

---

## **Nota ao Anteprojeto de Lei para Reforma da Lei Autoral Submetido à Consulta Pública pelo Ministério da Cultura**

*Newton Silveira*

*Denis Borges Barbosa*

*Karin Grau-Kuntz*

---

### **1- Do equilíbrio do direito de autor com outros direitos e princípios da ordem jurídica brasileira**

O Anteprojeto de Lei submetido à Consulta Pública pelo Ministério da Cultura em junho de 2010 inclui os seguintes dispositivos:

*Art. 1º Esta Lei regula os direitos autorais, entendendo-se sob esta denominação os direitos de autor e os que lhes são conexos, e orienta-se pelo equilíbrio entre os ditames constitucionais de proteção aos direitos autorais e de garantia ao pleno exercício dos direitos culturais e dos demais direitos fundamentais e pela promoção do desenvolvimento nacional.*

*Art. 3º-A – Na interpretação e aplicação desta Lei atender-se-á às finalidades de estimular a criação artística e a diversidade cultural e garantir a liberdade de expressão e o acesso à cultura, à educação, à informação e ao conhecimento, harmonizando-se os interesses dos titulares de direitos autorais e os da sociedade.*

Todo o dizer do art. 1o. depois de "orienta-se...", assim como o art. 3-A como um todo, representa um acréscimo à atual redação da Lei 9.610/98, e será o objeto desta seção.

A ordem jurídica é um sistema.<sup>1</sup> Sistema, por sua vez, é caracterizado como um conjunto de elementos em interação, formando uma unidade, isto é, um todo que é delimitável de seu entorno.

Se a ordem jurídica é um sistema e se o sistema ordem jurídica é composto por direitos (elementos), então cada um dos direitos que compõem a ordem jurídica, i.e., cada direito-elemento do sistema ordem jurídica, está necessariamente em interação com os outros direitos que, conjuntamente, dão forma de unidade à ordem jurídica.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> A norma jurídica é parte de uma "ordem geral e se encontra em estreita ligação interna e externa com diversas outras proposições legais. Vide a lição sobre teoria do direito de RÜTHERS, Bernd, Rechtstehorie, 2. Edição. München: CH Beck, 2005.

<sup>2</sup> Transcrevendo a lição de OLIVEIRA ASCENSÃO, José de: Introdução à Ciência do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pág. 219): "A noção de sistema ocupa hoje de novo um lugar central no Direito, e conseqüentemente na Ciência do Direito. As soluções jurídicas não são arbitrárias nem desconexas. Integram-

Esta primeira observação se volta a certos comentários expressos na dilatada fase de discussão do Anteprojeto, em especial de representantes de criadores, de que a mutação proposta seria desnecessária, ou mesmo restringiria o presente escopo dos direitos dos autores. Quanto à questão da desnecessidade, parece-nos importante lembrar que uma das funções republicanas do texto legal é ensinar o direito ao cidadão de que lhe é sujeito e senhor, sem obscuridades ou arcanos. A sensação de que o texto legal vigente é mais favorável do que a alteração proposta, por não explicitar o sistema de cidadania em que o direito autoral se insere, prova exatamente a necessidade desta explicitação.

Tal sensação de que o direito patrimonial de autor não precise estar em interação com os outros direitos garantidos na unidade do sistema denominado de ordem jurídica pressupõe estar considerando o direito patrimonial do autor como absoluto e incondicional.

A noção de um direito patrimonial de autor absoluto e incondicional, i.e. de um direito não sujeito a adequação em relação aos outros direitos que conjuntamente dão corpo a ordem jurídica, ou ainda um direito “supra-jurídico”, um direito *sagrado* nos termos da Declaração dos Direitos dos Homens e dos Cidadãos na versão de 1789<sup>3</sup>, tem sua origem na estrutura do pensamento *jusnaturalista*.<sup>4</sup> No âmbito histórico-político ela vem vinculada ao movimento que levou à Revolução Francesa, quando se aspirou superar através de ideais liberais o sistema político mercantilista.<sup>5</sup>

O radicalismo na compreensão do direito de propriedade como um fenômeno *supra legal* fracassou na prática da vida social. Direitos patrimoniais incondicionais levam a um processo social autofágico.

As sociedades ocidentais modernas há muito se afastaram da noção de direito patrimonial natural, absoluto, incondicional e, especialmente, “sagrado”. Pelo contrário, o entendimento de adequação (harmonização) dos direitos entre si é corrente no cotidiano das sociedades ocidentais.<sup>6</sup> Assim, por exemplo, o proprietário da fábrica não pode poluir as águas do rio que corre no seu terreno; o dono de uma casa em área residencial não pode valer-se de seu imóvel para abrir uma oficina mecânica; a liberdade de expressão de um não justifica ataques desonrosos a terceiro; o direito de patente não pode

---

*se num conjunto, de que participam. O significado de cada elemento só é estabelecido por essa integração no todo. (...)*” (grifo nosso)

<sup>3</sup> Assim o art. 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização.” Vide aqui, por exemplo, o pensamento de Frédérique Bastiat.

<sup>4</sup> Sobre o jusnaturalismo e a propriedade intelectual vide GRAU-KUNTZ; Karin. Jusnaturalismo e Propriedade Intelectual, in Revista da ABPI Nr. 100, págs 7-13.

<sup>5</sup> De acordo com o pensamento jusnaturalista o direito de propriedade seria um direito dotado de *primazia* frente a ordem jurídica, posto que “natural”; vide GRAU-KUNTZ, Direito de Autor – Um Ensaio Histórico, Revista Da EMARF nº 13.

<sup>6</sup> Nesse sentido causa espanto ainda ver o adjetivo “sagrado” sendo usado em relação ao direito do autor, ou ainda ver sendo afirmado que países que lograram atingir um nível educacional e econômico alto não se preocupariam em equilibrar os interesses individuais do autor com os interesses da coletividade. No que toca essa última afirmação recomenda-se a consulta ao livro *Propriedade Intelectual na Construção dos Tribunais Constitucionais*, (BORGES BARBOSA, Denis; GRAU-KUNTZ, Karin; NUNES BARBOSA, Ana Beatriz. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009), onde vêm reproduzidos teores de diversos acórdãos evidentemente pautados pela procura do equilíbrio proferidos por Tribunais Constitucionais estrangeiros de países que merecem o qualitativo de desenvolvidos.

---

ser empregado além de seus limites de exclusivo contra a concorrência de imitação, isto é, de forma a impedir a concorrência de superação inovadora etc.

O pensamento jurídico-filosófico, em resposta aos conflitos sociais que foram surgindo atrelados ao processo de industrialização, crescimento das cidades, formação da classe operária foi, então, se afastando da noção de direitos absolutos e incondicionais<sup>7</sup> e caminhando rumo ao mote do equilíbrio.

Se a ordem brasileira – ou de qualquer outro país civilizado – garantisse direitos patrimoniais absolutos e incondicionados, então o proprietário da fábrica poderia poluir as águas do rio; as regras de zoneamento nas cidades seriam letra morta; as pessoas poderiam denegrir seus próximos sem temer conseqüência alguma; o direito de patente justificaria uma posição de monopólio no que toca a concorrência de superação inovadora etc. No mesmo sentido, um direito patrimonial de autor absoluto e incondicional criaria a figura de autores super poderosos, cujos interesses não precisariam ser compostos e adequados com os interesses dos outros membros do corpo social.

Surpreendem, assim, as reações negativas quanto à redação dos artigos 1 e 3-A do Anteprojeto de Lei proposto pelo Ministério da Cultura, quando neles se postula a relação harmônica do direito de autor com os outros direitos garantidos no bojo da ordem jurídica brasileira. Equilíbrio é sinônimo de estabilidade social. A noção de um direito do criador como sendo capaz de transcender o equilíbrio e harmonia é anti-social e ruinoso para os próprios criadores.

A Lei de Direito de Autor em vigor no Brasil contém sérias imperfeições.<sup>8</sup> O Anteprojeto de Lei, ao procurar sanar essas imperfeições estabelecendo equilíbrio, não está retirando a força e a importância dos direitos dos autores. Pelo contrário, com a tônica do documento na procura de uma eficiente composição dos interesses dos autores – interesses individuais – com os interesses coletivos, o que se procura é proteger o instituto do direito de autor.

Essa preocupação está passando despercebida àqueles que não são capazes de ver o resultado positivo do equilíbrio.<sup>9</sup> Míopes – talvez porque viciados pela idéia de um direito natural de autor “*sagrado*” e absoluto, cuja proteção ilimitada e incondicional seria obrigação cega de um Estado que só existiria para proteger e garantir interesses individuais (esse tipo de Estado não é capaz de garantir coexistência social harmônica) – não tem consciência de estarem agindo como o ganancioso rei Midas, como conta a anedota nas palavras de Ovídio, no livro XI do “*Metamorfoses*”.

---

<sup>7</sup> Ainda a lição de OLIVEIRA ASCENSÃO, José de, (– José: Introdução à Ciência do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pág. 220 s.) sobre o dinamismo que caracteriza o sistema ordem jurídica e que explica as transformações no âmbito da filosofia do Direito: “(...) Acentuaremos o caráter dinâmico do sistema. Nenhum sistema pode estar acabado; e os equilíbrios alcançados são constantemente transcendidos, porque a vida muda e muda o direito que lhe corresponde. O sistema jurídico é assim um sistema sempre em aperfeiçoamento, recompondo-se das quebras e tendendo para um nível superior de justiça. (...)”

<sup>8</sup> Algumas delas serão analisadas nos itensa seguir.

<sup>9</sup> Harmonização, equilíbrio, adequação, compromisso etc. são procedimentos que sempre apresentarão dois saldos, um positivo e um negativo. *A grande utilidade desses procedimentos, portanto, nunca será encontrada no saldo negativo ou no positivo, mas no equilíbrio!* É, assim, impossível ignorar a impressão de que os argumentos daqueles que se prendem apenas ao saldo negativo do processo não são produtos de reflexão feita com a profundidade e o embasamento devidos.

---

Ovídio<sup>10</sup> narra que Silenos, o mestre adorado do deus do vinho Baco, andara bebendo e embriagado fora encontrado por camponeses que o levaram à presença do Rei Midas. Esse, reconhecendo-o, tratou-o com as honras devidas durante dez dias e dez noites. No décimo primeiro dia levou-o de volta a Baco que, cheio de alegria com a volta do mestre, ofereceu a Midas um presente de gratidão. Midas, ganancioso como só, disse: “*Faça que tudo que meu corpo tocar se transforme em ouro brilhante!*” O poderoso e sábio Baco, apesar de reconhecer que a escolha do Rei Midas seria motivo de arrependimento, consentiu em realizar o pedido.

E assim, agraciado com o dom do toque de ouro, Midas se apressou a testar o presente tocando um carvalho, uma pedra, um ramo seco e uma maçã, transformando-os em ouro brilhante. Fascinado pela beleza do metal precioso Midas retornou à sua casa e ordenou aos criados que servissem uma opulenta refeição. Faminto Midas estendeu a mão ao pão e viu este endurecer em um pedaço de metal amarelo. Horrorizado viu que a carne, assim que tocava seus dentes, se transformava em sua boca tomando consistência dura.

O suco das uvas fermentadas diluído em água desceu-lhe pela garganta em forma de ouro líquido. Faminto e com a garganta em chamas de tanta sede a riqueza do ouro perdeu o sentido para Midas. Desesperado ergueu os braços para os céus e implorou aos deuses que o libertassem do toque do ouro, agora não mais dom, mas sim maldição. O benevolente deus Baco, consciente do verdadeiro arrependimento de Midas, aconselhou-o a mergulhar nas águas do rio Pactolo, onde sua culpa e castigo foram lavados de seu corpo. E assim o Rei Midas se libertou do infeliz toque do ouro e as areias do rio se tornaram douradas.

A defesa de um direito absoluto e incondicional do autor, imune ao equilíbrio necessário com outros direitos, ou ainda, a defesa de um direito supra-legal de autor, se revela encantada pela possibilidade do toque do ouro. E a magia do brilho do ouro cega, fazendo passar despercebido que o acesso à cultura, à educação, à informação e ao conhecimento são os alimentos e a bebida que mantém vivo e saudável o processo dinâmico almejado pela instituição jurídica da proteção patrimonial do direito de autor.<sup>11</sup>

O desejo de equilíbrio manifestado no Anteprojeto de Lei apresentado pelo Ministério da Cultura nada mais é do que preocupação em manter o criador seguro e protegido contra o efeito do toque do ouro, ou seja, que o seu direito não acabe sucumbindo como vítima de si mesmo.

Alcançado o equilíbrio, os ganhadores serão todos aqueles que compõem a sociedade brasileira, o que inclui também os autores, posto estes não formarem uma categoria destacada do corpo social brasileiro. A verdade é que quanto mais for desenvolvida culturalmente a sociedade brasileira, maior

---

<sup>10</sup> NASO, Publius Ovidius (Ovídio), *Metamorfoses*, Editora Martin Claret, 2003.

<sup>11</sup> A cegueira causada pela febre do toque de ouro é tão aguda que parece esquecida na argumentação de alguns que a criação cultural exige das partes (autor e sociedade) o envolvimento em processo constante marcado pelo dar e receber, isto é, um processo de interação entre autor e sociedade e sociedade e autor.

será o estímulo ao consumo de bens intelectuais e, conseqüentemente, maior o incentivo econômico para sua produção.

Por fim, a menção explícita pela procura de equilíbrio expressas nas letras dos artigos 1 e 3 – A, que do ponto de vista de técnica jurídica é exemplar, é imprescindível como definição de padrão estrutural do Anteprojeto. Ela nada tem de supérflua. O intérprete que, consciente da preocupação com o equilíbrio, segue analisando o documento chegará a resultados socialmente suportáveis o que, por sua vez, refletirá no bom funcionamento do aparato jurídico de composição de conflitos.

## **2- Da adequação do rol de usos livres do Anteprojeto de Lei com as disposições da Convenção de Berna – Equilíbrio internacional**

Diante de críticas no sentido de que o rol de usos livres proposto no Anteprojeto de Lei apresentado pelo Ministério da Cultura não estaria de acordo com as disposições da Convenção de Berna, procedeu-se a seguir com algumas considerações.

Com relação aos usos livres do direito de autor, assim dispõe a Convenção mencionada:

- “Art 2 bis

*1) Os países da União reservam-se a faculdade de excluir, nas legislações nacionais, parcial ou totalmente, da proteção prevista no artigo anterior os discursos políticos e os discursos pronunciados nos debates judiciários.*

*2) Os países da União reservam-se igualmente a faculdade de estabelecer nas suas leis internas as condições em que as conferências, alocuções, sermões e outras obras da mesma natureza, pronunciadas em público, poderão ser reproduzidas pela imprensa, transmitidas pelo rádio, pelo telégrafo para o público e constituir objeto de comunicações públicas mencionadas no artigo 11 bis 1, da presente Convenção, quando tal utilização é justificada pela finalidade da informação a ser atingida.*

*3) Todavia, o autor tem o direito exclusivo de reunir em coleção as suas obras mencionadas nos parágrafos anteriores.”*

- “Art. 9 (2) *Às legislações dos países da União reserva-se a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras [obras literárias e artísticas] em certos casos especiais, contanto que tal reprodução não afete a exploração normal da obra e nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor.”*

- “Art. 10 (1) *São lícitas as citações tiradas de uma obra já licitamente tornada acessível ao público, com a condição de que sejam conformes aos bons usos e na medida justificada pela finalidade a ser atingida, inclusive as citações de artigos de jornais e coleções periódicas sob forma de resumos de imprensa.”*

- “Art 10 (2) Os países da União reservam-se a faculdade de regular, nas suas leis nacionais e nos acordos particulares já celebrados ou a celebrar entre si, as condições em que podem ser utilizadas licitamente, na medida justificada pelo fim a atingir, obras literárias ou artísticas a título de ilustração do ensino em publicações, emissões radiofônicas ou gravações sonoras ou visuais, sob a condição de que tal utilização seja conforme aos bons usos.”

- “Art 10<sup>bis</sup> (1) Os países da União reservam-se a faculdade de regular nas suas leis internas as condições em que se pode proceder à reprodução na imprensa, ou à radiodifusão ou à transmissão por fio ao público, dos artigos de atualidade, de discussão econômica, política, religiosa, publicados em jornais ou revistas periódicas, ou das obras radiofônicas do mesmo caráter, nos casos em que a reprodução, a radiodifusão ou a referida transmissão não sejam expressamente reservadas. Entretanto, a fonte deve sempre ser claramente indicada; a sanção desta obrigação é determinada pela legislação do país em que a proteção é reclamada.

“Art 10<sup>bis</sup> (2) Os países da União reservam-se igualmente a faculdade de regular nas suas legislações as condições nas quais, por ocasião de relatos de acontecimentos da atualidade por meio de fotografia, cinematografia ou transmissão por fio ao público, as obras literárias ou artísticas, vistas ou ouvidas no decurso do acontecimento podem, na medida justificada pela finalidade de informação a atingir, ser reproduzidas e tornadas acessíveis ao público.”

A leitura do Art. 2 bis não deixa margens para dúvidas. A intenção aqui ao tratar das obras orais é servir à liberdade de informação.<sup>12</sup>

Do conteúdo do dispositivo Art. 9 (2) transcrito retira-se a possibilidade de reprodução das obras literárias e artísticas em certos casos especiais, isto é, em casos em que a reprodução não afete a *exploração* normal da obra e nem cause *prejuízo injustificado* aos interesses legítimos do autor.<sup>13</sup>

Exploração normal é a exploração econômica costumeira.<sup>14</sup> Prejuízo injustificado, por sua vez, é aquele cujo resultado vá além dos limites do equilíbrio de interesses, isto é, que onere o autor frente aos interesses da coletividade além dos limites do razoável e proporcional.<sup>15</sup> Reproduções que não

<sup>12</sup> Massouyé, Guide - the Berne Convention, WIPO, 1978, p. 24-25.

<sup>13</sup> Para a leitura desse dispositivo à luz do TRIPs, vide Panel Report, United States—Section 110(5) of the U.S. Copyright Act, WT/DS160/R (June 15, 2000).

<sup>14</sup> UNCTAD-ICTSD. Resource Book on TRIPs and Development. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 192, referindo-se a uma decisão da OMC: “With regard to the second step of the test, the WTO panel held that “normal” includes both an empirical and a normative component. Thus, the evaluation of an exception under this second step requires an analysis of the way a work is in fact exploited as well as whether the nature of the exploitation is permissible or desirable. The panel held that, while not every commercial use of a work is necessarily in conflict with a normal exploitation; such a conflict will arise if uses of the work pursuant to the exception or limitation “enter into competition with the ways that right holders normally extract economic value from that right.”

<sup>15</sup> Idem, p. 193. “As to the meaning of “interests,” the above panel determined that both economic and non-economic advantage or detriment are covered. With regard to “legitimate” the panel noted that this means an interest authorized by law in the legal positivist sense, as well as a normative concern for protecting those interests that are justifiable in light of the objectives that motivate copyright protection. This suggests that there



---

sejam capazes de causar um estorvo à exploração econômica costumeira da obra intelectual e que não ultrapassem os limites de uma situação equilibrada são permitidas.<sup>16</sup>

No art. 10 (1) vem regulado o direito de citação. Este é expressão de uma adequação (harmonização) dos interesses do autor com os interesses da coletividade. O autor que porventura fosse autorizado a decidir de forma absoluta sobre a utilização de sua obra, impedindo que esta viesse a servir como ponto de partida para manifestações críticas, base bibliográfica de estudos e pesquisas etc. teria em suas mãos um poder desequilibrado em relação aos interesses e necessidades da coletiva. Esse poder se traduziria em um estorvo ao desenvolvimento cultural socialmente desejado. Por essa razão, o conteúdo das faculdades garantidas pelo direito de autor encontra aqui, nos interesses da coletividade vinculados à citação, o desenho de seus limites.<sup>17</sup>

Também no art. 10 (2) nos defrontamos com mais uma lição de adequação de interesses. O bem coletivo que surge como um contrapeso aos interesses individuais do autor é a educação. A redação da norma é ampla. Os norteadores da harmonização entre os interesses em questão são fornecidos pela medida justificada pelo *fim* que se procura atingir e a compatibilidade com o que se normalmente pratica (*fair practice*, ou uso regular).<sup>18</sup>

No que toca ao uso regular, é importante notar que esses são produtos culturais, i.e. que são resultado de convicções sociais que variam de sociedade para sociedade. Não há, assim, um padrão universal de medida de determinação do que será ou não será abarcado pelo conceito de uso regular. Um país que tenha por meta social fornecer educação formal gratuita provavelmente terá um entendimento diferente dos bons usos do que aquele corrente em um país que deixa nas mãos da iniciativa privada a obrigação de educação formal.

---

could be some public policy interests that potentially might weigh in the analysis of what constitutes a “legitimate” interest of the right holder. For example, the free speech objectives that underlie copyright in many countries might suggest that a right holder who wants to use copyright to suppress the communication of certain works may not be exercising the right in a legitimate way. In other words, such an author may not have a “legitimate” right to suppress the communication of his works. Likewise, it could be argued that a right holder who wishes to prevent the free distribution of copies of his work for non-commercial purposes lacks any legitimacy in doing so. While in the case of non-commercial use, the right holder does not run the risk of important economic losses, she/he would at the same time prevent the implementation of a policy that offers a promising potential for the development of a knowledge-based society in less advanced countries. Finally, with regard to the term “prejudice” the panel held that an exception or limitation that “has the potential to cause an unreasonable loss of income to the copyright owner” is unreasonable and rises to the level of prejudice against the author”.

<sup>16</sup> Quanto à reprodução privada da obra vide infra, número 4.

<sup>17</sup> Como nota Massouyé, op. cit., p. 58-59. Este dispositivo tem um balanceamento específico, o que faz entender que a citação, como elemento essencial da construção do conhecimento, está isento da regra dos três passos do art. 9(2). Os requisitos aqui são que a citação seja compatível com o que se normalmente pratica e justificada por seu propósito.

<sup>18</sup> Como nota Massouyé, op. cit. p. 60, Berna não limita esse uso educacional a quaisquer pequenos trechos, nem se limita a obras literárias. De novo, esse uso livre é que seja compatível com o que se normalmente pratica e justificada por seu propósito.

---

Seguindo a mesma linha do raciocínio da necessidade de equilíbrio entre os interesses privados do autor e os interesses coletivos a Convenção de Berna também prevê a adequação dos interesses individuais do autor com o interesse coletivo de informação (incisos do art. 10<sup>bis</sup>).

Além desses usos livres transcritos, cabe ainda destacar que, como ensina v. LEWINSKI,<sup>19</sup> no âmbito da Convenção de Berna também são reconhecidas usos livres não escritos, convencionados tacitamente, conhecidas como “*implied exceptions*”, que permitem aos Estados acordantes determinarem usos livres de material protegido pelo direito de autor em relação à apresentação, transmissão, gravação e exploração cinematográfica de obras em hipóteses que envolvam um valor econômico qualificado como insignificante ou inexistente. Seguindo a lição de v. LEWINSKI, esses casos foram considerados pelos delegados que participaram da Conferência de Revisão da Convenção de Berna, reunião que deu origem ao documento cujo Brasil é signatário, como tão comuns e variados, de forma que não seria possível listá-los no texto da Convenção sistematizando-os sob um conceito gramatical genérico. Dessa forma os delegados acordaram durante as negociações no sentido de que esses tipos de usos livres poderiam continuar previstos nas leis nacionais sem que isso significasse afronta aos direitos convencionais. Exemplos circunscritos nessas hipóteses seriam as apresentações musicais durante missas, o concerto de banda militar, a apresentação de música em evento sem fins lucrativos ou no âmbito de comemorações de um feriado etc.

A tônica de justificativa desse tipo desse uso livre tácito é o valor econômico insignificante da utilização da obra<sup>20</sup> o que, por sua vez, deixa mais uma vez evidente o entendimento de que o vínculo da proteção do direito patrimonial de autor, como já bem diz o qualificativo *patrimonial*, está vinculado à exploração econômica da obra (e nunca em relação à utilização privada da obra, vide *infra*).

Da análise das disposições da Convenção de Berna retiramos que a proteção patrimonial internacional garantida ao autor foi desenhada em consideração com a interação dos interesses individuais do autor com uma série de interesses coletivos, como o interesse à educação, ao acesso a informação etc.

Também a Convenção de Berna se preocupou com o equilíbrio.

O rol de usos livres do direito patrimonial de autor no Anteprojeto de Lei ou, em outras palavras, a linha do desenho do direito patrimonial do autor no documento proposto pelo Ministério da Cultura, não vai, em linhas gerais, além da linha delimitadora proposta internacionalmente pela Convenção de Berna. Não se há assim de falar em inadequação do Anteprojeto com as normas convencionais.

### 3- Direito de autor e Concorrência

---

<sup>19</sup> V. LEWINSKI, Silke, in *Handbuch des Urheberrechts* (Org. LOEWENHEIM), München, C.H. Beck: 2003, pág. 900.

<sup>20</sup> É a chamada doutrina das “exceções menores”, consagrada pelo caso United States—Section 110(5) of the U.S. Copyright Act,



Também surpreendentes são as críticas no sentido de que o texto do Anteprojeto de Lei apresentado pelo Ministério da Cultura não deveria determinar ser necessário procurar uma relação de equilíbrio entre Direito de Autor e Direito Concorrencial e da Livre Iniciativa, uma vez que entre aquele e esses não haveria relação jurídica qualquer.

O direito garantido aos autores no art. 5 XXVII da Constituição brasileira é um direito de natureza patrimonial, o que, por sua vez, pressupõe necessariamente que seu objeto – a obra – seja dotada de valor econômico. *Não há direito patrimonial sem objeto dotado de valor econômico como, também, não há objeto dotado de valor econômico sem mercado.*

O exclusivo patrimonial é exercido pelo autor quando ele, convencido de haver procura no mercado, oferece a obra ao consumidor mediante o pagamento de um preço. Nesse momento, quando a obra é explorada economicamente, quer dizer, quando é oferecida ao mercado por um preço, ela nada mais é do que *mercadoria*. Quem paga pela utilização da obra é *consumidor*. Quem atua no mercado é *agente econômico*. E, obviamente, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro não garante ao autor um salvo conduto de atuação no mercado – autores não fazem parte de uma categoria especial de agentes econômicos – deve ele, a exemplo do que vale a qualquer um que atue no mercado, respeito às regras que pautam as relações econômicas, i.e. aquelas de natureza concorrencial, de proteção ao consumidor etc.

De outro lado, nas hipóteses em que a obra é incorporada num objeto de circulação e consumo, como um disco ou DVD, o direito autoral - especialmente naquilo que o direito atual e mesmo o do Anteprojeto aceita o uso de meios de controle digital ao acesso à obra (os chamados DRM, previstos no art. 107 da lei vigente) - o Direito do Consumidor na sua manifestação do respectivo Código é uma contenção necessária ao abuso de restrições, que podem coibir até mesmo o que é uso livre. Quem tenta impedir que o público faça os usos livres da obra, através de mecanismos tecnológicos, infringe os direitos que a Constituição assegura a todos consumidores.

As críticas proferidas em relação à procura do equilíbrio entre o Direito de Autor e os direitos econômicos no Anteprojeto de Lei partem de premissa equivocada, posto que têm por fundamento a falta de *utilidade prática* da obra – a obra satisfaz necessidades estéticas, ou intelectuais,<sup>21</sup> o que a faz diferente de um eletrodoméstico, por exemplo. Porém, a natureza da motivação que leva o consumidor a procurar o bem no mercado – seja ela utilitária ou estética/intelectual – em nada atinge o fato dele ter de pagar por ela o que, por sua vez, corresponde à compensação econômica (vantagem patrimonial) do autor.

Em miúdos, para que reste bem esclarecido, da mesma forma que o consumidor só poderá aproveitar a utilidade do aparelho eletrodoméstico se pagar o preço exigido por ele no mercado, o consumidor somente poderá desfrutar do conteúdo intelectual da obra literária ou o conteúdo estético de uma pintura na parede de sua sala se pagar o preço exigido pelo livro ou pelo quadro; aqui a essência do

---

<sup>21</sup> O afirmado não se deixa aplicar aos programas de computadores, bases de dados etc., o que ressalta a artificialidade de garantir proteção autoral a esse tipo de “obras”.

direito exclusivo patrimonial garantido ao autor. Sem o mercado o autor, bem como o fabricante do eletrodoméstico, não terá chance alguma de retorno econômico. A natureza da motivação que leva as pessoas a desejarem o acesso às obras intelectuais em nada atinge o fato do acesso desejado ser alcançado no mercado. E os acontecimentos no mercado estão sujeitos à obediência de regras.

O que surpreende no raciocínio acima exposto nem é tanto o equívoco na premissa do raciocínio – a motivação do consumidor e a falta de utilidade prática da obra intelectual não lhes roubam o caráter de *bem* intelectual, i.e. *mercadoria* – mas antes a falta de consciência das consequências que vêm atreladas ao raciocínio: ao negar o caráter de bem intelectual à obra tira-se do direito de autor seu valor econômico (patrimonial). Rouba-se do autor o seu pão!

#### 4- Direito de Autor na Constituição: sobre a utilização pública e privada

O direito de autor brasileiro não garante ao autor o controle exclusivo de atos de natureza privada. Para provar o afirmado determina-se o conteúdo da garantia constitucional o que, por sua vez, reporta à determinação da natureza da exclusividade contida nos atos de *utilizar, publicar e reproduzir*. O Art 5, XXVII da Constituição brasileira assim dispõe:

*“aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”*

- *Utilização*: direito de *utilização* exclusiva da obra a que se refere o inciso constitucional é limitado à sua utilização patrimonial (econômica). Em outras palavras, o dispositivo constitucional garante ao autor apenas um direito exclusivo de controle de utilização patrimonial da obra. A utilização privada da obra não está contida na garantia constitucional do exclusivo. As razões que levam a essa conclusão são encontradas e facilmente explicadas pela própria natureza dos *bens intelectuais* que, ao contrário do que ocorre no que toca à utilização de bens materiais, pressupõe necessariamente a adesão da obra intelectual ao patrimônio cultural pessoal daqueles que dela tomem conhecimento.

JOHANN GOTTLIEB FICHTE<sup>22</sup>, partindo da análise da utilização da obra literária, começa explicando o acima afirmado lembrando que geralmente não se compra um livro para, com suas páginas impressas, decorar paredes, mas antes para tirar um *proveito intelectual* dele.

A compreensão do processo de *aproveitamento intelectual* da obra (utilização pessoal da obra) pede, no raciocínio do filósofo, distinguir entre dois conceitos, quais sejam o de conteúdo material (idéia) e o de *forma de expressão do conteúdo*.

---

<sup>22</sup> FICHTE, Johann Gottlieb. *Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdruck*. 1791, publicado pela primeira vez em 1793.

A forma de expressão do conteúdo é o objeto de proteção do direito de autor, enquanto que o conteúdo material (idéia) não é protegido pelo direito de autor. Tanto o conteúdo material do livro de nossa ilustração, como a forma de expressão do conteúdo, só podem vir à tona através do ato da leitura.

Ao proceder à leitura de uma obra literária o leitor reflete sobre o seu conteúdo material, incorporando-o, assim, às suas próprias idéias. Ao adquirir o suporte físico que contém o conteúdo e a forma de expressão do conteúdo, então, o comprador adquire necessariamente *a possibilidade de incorporar a idéia do autor às suas próprias idéias*. Aqui a essência do *aproveitamento intelectual*.

O exposto permite, por um lado, no que toca às obras do espírito, compreender a razão do direito de autor não proteger o conteúdo material daquelas, mas antes apenas a *forma de expressão* do conteúdo. Por outro lado, e aqui o ponto que mais nos interessa no momento, ainda esclarece porque a utilização privada da obra intelectual jamais poderá estar sujeita a um direito exclusivo de autor, posto que a garantia desse direito exclusivo exigiria que aquele que tem contato com a obra não a incorporasse ao seu patrimônio intelectual.

Isto posto, o dispositivo constitucional não pode estar se referindo a um direito exclusivo de autor sobre a utilização da obra para além dos limites do âmbito patrimonial. Esse tipo de direito exclusivo é impossível.

- *Publicação*: A expressão “publicação” adotada no dispositivo constitucional corresponde, seguindo a lição de OLIVEIRA ASCENSÃO, ao ato de *divulgação*.<sup>23</sup> Ela caracteriza, ainda na lição do professor lusitano, juntamente com o ato de reprodução, categorias da utilização.<sup>24</sup> Uma vez que só é protegida constitucionalmente a utilização pública da obra, i.e. a utilização comercial (patrimonial), também o ato de publicação só poderá ser vinculado a uma prerrogativa de natureza patrimonial. E assim acontece, de fato, na legislação infraconstitucional.

Divulgar é tornar público. Aparentemente, seguindo OLIVEIRA ASCENSÃO, o direito de divulgação (publicação) poderia parecer ser um direito pessoal (direito moral do autor). Mas não é assim. Prova disso é a forma como o direito de publicar é previsto na Lei de Direito de Autor, podendo ser efetivamente transferido a alguém, ou seja, não sendo dotado de inalienabilidade autônoma que caracteriza os direitos morais. Ademais, a divulgação reveste ainda a forma de algumas formas de exploração previstas na legislação autoral. O direito de publicação, resta evidente, é prerrogativa patrimonial do autor.

---

<sup>23</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. Direito Autoral. 2ª edição. Renovar: 1997. Pág. 119.

<sup>24</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, José de Direito Intelectual, Exclusivo e Liberdade, in Revista da ABPI – nº 59 – Jul/Ago 2002 – pp. 40 e ss: “O sentido das regras constitucionais brasileiras é claramente o de estabelecer liberdades, e não de estabelecer exclusivos”. (...) “Não só utilização é termo por demais genérico, como publicação e reprodução se sobrepõem em grande parte. O núcleo estará na referência à utilização. Mas não teria sentido que a lei estivesse garantindo a utilização privada. Direito à utilização privada todos temos. O que está em causa é a utilização pública, que fica condicionada à autorização do autor.”

- *Reprodução*: O ato de reprodução, por sua vez, diz respeito à produção de cópias da obra. Também ele é categoria de utilização que, por sua vez, como vimos *supra*, é limitada ao aproveitamento público (comercial, ou ainda patrimonial) da obra pelo autor.

O que se afirma resta evidente com a proposição de uma suposição e a análise de suas consequências jurídicas: se o legislador constitucional estiver garantindo ao autor um direito de controle de produção de cópias para além do âmbito patrimonial, i.e. para além do controle de cópias realizadas por terceiros com a intenção de exploração econômica, então ele estaria dando ao autor carta branca para invadir e controlar o âmbito privado de todos aqueles que tivessem acesso a exemplares de sua obra. Uma garantia de controle desse porte incluiria o direito de controlar, por exemplo, a correspondência ou o diário da adolescente que ousasse reproduzir sem a autorização do poeta seus versos. Da mesma forma o autor teria o direito de controlar o rapaz que gravasse em sua garagem o som do seu violão ao tocar uma música, obra intelectual de um terceiro.<sup>25</sup>

O absurdo dos exemplos acima oferecidos salta aos olhos. A norma constitucional que garantisse ao autor o controle do uso privado de sua obra estaria concomitantemente garantindo a ele um direito de controle que pressuporia, necessariamente, uma violação de intimidade e da vida privada de terceiros. Esse tipo de autorização seria digna de ser adicionada à representação da anti-utopia daquele conhecido romance de George Orwell.

Note-se, ainda, que a Lei de Direitos de Autor em vigor, bem como o texto do Anteprojeto de Lei apresentado pelo Ministério da Cultura, é clara na determinação de pertencerem ao autor os *direitos morais e patrimoniais* sobre a obra que criou. Não há garantia algum ao autor de prerrogativas de controle da utilização privada de sua obra.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> Quanto ao qualitativo público e privado, a lição de MORAES, Walter Moraes: Posição Sistemática do Direito dos Artistas Intérpretes e Executantes, Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais S/A, 1973, páginas 91/92: "... como pública deve entender-se a circunstância em que se realiza o ato de interpretação ou execução, ou seja, o próprio desempenho artístico. Execução pública é a que se desempenha em público; e esta seria a circunstância que dá origem a todos os direitos do artista sobre a sua execução, nos termos da Lei. Qual a situação de fato que se pode considerar pública? Não se trata de um critério local; execução pública não é a ocorrida em lugar público necessariamente, pois o artista pode executar para o público a partir de um ambiente privado, como um estúdio de radiodifusão ou uma residência particular; pode, por outro lado, atuar em lugar público uma execução não pública, como a pessoa que canta ou declama num parque ou numa praia para um círculo privado. Tampouco se trata de um critério numérico ou quantitativo; pública não é necessariamente a execução dirigida a uma multidão de pessoas, porque o artista que interpreta para uma multidão de convivas não realiza com isso uma execução pública. É pública a execução, diz Ernst Müller, "quando o círculo de ouvintes não é determinado individualmente"; são públicas, prossegue, antes de tudo, as execuções em praças públicas, em locais de diversão aos quais qualquer um pode ter acesso. (Ernst Müller, *Das Deutsche Urheber und Verlagsrecht*, § 27, pág. 99) ... Cuidando, pois, de superar o defeito conceitual de Müller, dizemos simplesmente que pública é a execução acessível a qualquer pessoa. Pela letra da Lei, só à sua execução pública tem direito o artista. A execução privada, portanto, bem como as suas implicações gerais, escapam à esfera legalmente demarcada para o exercício dos direitos do executante."

<sup>26</sup> Aliás, até onde se tem conhecimento, nunca vimos nos países ocidentais uma legislação de direito de autor que garantisse a esse a prerrogativa de controle da intimidade alheia, elemento essencial para a garantia de um direito exclusivo que transbordasse os limites da natureza patrimonial.

Por fim, destaca-se que, uma vez que a reprodução privada não afeta a exploração econômica da obra, e uma vez que a reprodução privada da obra não causa prejuízo algum aos interesses legítimos do autor, já que apenas legítimos os interesses de natureza patrimonial e pessoal (direito moral), posto que só esses interesses são legalmente protegidos, não se há de falar em violação das disposições da Convenção de Berna.<sup>27</sup>

Insistindo no exposto, agora em outras palavras, *o controle da reprodução privada foge ao âmbito do direito exclusivo garantido ao autor*. O direito exclusivo reconhecido ao autor constitucionalmente, uma vez que direito patrimonial, limita-se à prerrogativa de controle de cópias realizadas com fins econômicos.

Isto posto e esclarecido é simples compreender características diversas das relações entre a) titulares de direito de autor e cópia privada, b) titulares de direito de autor e produtores de aparelhos de reprografia e c) produtores de aparelhos de reprografia e pessoas privadas.

No que toca à relação entre o titular do direito de autor e cópia privada a questão já foi analisada: os titulares não têm prerrogativa alguma de controle de cópias privadas. Em referência à relação entre titulares de direito de autor e produtores de aparelhos de reprografia esses devem àqueles uma compensação remuneratória, uma vez que assentam e exploram através de suas *atividades econômicas* os direitos exclusivos de autor. Por fim, a relação entre os produtores de aparelhos de reprografia e aqueles que adquirem suas máquinas é uma relação típica entre agentes econômicos e consumidor, i.e. ela em nada afeta relações de direito de autor.

Na mesma linha da relação entre produtor de aparelhos de reprografia e consumidor deve ser compreendida a relação do prestador de serviços de reprografia e o consumidor. Esse último pode, legalmente, lançar mão dos serviços daquele (serviços de cópia), e aquele pode, legalmente, prestar serviços para o consumidor, desde que a reprodução desejada seja feita com objetivo privado. A relação que legitima uma remuneração compensatória é aquela entre prestador de serviços de cópias e autor.<sup>28</sup>

As propostas e manifestações que clamam pela limitação ou proibição de cópias privadas, ou que pretendem que estas sejam pagas em relação ao âmbito privado da obra, indicam grande dificuldade de compreensão do instituto do direito de autor e de identificação da natureza das relações entre titular de direito de autor, produtor de aparelhos de reprografia e consumidor. *No que toca à questão da reprografia quem deve ao autor uma remuneração compensatória são os produtores de aparelhos de*

---

<sup>27</sup> Reportando a lição de OLIVEIRA ASCENSÃO, José de, ob.cit., pág. 161. “(...) *O exclusivo do autor não colide com a faculdade genérica de uso privado por qualquer um. O que significa que a esfera do uso privado está fora do círculo reservado ao autor. A revisão de Estocolmo da Convenção de Berna, ao introduzir o direito de reprodução, admitiu também restrições, desde que não atinjam a exploração normal da obra nem causem prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor. Mas não abrange o uso privado, pois só atinge as formas de limitação do exclusivo de exploração econômica.*” (grifo nosso).

<sup>28</sup> O Anteprojeto de Lei apresentado pelo Ministério da Cultura prevê a remuneração compensatória nesse caso. Note-se que a implementação desse dispositivo, se incorporado em dispositivo legal resultante do Anteprojeto, deve atentar para a dimensão em que o repasse dessa remuneração vir a transformar o público em contribuinte de fato desse ônus, em tudo que isso importa em contenção do direito ao uso livre.

---

*reprografia e aqueles que prestam serviços de reprografia*<sup>29</sup>, e não aquele que no âmbito de suas atividades privadas faz uso do bem de consumo (os aparelho de reprografia) que licitamente adquiriu. Aqueles que clamam por remuneração compensatória por cópia privada estão reclamando por um direito de remuneração em cima de um direito que não tem e nunca tiveram. Quem deve remuneração compensatória é quem explora comercialmente os direitos de autor e não aquele que faz uso privado da obra.

b) Uma vez que o direito garantido ao autor no dispositivo constitucional acima transcrito é de natureza puramente patrimonial, então qualquer negativa do uso privado da obra por terceiro no bojo da lei ordinária é inconstitucional.

Mais especificamente, o dispositivo na Lei de Direito de Autor em vigor, que limita a cópia *privada* a pequenos trechos da obra, bem como o dispositivo no corpo do Anteprojeto de Lei que limita a reprodução *privada* a um exemplar, extrapolam grotescamente os limites do direito constitucionalmente garantido.

Recomenda-se, assim, com veemência, que não se inclua qualquer vedação às cópias privadas no corpo do Anteprojeto de Lei, sob pena – caso a disposição seja mantida no texto de Lei reformada – de ser objeto de posterior Ação de Inconstitucionalidade.

Uma adequação gramatical do dispositivo ao âmbito de garantia de controle exclusivo patrimonial do autor poderia ser encontrada em uma regra que determinasse quantitativamente a partir de que momento se estaria deixando o âmbito do privado e se aproximando de reproduções que poderiam presumir objetivos econômicos. Note-se, porém, que para sanar o risco de inconstitucionalidade da regra este limite quantitativo deverá necessariamente ser definido mediante critérios razoáveis e proporcionais (aqui se trata de composição de liberdades individuais), quer dizer, estar *adequado à realidade tecnológica*. Deve-se levar em consideração a variedade de suportes capazes de reprodução acessíveis a um consumidor médio. Essa determinação será variável dependendo de uma série de fatores que envolvam casos concretos. Nesse sentido o ideal seria deixar que o judiciário se ocupe da fixação da quantidade de cópias que determinariam o limite entre o ato de cópia privada (não abarcada pelo direito de autor) e o ato de reprodução comercial, cujo controle é exclusividade do autor.

c) Como visto *supra*, os círculos de poder e de proibição garantidos *não atingem as utilizações privadas*, mas antes apenas as públicas (natureza comercial, ou patrimonial).

Vamos, pois, reexaminar os dispositivos da Lei de Direitos Autorais, à vista da discriminação entre público e privado, considerando público o que ocorre no seio da empresa, já que sua atividade se dirige ao mercado, que é público.

---

<sup>29</sup> Vide artigo 88 do Anteprojeto



No art. 29, a reprodução parcial ou integral (I) só pode ser considerada ilícita quando se tratar de *multiplicação* (para fins de comércio), o que equivale à edição (II). A adaptação e outras transformações (III), a tradução (IV) e a inclusão em fonograma ou audiovisual (V) não é ilícita se realizada no âmbito da vida privada, no recesso familiar. Todos os atos de *execução* relacionados nas letras a) a g) do inc. VIII são excluídos do círculo de proibição, de acordo com interpretação sistemática em consonância com o art. 68 e seus §§. Se o emprego de meios tecnológicos de informação (letras h e i do inc. VIII) se realiza entre particulares, no ambiente privado, também não ocorre infração.

O mesmo vale para a letra j) do mesmo inciso: a exposição de obras de artes plásticas e figurativas no ambiente privado é livre. Da mesma forma, a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento são livres para os particulares, pois a regra tem de ser a mesma que se aplica às obras de artes plásticas e figurativas (nem se diga que a reprodução de obra de arte plástica depende de autorização do autor, de acordo com os arts. 77 e 78, pois vale o mesmo *discrímén* entre público e privado — que o digam os estudantes de arte que copiam as pinturas exibidas em Firenze, meticulosamente, *para uso privado*).

Assim, o art. 30 e seu § 1º são abundantes, se não de carácter meramente didático, ao esclarecer que “o titular dos direitos autorais poderá colocar à disposição do público a obra” (caput), bem como aquele devidamente autorizado pelo titular (§ 1º).

O círculo de proibição é esclarecido nos arts. 102 e segs., relativos às sanções civis às violações de direitos autorais.

O art. 102 confere ao titular o direito de apreender os exemplares reproduzidos ou suspender sua *divulgação*. O art. 104 estabelece a responsabilidade solidária para aquele que *distribuir...* obra ou fonograma reproduzido com fraude, com a finalidade de *vender*, etc... (a reprodução privada não é feita com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem). No mesmo sentido deve ser interpretado o art. 105, que cuida da suspensão da transmissão, da retransmissão e da comunicação *ao público* de obras, interpretações e fonogramas.

## **5- Licença não voluntária**

O licenciamento não voluntário impõe ao autor o dever de contratar o que, por sua vez, implica necessariamente no respeito ao seu direito de receber compensação econômica justa pela exploração de sua obra intelectual. Licença não voluntária, então, não pode ser confundida com “desapropriação”.

---

Pelo contrário, ela apenas obriga o autor, tendo em vista interesses outros justificáveis, a contratar. Nessa linha os dispositivos previstos no Anteprojeto de Lei apresentado pelo Ministério da Cultura.<sup>30</sup>

Em sua essência a licença não voluntária é um mecanismo refinado para se alcançar equilíbrio jurídico.<sup>31</sup> O direito de autor, já dissemos, é reconhecido dentro do sistema da ordem jurídica e, assim, deve estar em adequação e interação com aos outros direitos hierarquicamente semelhantes que, em conjunto, dão corpo ao sistema legal. As situações que deixam antever a possibilidade de licença não voluntária são caracterizadas por pluralidade de interesses envolvidos.

Por um lado há o interesse patrimonial do titular da obra em tirar proveito econômico dela - direito que não é nem absoluto e muito menos “sagrado”.<sup>32</sup> Por outro lado vemos a obrigação do Estado de garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes de cultura nacional, apoiando e incentivando a difusão das manifestações culturais.<sup>33</sup> Ademais, lembrando a importância do bem intelectual na economia moderna, onde o capitalista não é mais necessariamente o dono do capital, mas o dono do conteúdo intelectual, cuidando que obras intelectuais estejam à disposição do público no mercado o Estado fomenta ainda a economia nacional. Por fim, ainda vemos envolvidos os interesses econômicos daqueles que se dispõem a explorar a obra que se pretende dar em licença, isto é, seus interesses de segurança jurídica em relação ao investimento que se propõem a fazer.

O mecanismo da licença não voluntária logra compor de forma razoável todos esses interesses. Por meio dela o Estado cumpre com suas funções-obrigações culturais e de fomentador do desenvolvimento econômico nacional, sem prejudicar o titular dos direitos de autor, posto ser este remunerado pela exploração da obra licenciada, enquanto que ao mesmo tempo aquele que se propõe a explorar a obra sobre regime de licença não voluntária terá em suas mãos um título que lhe dá a segurança jurídica necessária para levar a cabo o empreendimento.

---

<sup>30</sup> Vide art. 52- B, § 2º “Todas as hipóteses de licenças não voluntárias previstas neste artigo estarão sujeitas ao pagamento de remuneração ao autor ou titular da obra, arbitrada pelo Poder Público em procedimento regular que atenda os imperativos do devido processo legal, na forma do regulamento, e segundo termos e condições que assegurem adequadamente os interesses morais e patrimoniais que esta Lei tutela, ponderando-se o interesse público em questão.”

<sup>31</sup> O mecanismo da licença compulsória vem previsto em leis estrangeiras, é uso nos EUA e nos países da União Européia, quer dizer, não causa comoções nos países mencionados.

<sup>32</sup> No Brasil há separação entre religião e direito, ou seja, diferentemente de algumas sociedades islâmicas, leis religiosas ou opiniões de líderes religiosos não tem força de lei. Nesse sentido um eventual caráter “sagrado” que se possa pretender ao direito de autor não poderá ser considerado na determinação da finalidade da garantia legal da proteção.

<sup>33</sup> O direito de acesso à informação aparece desde logo no art. 5º, cujo inciso XIV garante a todos o acesso à informação, e, também, no XXIII que subordina a propriedade à sua função social. Bem assim os arts. 215 e 219, que se referem, respectivamente, ao acesso às fontes da cultura nacional e ao desenvolvimento cultural. É desnecessário lembrar que sem acesso a informação não há desenvolvimento. Nesse sentido devem ser autorizados a pedir licença compulsória tanto os entes públicos como os privados.

---

Esse raciocínio em nada se contrapõe à lógica jurídica do ordenamento brasileiro ou a dos textos dos documentos internacionais vinculativos no Brasil.<sup>34</sup> Muito pelo contrário, o mecanismo é a consagração da procura por equilíbrio, um fator essencial para que se alcance estabilidade social.

---

<sup>34</sup> No plano internacional nada obsta à previsão de licença não voluntária. Pelo contrário, o mecanismo é comum em outras áreas do direito sobre bens intelectuais, como o direito de patente, por exemplo. Sua importância e funcionalidade desponta evidente no seguinte episódio histórico: como já dito *supra*, a garantia do direito de “propriedade” ao titulares de bens intelectuais foi uma conquista revolucionária, i.e. um meio de combater a intervenção estatal do sistema mercantilista nos negócios jurídicos que tinham por objeto bens intelectuais. O mote do pensamento liberal era: Quem é proprietário é livre para dispor de seu bem da maneira que mais lhe aprouver. Na prática, porém, logo ficou evidente que esse direito de propriedade sem limites criava situações que depunham contra o próprio objetivo que levava à sua garantia, qual seja o de garantir a liberdade econômica. Frente ao uso abusivo do direito de propriedade sobre as invenções, muitos economistas na Alemanha nos tempos de Bismarck viam no direito de patente um risco à liberdade de determinação econômica (um direito tão fundamental no estado liberal quanto o de propriedade), o que caracteriza um verdadeiro paradoxo, quando se tem em vista o papel ideológico da garantia da propriedade intelectual. Em consequência disso Bismarck suspendeu em 1868 o direito de patente, alegando que ele seria antieconômico. A decisão foi criticada e em 1873 o sistema de patente voltou a valer na Alemanha, mas agora contendo um corretivo importante, qual seja o instituto da licença não voluntária.