direito e o entendimento da criação autoral como um produto sob o ponto de vista jurídico-econômico.

Definidos os contornos patrimoniais e pessoais, tão característicos do Direito Autoral, o segundo capítulo se divide em três seções que analisam as questões constitucionais que envolvem o tema do Direito Autoral e os compromissos modificadores do Estado Social Democrático de Direito. Nesta, procura-se situar o leitor quanto ao embasamento constitucional do Direito Autoral e dos princípios da ordem econômica, em específico, os relativos ao Direito da Concorrência e do consumidor. Em separado, analisa-se a função social da propriedade, sob a ótica civil-constitucional, para, finalmente, examinar a coexistência e a tensão dos direitos fundamentais.

O terceiro capítulo se utiliza dos subsídios, trazidos nos anteriores, a fim de verificar, na atualidade, os problemas da riqueza autoral e a tutela proprietária no Direito brasileiro em três seções. A criação intelectual, analisando o objeto, a autoria e a titularidade no Direito Autoral é visto na primeira seção do capítulo, o monopólio e o exclusivo no Direito Autoral são estudados na seção seguinte. Já a terceira seção foca o problema das limitações no Direito Autoral.

O excesso de titularidade no Direito Autoral e a sua relação com o Direito da Concorrência são analisados no quarto capítulo, que aborda a relatividade autoral e as atuais possibilidades de tutela pela ordem econômica dentro de uma perspectiva de direitos fundamentais. Esta possibilidade é desenvolvida em duas seções: o Direito da Concorrência como limitador do Direito Autoral e o Direito do Consumidor e as suas interfaces, como o Direito Autoral e concorrencial.

Nas conclusões finais, são discutidas as contribuições da tese e se apresentam outros problemas relevantes a serem objeto de análise em trabalhos futuros de pesquisa.

CONCLUSÕES

A construção, dedutiva de um trabalho científico, obriga o pesquisador a desenvolver elementos estruturais, para que a tese tenha a firmeza necessária e condizente com o título que se postula obter, qual seja, o de Doutor em Direito. Na atualidade, encontrar o aspecto que seja capaz de dar solução a um problema ou identificá-lo se tornou mais difícil, uma vez que o mesmo provavelmente está sendo trabalhado por mais de um pesquisador, sem que um saiba da pesquisa do outro. É a máxima do Direito Autoral, em que as idéias não são protegidas, mas, sim, a sua forma de expressão. Porém, para a tese doutoral não basta a novidade relativa, o que importa é a originalidade da abordagem do tema que proporcione aos seus pares e a sociedade um verdadeiro contributo.

Esta observação procura alertar o leitor que, no transcorrer da elaboração do presente trabalho, houve um conjunto de pontos cruciais que, apesar de não poderem ser considerados isoladamente como contribuições originais da autora, foram, no entanto, essenciais para a tese. Estas contribuições essenciais foram realçadas, com o objetivo de conduzirem ao elemento fundamental da tese e, portanto, merecem destaque nestas conclusões. Dito isto, passa-se, sumariamente, às conclusões das contribuições essenciais e das contribuições originais da tese.

1 – CONTRIBUIÇÕES ESSENCIAIS

A noção contemporânea da Propriedade no Estado Social Democrático de Direito no Brasil. O pensamento sistemático deve prevalecer na interpretação dos institutos jurídicos contemporâneos, pois o Direito é fruto das experiências sociais que são objeto de estudo de diversas ciências, como a sociologia e a economia. O Direito de Propriedade, na contemporaneidade, apresenta um alto grau de complexidade, o que impede os intérpretes/aplicadores do Direito de fazerem uma leitura clássica e reducionista. Esta leitura, por sua vez, decorre do reconhecimento da dignidade da pessoa humana, como um Direito fundamental na

Constituição Federal brasileira que, dentro de um contexto social, acaba por re-personalizar o direito, despatrimonializando-o. A noção de propriedade apresenta, portanto, um núcleo econômico e social, porque se trata de uma apropriação privada de um bem economicamente valorado e socialmente funcionalizado. Daí concluir-se que o Direito obrigacional e proprietário possuem esta característica contemporânea de apresentarem um núcleo econômico que devem estar voltados para a funcionalização (do contrato e da propriedade). Neste sentido, pode-se afirmar que as titularidades constituem um gênero de que faz parte a propriedade e apresentam como características a intersubjetividade e o relativismo capaz de alcançar todo o tipo de patrimônio sujeito à apropriação, seja ele material ou imaterial.

A natureza proprietária do Direito Autoral . A natureza jurídica do Direito de Propriedade Intelectual é controversa. Inúmeras teorias foram elaboradas para apontarem o porquê da proteção, conferida ao ramo do Direito que tutela as criações intelectuais (propriedade industrial e Direito Autoral). Pode-se afirmar que a doutrina que melhor explica a natureza jurídica do Direito Autoral é a que a considera como um Direito de Propriedade, mas entendendo esta a partir de uma manifestação contemporânea, absolutamente dissociada da noção romana de propriedade. O reconhecimento da propriedade autoral implica relativização de seu aspecto patrimonial e re-humanização de seu aspecto moral, sem que, para isto, se tenha que admitir a existência de um Direito Autoral que apresente direitos distintos: patrimoniais e morais, os primeiros de fruição temporal e segundos, perpétuos.

O Direito Autoral é único, mas apresenta, em seu núcleo, prerrogativas morais e patrimoniais que são exercidas durante determinado prazo, previsto em lei, após o qual as obras caem em domínio público. Após surge o Direito à cultura que deve ser protegido pelo Estado, zelando pela autoria e integridade das obras, como integrantes do patrimônio cultural do país. Esta visão é compatível à noção contemporânea da propriedade no Estado Social Democrático de Direito. Reconhecer a propriedade autoral é admitir a titularidade e a autoria, no sentido de que a Lei Autoral concede um Direito exclusivo de exploração econômica da obra, sem prejuízo da autoria e dos interesses sociais de acesso às obras. O exclusivo não se confunde com o monopólio, este pode surgir no seio do Direito Autoral , em razão dos negócios realizados. O exercício do Direito patrimonial exclusivo permite a

exclusão de terceiros na fruição da obra, mas estes não podem ser excedidos pelos seus titulares. Adstrito a isto, a própria Lei Autoral considera a obra com um bem móvel, e os direitos exclusivos desfrutam do uso, gozo e fruição, típicas da propriedade ordinária.

A análise econômica no Direito Autoral não deve se sobrepor às prerrogativas morais do autor. Esta conclusão não poderia ser diversa, tendo em vista que a proteção do Direito Autoral se deu por razões econômicas e não por fins magnânimos. Foi, graças ao aspecto econômico, que os autores alcançaram o seu reconhecimento através das prerrogativas morais consagradas, tanto no sistema jurídico do *Droit D'auteur* (adotado pelo Brasil), como no do *Copyright* (ainda que tardiamente). A verdade é que os países de tradição anglo-saxã sempre se detiveram no aspecto econômico em desfavor dos autores e usuários das obras e, mesmo após se tornarem signatários da Convenção de Berna, não protegem, de forma devida, as prerrogativas morais de autoria e integridade da obra. Vale lembrar que, via de regra, são países que assumem uma forte postura liberal no mercado, cujo poder econômico impulsionou a elaboração de Acordos Internacionais, como o ADPIC/TRIPS, que não dispõe sobre as prerrogativas morais dos autores, porque o Tratado objetiva exclusivamente o comércio de bens “intelectuais”. Em que pese o potencial econômico, decorrente da exploração de obras, ainda assim, os países do sistema do *Copyright* são obrigados a reconhecer as prerrogativas morais básicas, constantes na Convenção de Berna. Quanto ao Brasil, esta obrigação decorre dos compromissos sociais, assumidos na Constituição Federal, de forma a defender a propriedade autoral (prerrogativas morais e patrimoniais).

A obra como produto. Embora se encontrem afirmações no sentido de que o grau de proteção jurídica, conferida ao Direito Autoral, corresponderia ao nível de desenvolvimento econômico, social e cultural de um país, esta noção foi há muito superada e hoje corresponde a um mito, criado pelo liberalismo econômico. Tanto é verdade que as criações intelectuais sempre existiram, mesmo diante da ausência da tutela jurídica, podendo-se suscitar que a quantidade de criações intelectuais, antes do reconhecimento legal, era superior, se comparados com as da atualidade. No entanto, não se pode negar que o surgimento de novas tecnologias trouxe uma (re)descoberta de outras possibilidades de exploração econômica das obras. Mas

nem toda criação intelectual é obra, e mais, o conhecimento e a informação constituem bens públicos não sujeitos à apropriação privada. Entretanto, contemporaneamente, passaram a ter valor econômico a ponto de obterem concessões típicas da propriedade. Sem dúvida, as novas tecnologias proporcionam um enriquecimento cultural pela facilidade no acesso à informação, contudo, pelas teorias econômicas, o conhecimento e a informação passaram a ter características de não-exclusividade na apropriação e não-rivalidade no consumo, o que contrasta com o fundamento da economia dos bens rivais, ou seja, a escassez. Esta característica é ínsita dos bens intelectuais, pois a obra, quando publicada, é apropriável, mas não diminui a possibilidade de que seja novamente apropriada (consumida) por outra pessoa. A informatização propiciou o surgimento de obras com caráter utilitário, como é o caso da base de dados e dos programas de computadores, em que a proteção se dá pela originalidade da compilação de informações nelas contidas.

Na atualidade, estes bens, considerados como obras protegidas pelo Direito Autoral , são consideradas produtos e serviços de elevado valor para o mercado, basta citar alguns exemplos de produtos: os *CDs*, *DVDs*, livros, músicas, filmes, jogos e programas de computadores; e de serviços, como os dos provedores de *Internet* e dos tradutores. Por serem assim considerados, os titulares de Direito Autoral não se abstém de exercerem o Direito exclusivo para impedir ou não autorizar o seu uso, independente de pagamento e da finalidade da utilização da obra.

O Direito Autoral , embora não seja natural, é considerado um Direito humano e fundamental. A normatização do Direito Autoral é recente no ordenamento jurídico nacional e internacional, se comparados a outros direitos, como o de propriedade que remontam ao Direito romano. Todavia, a noção da imaterialidade da propriedade não existia na Roma antiga, ao contrário, a assunção jurídica da tutela autoralista é um fruto de uma ficção jurídica, decorrente dos interesses econômicos, postos em jogo na época da Revolução Industrial. Constitui Direito natural o livre e gratuito acesso às criações intelectuais, para que os usuários possam usufruí-las plenamente, reproduzindo-as e utilizando-as como fonte de inspiração para novas criações intelectuais. A justificativa encontra-se na própria Declaração Universal dos Direitos do Homem, tendo em vista que a informação, o

conhecimento e as obras constituem, na verdade, bens públicos. Como tais, as pessoas podem reproduzir e se inspirar nas obras para desenvolverem novas criações intelectuais, além de as interiorizar individualmente, para formação de seu patrimônio cultural. Embora não seja um Direito natural, tradicionalmente, o Direito Autoral é reconhecido como um Direito humano, nos termos previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, assim como foi elevado à categoria de direitos fundamentais, prevista na Constituição Federal do Brasil. Quanto ao reconhecimento como Direito humano, é importante destacar a tensão interna entre os dispositivos da Declaração que, de um lado, consagra o acesso à cultura como um Direito natural e, de outro, a previsão do exclusivo e das prerrogativas morais do autor. Já a sua consagração como direitos fundamentais, no Brasil, cingiu-se aos aspectos econômicos dos autores e/ou titulares de direito. A prerrogativa moral do autor não foi sequer mencionada como Direito fundamental, ainda que possa ser reconhecida através da interpretação das normas com atenção aos acordos internacionais que o Brasil é signatário e que têm aplicação imediata. Como o Brasil é signatário da Convenção de Berna, que prevê as prerrogativas morais do autor e, como o próprio ADPIC/TRIPS ordena que os países signatários atentem para o interesse social, é possível afirmar que as prerrogativas patrimoniais e as morais do Direito Autoral estão consagrados na Constituição Federal como um Direito fundamental. Para dirimir eventuais colisões entre direitos fundamentais, o intérprete deve se valer de princípios do direito, como o da proporcionalidade, destacando que o próprio Superior Tribunal de Justiça, em matéria autoral, admitiu a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Por fim, ressalta-se que o Direito Autoral é humano e fundamental, porque é fruto de uma decisão política-econômica que o coloca em uma posição privilegiada na defesa da titularidade e da autoria.

Nem todo autor é titular de direito, nem toda criação intelectual é uma obra. Quando a Convenção de Berna legislou sobre a proteção das obras literárias e artísticas, no final do século XIX, as obras constituíam a exteriorização original das criações de espírito de uma pessoa humana, havendo perfeita correspondência entre a autoria e a titularidade da obra, permanecendo esta concepção até o advento da informatização. A evolução tecnológica e a coisificação das criações trouxeram graves problemas para o Direito Autoral, visto que o potencial econômico das obras foi perfeitamente identificado pelos titulares de Direito que obtinham (e ainda obtém)

a exclusividade da exploração econômica, através da cessão de direitos feitas pelo autor, até então, titular originário. O exclusivo do Direito Autoral e a informatização promoveram a mudança destas concepções tradicionais, pois, com o surgimento das criações, como as bases de dados e os programas de computadores, passou-se a vislumbrar um quadro onde há titularidade originária, mas não, autoria. Além disso, situações em que a autoria é reconhecida “fictamente” a uma pessoa jurídica, por razões meramente econômicas, desvanecendo a figura do autor e valorizando a figura do titular de Direito que explora exclusivamente a obra. A exploração econômica da obra, como produto e serviço no mercado, é fator relevante para os titulares de direito. O problema é que nem sempre o que está protegido como obra o é de fato. A informação e o conhecimento, por si só, não constituem uma obra, pela simples razão de que nem toda criação intelectual está sujeita à proteção autoral, porque pode carecer de originalidade e exteriorização. Entretanto, é conveniente, para os titulares de direito, que toda e qualquer criação intelectual seja protegida pela Lei Autoral, pois a proteção é imediata, independe de formalidade e, pelas convenções internacionais, têm um prazo de exploração econômica muito extenso. Daí identificar-se um descompasso da realidade com os conceitos basilares do Direito Autoral que repercutem na esfera econômica, social e jurídica, gerando aquilo que muitos doutrinadores passaram a chamar de “transformação”, “metamorfose”, “hipertrofia” e, até, “esquizofrenia” do Direito Autoral .

2 – CONTRIBUIÇÕES ORIGINAIS

As limitações extrínsecas estão assumindo o papel das limitações intrínsecas do Direito Autoral. A transformação que o Direito Autoral vem sofrendo afetou as limitações livres e gratuitas, que consistem na maneira pela qual o Estado equacionou o balanceamento entre os interesses públicos dos usuários e os privados dos autores e/ou titulares de direito. A liberdade é a regra, e o exclusivo a exceção, portanto as limitações são liberdades, e o Direito Autoral a exceção. Por este motivo, a Lei Autoral especifica as hipóteses de uso gratuito das obras sem a prévia autorização dos titulares de direito, em prol dos direitos e das liberdades fundamentais. No entanto, estas limitações intrínsecas (internas) do Direito Autoral são tidas como de interpretação restritiva e de enumeração taxativa o que conduz ao

engessamento, imposto pelo sistema jurídico. É evidente que, dentro de um Estado Social Democrático de Direito, como o Brasil, este entendimento não é compatível com os compromissos sociais, assumidos na Constituição Federal, e, portanto, devem ser relativizados. Mas o problema maior das limitações intrínsecas é a forte campanha de aniquilamento destas pelas indústrias “culturais”, que já se aperceberam que a exploração econômica da obra é um produto altamente rentável na economia de mercado. A referida campanha originou uma série de instrumentos legais internacionais que ampliaram a lista de limitações, mas condicionando-as à remuneração eqüitativa e à imposição de medidas tecnológicas de proteção. Ora, sem liberdades (limitações), o próprio mercado capitalista não sobrevive, pois a economia depende da criação intelectual, que, via de regra, se origina com base em outra. Daí voltar-se a falar em limitações extrínsecas ao Direito Autoral , uma vez que as intrínsecas, nos moldes atuais, já não conseguem garantir as liberdades dos usuários, que constituem regra e não exceção. As limitações extrínsecas são inúmeras e devem ser utilizadas para relativizar os excessos, praticados pelos titulares de Direito Autoral , a fim de alcançar as liberdades, previstas internamente na Lei Autoral. Enquanto não houver um instrumento internacional que concilie a obediência destas liberdades, o uso das limitações extrínsecas irá assumir, ainda que provisoriamente, o papel que deveria ser executado naturalmente pelas limitações intrínsecas.

O excesso de titularidade no Direito Autoral deve ser combatido para que este não venha a ser substituído pelos direitos dos titulares. Se não é possível negar que o Direito exclusivo, conferido ao titular de Direito Autoral , é necessário para o próprio funcionamento do mercado, também não se pode negar que ele se trata de uma contrapartida pelo esforço criativo e laboral do autor. Também, não se pode olvidar que o Estado confere o exclusivo ao titular, para que a obra, após o término do prazo de gozo e fruição econômica, regresse ao domínio público. O problema atual é que o Direito exclusivo está apresentando contornos monopolísticos pelo excesso de titularidade, praticado pelas chamadas indústrias “culturais”. O aumento no prazo de duração e a tentativa de extensão da proteção autoral sobre outras criações intelectuais denunciam este excesso, assim como a acentuada campanha reducionista das limitações ao acesso livre e gratuito das obras no ambiente digital. Vive-se um momento singular no Direito Autoral , pois se

identifica uma forte preocupação de impedir o acesso livre e gratuito dos usuários às obras, impondo remuneração eqüitativa e medidas tecnológicas de proteção, para salvaguardar os interesses dos titulares de Direito e não mais os do autor, que é a sua razão de ser. Se o próprio Direito Autoral é uma excepcionalidade, criada por razões econômicas, não se pode negar que o exercício do Direito exclusivo pelo titular está excluindo o próprio autor e os usuários que fazem parte da sociedade. Em outras palavras, o excesso de titularidade é nocivo para o Estado Social Democrático de Direito, motivo pelo qual todo e qualquer ato, que viabilize ou busque a consagração permanente desta titularidade, deve ser fortemente combatido, para que se possa preservar o Direito Autoral tal como concebido. Daí utilizar-se a expressão “excesso de titularidade” ou “hipertitularidade”, pois ela traduz um forte apelo econômico, no mundo jurídico, e abarca a noção da ilicitude e do abuso, motivos pelos quais os meios, para coibir estes excessos, são variados e se encontram em outros institutos jurídicos, capazes de limitar tais condutas. Frente ao problema, pode-se afirmar que o excesso de titularidade no Direito Autoral é caracterizado pelos atos praticados por uma pessoa física ou jurídica que detém legitimamente o Direito exclusivo de exploração de uma obra, com o fim de impedir ou não autorizar o uso da obra por terceiros, para perpetuar a exploração exclusiva, com o objetivo de obter, para si, uma vantagem econômica direta ou indireta, em frontal prejuízo da ordem econômica e social. Como as limitações intrínsecas não conseguem coibir satisfatoriamente este excesso de titularidades, o surgimento e a utilização de limitações extrínsecas são essenciais para barrar estas condutas predatórias, que desejam transformar o Direito Autoral em um Direito de seus titulares.

O Direito Autoral é, naturalmente, limitador do Direito da Concorrência. Por sua vez, a questão da concorrência deve ser posta no Direito Autoral , pois o exercício do Direito exclusivo, no plano negocial, gera o monopólio. Por não ser um Direito natural e, sim, uma criação jurídica, decorrente de conjunções políticas e históricas, a propriedade autoral limita a livre iniciativa no mercado e impede o acesso livre e gratuito às obras. O Estado concede as prerrogativas patrimoniais ao autor e/ou titular de Direito Autoral , para que estes possam explorar economicamente suas obras, por determinado período determinado em lei, em caráter exclusivo. Fala-se em exclusivo, porque “exclui” todos os demais interessados em aceder à obra, sem as condições impostas pelos titulares de direito,

como a autorização prévia para aceder à obra e a obtenção de licença para sua utilização. O Direito Autoral , ao limitar a livre iniciativa, acaba trazendo conseqüências para o mercado, uma vez que a concorrência busca garantir a possibilidade de coexistência de produtos e serviços de mesma natureza no mercado. Como as obras, atualmente, estão sendo consideradas como produtos de alto valor negocial, os titulares de Direito acabam excluindo um grande segmento de consumidores e potenciais concorrentes do mercado, tendo em vista que, no plano negocial, o exclusivo que lhes é concedido por lei se transforma em verdadeiro monopólio legal. É evidente que a questão da concorrência se põe no Direito Autoral , por razões de mercado, pois a informatização e a negociação de produtos e serviços, protegidos como obra, são economicamente rentáveis para os titulares de direito. A exploração, exclusiva de criações utilitárias, como as bases de dados e os programas de computadores, faz com que os titulares de Direito atuem no mercado de maneira competitiva. Conclui-se que a questão da concorrência nasce do exclusivo de exploração das obras, impondo-se sempre a questão do monopólio no Direito Autoral , porque a livre concorrência é limitada artificialmente pelo exclusivo, atribuído ao autor e/ou titular de Direito Autoral .

O Direito da Concorrência e do consumidor são meios para limitar o excesso de titularidade no Direito Autoral e, juntos, podem dar uma nova leitura a este, sem esvaziá-lo. O Direito da Concorrência pressupõe existência de mercado e, portanto, somente vai atuar como limitador do excesso de titularidade de Direito Autoral em casos específicos que possam caracterizar um abuso de poder econômico, como é o da recusa de licença de uma obra, capaz de impedir o surgimento de um novo bem cultural a ser oferecido aos consumidores. Por sua vez, o Direito do Consumidor também pode constituir um meio eficaz para coibir atos, praticados pelos titulares de Direito Autoral , que possam impedir a realização de uma cópia privada ou obrigar o consumidor a aceitar condições contratuais notoriamente abusivas. O uso do Direito da Concorrência e do consumidor são alguns dos meios, para resolver e limitar o excesso de titularidade, cumprindo a funcionalidade do Direito Autoral brasileiro, apresentando a peculiaridade de uma solução jurídica no combate do excesso do Direito exclusivo de cunho econômico. Em outras palavras, para manter o equilíbrio, exigido pela ordem econômica no Estado Social e Democrático de Direito brasileiro, é legítimo o uso de instrumentos jurídicos

econômicos, como a concorrência e o consumidor, para limitar outro problema econômico, decorrente do excesso de titularidade no Direito Autoral . A utilização destes limites extrínsecos tem impacto na economia de mercado e é capaz de resgatar a figura do autor e dos usuários, ambos considerados consumidores na economia de mercado. Na doutrina e jurisprudência americana e dos países da Comunidade Européia, já é possível encontrar casos de limitação da “hipertitularidade” autoral pelo Direito da Concorrência e do consumidor, entretanto, no Brasil, a questão não tem o mesmo enfrentamento, o que justifica o ineditismo de sua abordagem no Direito brasileiro. Os poucos casos encontrados dão guarida plena ao titular de Direito Autoral , por ser detentor do exclusivo de exploração econômica da obra durante a duração, prevista em lei. Este entendimento é absolutamente equivocado, visto que o próprio prazo de duração já é excessivo e incompatível com a volatilidade de substituição de obras por outras que apresentem um caráter mais utilitário para o consumidor. Adstrito a isto, o Direito brasileiro consegue utilizar os instrumentos da concorrência e do consumidor na propriedade industrial, tanto na defesa das marcas, como nas invenções, e a própria lei de propriedade industrial admite o licenciamento obrigatório por motivos econômicos e sociais, sendo utilizada a lei antitruste brasileira. No entanto, o mesmo não ocorre com o Direito Autoral , muito embora ele apresente o mesmo objetivo do Direito da Concorrência, que busca estimular a competitividade entre os concorrentes, com o fim de propiciar aos consumidores melhores preços dos produtos e serviços ofertados no mercado. O grande problema da utilização do Direito da Concorrência, como limitador do excesso de titularidade do Direito Autoral , é que ele consegue coibir o ato do titular, restrito ao mercado, enquanto o Direito do Consumidor, o de se ocupar de problemas mais urgentes para o usuário privado. Em que pese estas observações finais, o Brasil deve utilizar o Direito da Concorrência e do consumidor como meios para limitar os excessos dos titulares de Direito Autoral, pois esta prática viabilizará a preservação da própria relação autoral que deve atender os compromissos sociais previstos na Constituição Federal brasileira, a fim de re-humanizar a figura do autor, preservando seus interesses econômicos e pessoais, sem olvidar os outros componentes da relação autoral: os usuários e titulares de direito.

A opção do Estado brasileiro pelo regime capitalista não afasta a funcionalização da propriedade autoral, ao contrário a obriga. O Brasil constitui

um Estado Social Democrático de Direito, cujos fundamentos encontram-se normatizados na Constituição Federal, já a partir de seu preâmbulo. Isto quer dizer que o Estado brasileiro tem por fundamento a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Estes princípios demonstram que o Estado quer o desenvolvimento econômico e social, motivo pelo qual a adoção do regime capitalista não vai contra os interesses individuais e sociais, porque a democracia só consegue se realizar através da garantia constitucional de direitos fundamentais, como os da dignidade da pessoa humana. O Estado brasileiro ao reconhecer a propriedade e a função social não só como direitos fundamentais, mas também como princípios da ordem econômica, demonstra o afastamento de toda e qualquer noção de a propriedade ser absoluta. Esta idéia não se compatibiliza com o Estado Social e Democrático de Direito, no qual a relatividade da propriedade, incluindo a autoral, deve ser posta em análise com os interesses sociais. Na verdade, os princípios da ordem econômica só têm sentido se analisados à luz dos direitos fundamentais, em especial, pelo princípio da funcionalização da propriedade autoral, o que não constitui novidade para academia e os juristas. O desafio é tornar esta evidência em efetividade, pois o uso do Direito da Concorrência e do consumidor, para limitar o excesso de titularidade, acaba por exercer a funcionalização do Direito Autoral , concretizando os direitos fundamentais. A intervenção estatal e do judiciário é necessária para a garantia dos compromissos que Estado Social Democrático de Direito brasileiro assumiu constitucionalmente. A utilização do Direito da Concorrência e do consumidor, além de constituir meios eficazes para limitar o excesso de titularidades no Direito Autoral , também acaba promovendo a funcionalização da própria relação autoral, garantindo os interesses dos autores, dos usuários e dos seus titulares. Os interesses públicos e privados no Direito Autoral devem ser harmonizados com os objetivos econômicos e sociais, previstos na Constituição Federal, que têm como princípio basilar a liberdade e o respeito à dignidade da pessoa humana. O uso dos princípios da ordem econômica, como instrumento para coibir o excesso de titularidades, em nome da função social, apresenta um pragmatismo necessário para impedir o aniquilamento do próprio Direito Autoral , e, assim agindo, consegue obter a eficácia plena dos direitos fundamentais nas relações privadas, garantindo o bem-estar social.

Outros problemas relevantes a serem objeto de análise em trabalhos futuros de pesquisa

Ao longo do desenvolvimento da tese, surgiram diversas questões pontuais que acabaram não sendo analisadas profundamente, porque se correria o risco de se desviar do problema proposto no trabalho. Entretanto, é importante destacá-las, para que sejam objetos de pesquisa e estudo em trabalhos futuros. As prerrogativas morais representam a essência do Direito Autoral, visto que vinculam diretamente o autor à sua obra e, por isto, não são objeto de licença ou cessão de direitos, e o exercício protetivo da autoria e a integridade da obra é transferido ao Estado.

Em vida, o autor pode se defender por atos que violem suas prerrogativas morais, inclusive limitando as prerrogativas patrimoniais que já foram objeto de cessão de direitos, então, pôde-se identificar que o Direito moral pode ser considerado um limitador do Direito patrimonial, e este aspecto merece um estudo mais específico, em que se possa verificar as prerrogativas morais do autor como limitação ao exclusivo do titular de Direito e as limitações do Direito moral, que não é absoluto.

Outro aspecto interessante a ser estudado é a proteção adequada às criações intelectuais que não podem ser caracterizadas como obras, mas que apresentam alto valor econômico para o mercado. Este ponto é deveras importante na atualidade, porque diversos doutrinadores sustentam o surgimento de um terceiro ramo do Direito da Propriedade Intelectual e outros, simplesmente, absorvem as criações como obras. Mais que pensar em uma revisão da Lei Autoral é necessário fazer uma releitura dos elementos característicos da relação autoral para, somente após, se pensar em uma re-estruturação da Lei Autoral brasileira nos aspectos concernentes às limitações e exceções do Direito Autoral.

Esta revisão deve estar alinhada com os acordos internacionais, quiçá seja necessária a elaboração de um novo instrumento internacional, para dirimir estas controvérsias. Isto que o excesso de titularidades pode ser combatido com a assunção na Lei Autoral da obrigatoriedade do respeito aos direitos humanos e fundamentais, aos princípios da ordem econômica, em especial, a livre iniciativa, a concorrência e o Direito do Consumidor, bem como uma adequação com os

institutos da função social da propriedade e do contrato e da teoria do abuso de Direito constantes no Código Civil. A adoção da licença compulsória poderia ser adequada para as finalidades de ensino, pesquisa, fins humanitários e de interesse social. Da mesma forma, a criação de órgão administrativo estatal, com competência para intervir em caráter preventivo e defensivo nas matérias autorais, pode contribuir para a limitação do excesso de titularidades, praticados em nome do exclusivo, atribuído pelo Direito Autoral.