

DIREITO AUTORAL DAS OBRAS LITERÁRIAS

Marcio André Conde Martins¹

Resumo: Os direitos autorais atualmente são foco de muita controvérsia, pois com as novas tecnologias a cópia passou a fazer parte da vida de pessoas comuns, tornando-se uma ameaça aos titulares de direitos autorais. Contudo, se com a modernidade os direitos autorais passaram a ser, em tese, mais violados, por outro, com os meios de reprodução mais acessíveis, mais pessoas puderam ter acesso a informações antes contidas apenas em livros cuja disponibilidade era difícil e cara. Portanto, latente é a relação de tensão entre o direito de exclusividade do autor e o direito à informação, educação e cultura da população em geral. O artigo analisa a questão da cópia privada no contexto de seu uso educacional face ao Direito Autoral brasileiro. Para melhor compreensão do tema, a primeira parte volta-se à análise dos aspectos conceituais do instituto do Direito autoral, partindo de sua natureza jurídica e do objetivo da proteção autoral. A segunda parte dedica-se aos limites dos Direitos autorais analisando-se a questão da função social aplicada à propriedade intelectual, bem como o direito à educação. Em seguida, é feita uma análise da lei brasileira e, de acordo com as conclusões retiradas desta análise, traça-se uma hermenêutica constitucional baseada na doutrina do *fair use*. Assim, utiliza-se esta interpretação para a análise das diversas questões relacionadas à cópia privada com fins educacionais.

Palavras-Chave: Direitos Autorais; função social; educação; *fair use*; uso legítimo; cópia privada.

¹ Mestre em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, especialista em Direito Privado e Processo Civil pela UGF, Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região – conde.marcio@gmail.com

1 . INTRODUÇÃO



proteção autoral é relativamente recente na história se comparada aos demais institutos do direito civil. Foi apenas com a criação da imprensa e com a facilidade de reprodução dos livros que a propriedade intelectual passou a ser atrativa comercialmente.

Contudo, através destes anos – e especialmente a partir da terceira revolução industrial – novos meios de reprodução de obras intelectuais passaram a ser inventados muito rápido, e os processos de cópia tornaram-se mais simples e acessíveis para a população em geral.

Diante desses acontecimentos, o Direito se viu diante de um impasse: onde começa e termina os direitos autorais dos criadores, quando permitir o uso do direito autoral, sem que haja autorização expressa (denominado uso legítimo), e onde começa a sua violação.

No tocante ao uso legítimo, o direito brasileiro, através da Lei nº 9.610/1998, designou um rol taxativo de usos que não violam o direito do autor. No entanto, confrontando-se com a realidade do país, a lei acabou colocando na ilegalidade uma série de práticas já correntes, o que culminou numa incoerência entre o ordenamento jurídico e a situação fática.

Neste trabalho, analisar-se-ão cientificamente os fundamentos e limitações do direito autoral das obras literárias. Limitar-se-á ao estudo desse conflito no que diz respeito à cópia privada de obras literárias para fins educacionais. Pretende-se confrontar diferentes dispositivos do ordenamento de forma a delimitar a exata dimensão desse uso e os critérios para sua identificação.

2. NATUREZA JURÍDICA

A definição da natureza jurídica desse instituto é fase essencial para o exame de suas limitações, visto que assim poderemos definir a quais aspectos deveremos adotar os critérios de limitação da propriedade real e a quais aspectos aplicaremos os limites dados aos direitos da personalidade.

Propriedade Intelectual é um tipo de propriedade intangível e incorpórea. Por este motivo, é diferente da propriedade sobre um automóvel, uma mesa, uma cadeira ou um livro. Ela diz respeito a segredos, nomes, ideias ou, pelo menos, a expressão de ideias e conceitos similares.

Assinala João da Gama Cerqueira que o conceito de propriedade imaterial abrange tanto os direitos relativos às produções intelectuais do domínio literário, científico e artístico, como os que têm por objeto as invenções e os desenhos e modelos industriais, pertencentes ao campo industrial:

“Tendo a mesma natureza, o mesmo objeto, i.e., criação intelectual, e o mesmo fundamento filosófico, além de possuírem acentuada afinidade econômica-jurídica e apresentarem inúmeros pontos de contacto; esses direitos formam uma disciplina jurídica autônoma, cuja unidade doutrinária e científica repousa na identidade dos princípios gerais que regem seus diversos institutos”.²

Portanto, a *Propriedade Intelectual* é gênero da qual são espécies tanto os *Direitos Autorais* (que têm por objeto obras de criação literária, artística e científica) quanto a *Propriedade Industrial* (concernente às invenções patenteáveis, marcas de indústria e de comércio etc.).

Classicamente adotou-se a ideia de que o direito autoral teria natureza real. Esta teoria “inspirou as primeiras leis reconhecendo um *direito de propriedade* sobre a obra.”³ Segundo CERQUEIRA, “as obras do engenho humano, literárias, artísticas e científicas, são obras, como o tijolo, a pedra britada, o aro

² CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da Propriedade Industrial*, Rio de Janeiro: Forense, 1946, p. 56

³ PROAÑO MAYA, Marco. *Direito de autor: um direito universal*. Tradução de J. C. Müller Chaves. Rio de Janeiro: Ed. do Livro, 1995, p. 24

de ferro, o cano de chumbo e a cerca.”⁴ O antigo Código Civil Brasileiro de 1916 adotou esta concepção quando tratou dos Direitos do Autor no capítulo VI, “Da propriedade literária, científica e artística”, dentro do título II “Propriedade”.

O instituto da propriedade permitiu explicar vários aspectos do direito de autor, como o seu efeito *erga omnes* e as suas faculdades exclusivas. As primeiras críticas a essa teoria apontaram para a temporalidade das faculdades econômicas do titular e para as situações excludentes de violação. Mas os seus defensores incorporaram estas críticas, entendendo estas peculiaridades como regras em prol da função social da propriedade.

Aliás, tratar esse instituto como propriedade corrobora com a tese de que não se pode conceber um conceito unívoco de propriedade. De acordo com Pugliatti esse conceito, além de variar de acordo com o tempo e a sociedade no qual se desenvolve, também varia de acordo com o objeto (aspecto objetivo) sobre o qual recai (e com os titulares do direito - aspecto subjetivo)⁵.

Se fixarmos os olhos na diversidade de tratamento dado à propriedade pela Constituição da República perceberemos a necessidade de confronto do conceito unitário com a nova realidade e a insuficiência da visão unitária para solução das diversas questões oriundas do mesmo fenômeno jurídico. Esse confronto pode produzir conceitos novos ou a reconstrução do conceito para adequá-lo às novas realidades.

Com efeito, nos ensina a lição de Pontes de Miranda que “a respeito de qualquer desses objetos (*propriedade industrial, literária, científica e artística*) há direito de propriedade. Os

⁴ CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. A Propriedade Intelectual. *Juris Poiesis*. Número 4. Disponível em <http://www.estacio.br/graduacao/direito/revista/revista4/artigo10.htm>. Acesso em 10/06/2009

⁵ PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà nel nuovo diritto*. Milano: Giuffrè, 1964. *La proprietà e le proprietà*.

direitos de autor extinguem-se após determinado tempo, mas essa limitação não lhes tira a natureza de direito real.”⁶

O importante é frisar que a principal crítica de Pontes de Miranda dirige-se àqueles que viam a propriedade intelectual como uma emanção da personalidade. Os direitos da personalidade caracterizam-se por ter como objeto o próprio titular. Contudo, o mesmo autor admitia a existência de direitos morais ligados à propriedade intelectual. Dizia ele que “o direito autoral de personalidade é bem diferente do direito de autor (*propriedade sobre bem imaterial*), e mais ainda do direito de propriedade dos exemplares da obra (*propriedade sobre bem material*).”⁷

Logo, para Pontes, apenas a modernamente chamada *vertente patrimonial* da propriedade intelectual é direito de propriedade. Ou seja, conforme a visão perfilhada, o direito de autor é uma situação jurídica que gera de um lado um direito de propriedade imaterial e, de outro lado, direitos morais da personalidade.

Para MAYA⁸ a vertente patrimonial inclui os seguintes direitos: a) direito de *reprodução*; b) direito de comunicar a obra ao público; c) direito de elaboração – faculdade de autorizar traduções, adaptações etc.; d) *droit de suite*.

No estudo da cópia privada o direito primordialmente discutido é o *direito de reprodução*, que é *direito patrimonial*. Por isso, ao longo deste trabalho, o tratamento dado a este direito será o de *direito de propriedade*, guardadas as suas peculiaridades estudadas no item “Objetivos do Direito Autoral”.

3. OBJETIVOS DO DIREITO AUTURAL

Segundo Ortellado, “embora nossa sociedade tenha assis-

⁶ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Vol. XI. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1983, p. 63

⁷ MIRANDA, Pontes de. *Op. cit.*, p. 63

⁸ PROAÑO MAYA, Marco. *Op. cit.*, p. 73-74

tido um longo debate sobre a propriedade privada nos últimos dois séculos, pouco ainda foi dito sobre o caráter peculiar desse estranho tipo de propriedade que é a propriedade intelectual.”⁹

O primeiro sistema de proteção aos direitos autorais surgiu na Inglaterra e teve sua origem notoriamente ligada à proteção do exemplar (cópia) e na proteção do editor. Foi na França iluminista que se concebeu o direito autoral como um direito do autor, com finalidade de protegê-lo e recompensá-lo pelo trabalho realizado.

Contudo, com a Revolução Americana, ao *copyright* se passou dar um novo enfoque. Segundo Ortellado:

Esses homens que fundaram a república americana e escreveram a constituição sabiam que a propriedade intelectual era diferente da propriedade material. Eles sabiam que canções, poemas, invenções e ideias não têm a mesma natureza dos objetos materiais que eram garantidos pelas leis de proteção à propriedade.¹⁰

Mais inspirado pelas ideias do liberalismo, Thomas Jefferson definiu como objetivo precípua do direito autoral o encorajamento ao homem em perseguir ideias que possam produzir utilidades. Em outras palavras, para Jefferson, a propriedade intelectual é protegida na conveniência da sociedade, pois não se trata de um direito imanente ao ser humano.

Sobre isso diz Denis Barbosa, “O elemento de partida da criação intelectual é sempre o repositório precedente, cultural, e técnico, da humanidade. Seria assim uma apropriação inadequada do domínio comum considerar como exclusivo o que já era de todos.”¹¹

Essa teoria fica bem aclarada se recorremos aos ensinamentos de Jefferson:

⁹ ORTELLADO, Pablo. *Por que somos contra a propriedade intelectual?* Disponível em <http://www.midiaindependente.org/pt/blue/2002/06/29908.shtml>. Acesso em 20/07/2007

¹⁰ ORTELLADO, Pablo. *Op. cit.*

¹¹ BARBOSA, Denis Borges. Bases constitucionais da propriedade intelectual. *Revista da ABPI*, n. 59, jul/ago 2002. p. 18

If nature has made any one thing less susceptible than all others of exclusive property, it is the action of the thinking power called an idea, which an individual may exclusively possess as long as he keeps it to himself; but the moment it is divulged, it forces itself into the possession of everyone, and the receiver cannot dispossess himself of it. (...) Inventions cannot, in nature, be a subject of property. Society may give an exclusive right to the profits arising from them, as an encouragement to men to pursue ideas which may produce utility, but this may or may not be done, according to the will and the convenience of the society, without claim or complaint from anybody.¹²

Citando, Ortellado, porém:

o mesmo Thomas Jefferson lembra da necessidade de se estimular a criação de invenções ‘para o bem do público’ e esse estímulo – para ele – só poderia ser a recompensa (com bens materiais) ao ‘criador’. (...) A recompensa é o estímulo para que o criador produza ainda mais e a sociedade progrida em direção ao bem comum. ¹³

Temos, desta forma, três interesses contrapostos: a proteção às editoras, que viabilizaria economicamente a exploração das obras literárias; a proteção ao autor, como direito da personalidade, integrando, inclusive sua extensão moral; e estímulo à criação de invenções para o bem público.

Para Barbosa, o objetivo principal da proteção autoral é:

a necessidade social de favorecer a inovação nos conhecimentos, e nas criações estéticas, conduzindo investimento privado a tais campos. Assim, com vistas a obter esse interesse coletivo, a lei institui uma restrição às liberdades públicas, favorecendo os interesses privados. ¹⁴

Todavia, se tomamos a necessidade social de favorecer a produção de conhecimento como principal objetivo da proteção autoral, rapidamente percebemos a contradição levantada por Ortellado:

O direito exclusivo de propriedade intelectual (...) no

¹² KOCK, A. e PEDEN, W. Carta a Isaac McPherson, 1813. *The Life and Selected Writings of Thomas Jefferson*, Modern Library: 1972, Nova Iorque

¹³ ORTELLADO, Pablo. *Op. cit.*

¹⁴ BARBOSA, Denis Borges. *Op. cit.*, p. 26

fundo é ruim, porque cria um ‘monopólio’, o que encarece o ‘produto’ e o torna menos acessível a todos. Mas, por outro lado, ele é bom, porque permite que o criador seja remunerado pela criação. De um lado, temos a necessidade do monopólio na exploração comercial de um livro – de forma que apenas um editor possa lançar e vender o livro. Mas, por outro, esse monopólio que sustenta o autor, prejudica a sociedade, encarecendo o livro e tornando sua difusão mais difícil.¹⁵

De acordo com Queiroz:

Nesse diapasão, aflora-se um aparente conflito entre os autores - ou os detentores dos direitos patrimoniais sobre a obra -, e a coletividade; de modo que a discussão acerca do tema das limitações permeia-se pela necessidade de se criar uma estrutura técnico-jurídica que, por um lado, dê garantias ao autor quanto a seu direito de propriedade, consubstanciado na Constituição da República; e, de outro, estabeleça critérios que possibilitem aumentar o acesso da coletividade ao conhecimento.¹⁶

Ora, no contexto social em que nos encontramos, é natural que o grupo dos editores venha a ser o que dispõe de maior poder político. Assim, percebe-se, atualmente, uma grande preocupação do legislador nacional e internacional em criar um sistema jurídico que aumente o alcance dos direitos autorais inibindo eficazmente sua violação.

Segundo Ascensão: “Essas leis protegem afinal interesses empresariais, que só casualmente coincidem com os do criador intelectual.”¹⁷

Ortellado expõe muito bem essa problemática ao dizer que:

a questão é até que ponto a introdução do direito de propriedade intelectual, ao invés de promover, termina por constringer o progresso do saber, da cultura e da tecnologia.

¹⁵ ORTELLADO, Pablo. *Op. cit.*

¹⁶ QUEIROZ, Daniel Pessôa Campello. As limitações aos direitos autorais na legislação brasileira e a questão da cópia privada. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1456, 27 jun. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10064>. Acesso em 10/06/2009

¹⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed. ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 9

Se os critérios para se estabelecer a propriedade são rígidos e a duração do direito longa demais, então, pode-se dificultar o aproveitamento social da criação. Esta é a questão fundamental discutida em toda a legislação sobre a extensão do direito de propriedade intelectual.¹⁸

Estudantes e cientistas consomem livros de outros cientistas para multiplicar o conhecimento e expandi-lo. Se as barreiras protetivas dos direitos autorais se constituem em um entrave para que eles tenham acesso à informação, não haveria como se desdobrar o processo de desenvolvimento científico.

No Brasil, isso se dá pela falta de recursos destinados à educação, que torna os livros caros para os pesquisadores e estudantes. Nesse contexto, passa-se a fazer uso amplo das fotocópias, de modo a democratizar o acesso aos livros didáticos e científicos.

Por outro lado, se as barreiras se tornam tão abertas a ponto de tornar inviável a publicação destes livros, as editoras não mais produzirão os livros, tornando novamente o acesso aos livros mais difícil e caro e, conseqüentemente, diminuindo a produção científica.

Em relação à dicotomia interesse coletivo e sustentabilidade, as associações de editoras passaram a exigir o estrito cumprimento da lei, restringindo qualquer interpretação extensiva ao uso livre de obras protegidas como forma de diminuir os prejuízos verificados.

Segundo a ABDR (Associação Brasileira de Direitos Reprográficos) as editoras, em 2004, perderam cerca de R\$ 400 milhões com livros didáticos devido à reprodução ilegal – mesmo valor do faturamento com a atividade no ano passado. Para tal estimativa, comparou-se a relação venda de livros por aluno de oito anos atrás com os dados atuais.

As delegacias também passaram a ser mais acionadas pela representante dos editores. Em março deste ano, houve 26 ações de busca e apreensão contra copiadoras da região metro-

¹⁸ ORTELLADO, Pablo. *Op. cit.*

politana de São Paulo. Foram apreendidos 44 livros e 141 pastas de professores (partes de obras separadas para leitura dos alunos).¹⁹

4. LIMITES DO DIREITO AUTORAL

Sendo constitucionalmente tutelado, os direitos patrimoniais autorais integram um sistema de normas jurídicas que deve ser interpretado de forma harmônica, a fim de que se dê máxima aplicação dos preceitos estabelecidos em nossa Carta Magna. As limitações aos direitos de autor abrangem, portanto, tudo aquilo além do estritamente necessário para que se garanta sua finalidade, vale dizer, quando aquela propriedade intelectual extrapola os limites constitucionalmente impostos, adentrando na abrangência de outros direitos fundamentais, ela passa a não mais ser protegida pelo direito.

Devemos ressaltar, portanto, o aparente paradoxo que predomina no edifício constitucional, pois há uma série de outros princípios e direitos fundamentais que se chocam diretamente com a proteção autoral. Nessas zonas de conflito, onde dois ou mais direitos se opõem, é onde se encontrará os limites dentro dos quais deverá ser exercido o direito autoral.

Por óbvio, o primeiro preceito que adentra o campo do Direito Autoral é o da *livre concorrência*, já que aquele direito é uma exceção a esse princípio (é um monopólio), positivado no art. 1º, IV, e no art. 170, IV, ambos da CRFB.

Além disso, “a criação legal de uma propriedade sobre os bens intelectuais (...) também restringe o *livre fluxo de informação*.”²⁰ Quer dizer, os indivíduos, ao exercerem sua liberdade de expressão, encontrarão óbices decorrentes do fato de que certas ideias foram elaboradas por uma determinada pes-

¹⁹ TAKAHASHI, Fábio. Educação: Alunos e editoras duelam por xerox de obra. *Folha de São Paulo* de 30 de maio de 2005, disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fjsp/cotidian/ff3005200520.htm>

²⁰ BARBOSA, Denis Borges. *Op. cit.*, p. 21

soa, que detém o monopólio de divulgá-las. Logo, só se pode divulgá-las ou mesmo ter acesso a estas mediante autorização do respectivo autor.

Relacionado ao acesso à informação, temos, ainda, o *direito à cultura* (art. 215 da CRFB) e à *educação* (art. 206 da CRFB) como instrumentos para o desenvolvimento social e diminuição das desigualdades sociais (art 3º, II e III, da CRFB), eis que pagar pela informação a torna um bem restrito àqueles que dispõem de recursos econômicos para tanto.

Por fim, os dispositivos sobre propriedade intelectual de natureza patrimonial se encontram integralmente submetidos às limitações gerais dos direitos de propriedade – especialmente a de *uso social*.²¹

Em todos estes conflitos, o que existe é uma colisão entre interesses privados e coletivos. A questão que se põe, dessa forma, é como harmonizar estas tensões com o exercício do Direito Autoral. Não seria justo que desse embate prevalecesse sempre o interesse privado, uma vez que:

É fato incontestado que o autor bebe na fonte da sociedade para construir sua visão de mundo e adquirir sua aptidão artística. Daí decorre o fato de o direito de autor não ser um direito absoluto, tendo em vista que à sociedade deve ser dada uma contrapartida em virtude de haver sido em seu contexto circulante de ideias que o autor teve a possibilidade de criar.²²

Para o ilustre (quem?) Carlos Aberto Bittar, as limitações aos direitos autorais "são verdadeiros tributos a que se sujeita o autor em favor da coletividade, de cujo acervo geral retira elementos para as criações de seu intelecto."²³

Sob a ótica da interpretação civil-constitucional, a propriedade só poderá ser mantida enquanto o proprietário cumprir com seus deveres. No caso do Direito Autoral esse dever é o de

²¹ *Ibid*, p. 18

²² QUEIROZ, Daniel Pessôa Campello. *Op. cit.*

²³ BITTAR, Carlos Alberto. *Contornos Atuais do Direito do Autor*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 121 e 122

dar acesso à obra, o que se pode deduzir da própria lei de direitos autorais quando esta define editor como aquele com “dever de divulgá-la” (art. 5º, X, da Lei nº 9.610/1998).

Modernamente, o proprietário só tem o direito de usar, gozar e dispor de seus bens se o fizer em consonância com a finalidade social. Assim, “não haverá propriedade mesmo dentre as espécies tuteladas especificamente pela Constituição, que escapa ao pressuposto da função social, de conteúdo pré-determinado, cujo descumprimento ocasionará a perda da proteção constitucional.”²⁴

4.1. FUNÇÃO SOCIAL

A função social da propriedade surge sob o influxo de uma corrente de pensadores (PROUDHON, DUGUIT) e influência da doutrina social da Igreja, visando a limitar o poder discricionário e sem limites do direito de propriedade de modo a fazer com que seu uso seja orientado para a realização do bem comum.²⁵

Para explicar a função social, Mattos cita Duguit ao dizer que:

a propriedade não é um mero direito, é uma função social. O proprietário, isto é, o detentor da riqueza, tem, devido ao facto de possuir esta riqueza, uma função social a desempenhar; enquanto ele desempenha essa missão os seus actos de proprietários serão protegidos. Se ele a não desempenhar mal ou a desempenhar mal – se por exemplo não cultivar a sua terra, deixar sua casa cair em ruínas –, a intervenção dos governantes é legítima para o obrigar a desempenhar as suas funções sociais de proprietário, que consistem em assegurar o emprego das riquezas que ele detém, de acordo com seu destino.²⁶

²⁴ TEPEDINO, Gustavo. A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição). *Revista Forense*, vol. 306. abril/jun 1989. p. 76

²⁵ MATTOS, Samuel da Silva. *Op. cit.* p. 89

²⁶ DUGUIT, Léon. *apud* MATTOS, Samuel da Silva. Notas sobre a natureza e

Dizer que a propriedade “é” função social (em lugar de dizer que ela “tem”) significa que esta função social opera internamente em sua estrutura e, por consequência, revela os limites das faculdades do proprietário, bem como lhe impõe deveres.

Rodotà afirma que *“la función social debe considerarse como componente de la estructura de la propiedad, los datos reconducibles a ella (deberes y cargas que gravan al titular) no se pueden colocar en el exterior de la situación como límites de derecho público o de cualquier otro modo que se quiera considerarlos.”*²⁷

Perlingieri sustenta que:

*la teoria dei limiti non è qualcosa che sta al di fuori della struttura della proprietà, non é un profilo esterno alla proprietà, ma costituisce uno dei più pregnanti contenuti del diritto di proprietà. Questo stesso discorso può esser fatto, del resto, per qualsiasi diritto soggettivo: anche altre situazioni giuridiche soggettive hanno limiti, vincoli, oneri, i quali fanno parte di quella situazione giuridica soggettiva complessa, incidendo sul contenuto dall'interno e non dall' "esterno".*²⁸

Professor Tepedino ressalta:

A propriedade passa a ter uma função central de distribuição de rendas. A titularidade da situação proprietária passa a implicar, para seu titular, no concomitante respeito a crescentes situações não proprietárias. A destinação do bem apropriado ora é controlada e restringida, ora é proibida, caracterizando-se o direito de propriedade (...) por sua potencialidade econômica.²⁹

Esta teoria, hoje, é extensível aos direitos patrimoniais da propriedade intelectual, pois, nas palavras de Souza, “O alcance desta função social é sobre todos os direitos patrimoniais

espécies de propriedade. *Seqüência* 43, dezembro 2001. p. 101-102.

²⁷ RODOTÀ, Stefano. *El terrible derecho: estudios sobre la propiedad privada*. Madri: Civitas, 1986, p. 221

²⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Introduzione Alla Problematica Della Proprietà*. Jovene Editore, 1970, p. 121

²⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 74

que se assemelhem às características proprietárias, incluindo aí os direitos autorais *em sua vertente econômica*”³⁰. Já Barbosa diz que: “o privilégio não poderá ser abusado, tendo como parâmetro de utilização compatível com o direito o *uso social da propriedade*”.³¹

Contudo, a exata dimensão da propriedade privada e da função social da propriedade irá variar de acordo com o contexto social ao qual estiver se referindo. Segundo Tepedino, “Função social da propriedade é, pois, conceito relativo e historicamente maleável, de acordo com a tábula axiológica inspiradora da doutrina e do sistema positivo da época.”³²

É sobre esta perspectiva que se pode compreender o entendimento da jurisprudência alemã no caso das fotocópias feitas em universidade, na qual se permitiu a reprografia independente de autorização do autor, desde que, de alguma forma, fosse paga uma remuneração aos autores pelas cópias.

Nesse caso, diz Barbosa:

o balanceamento dos interesses compreenderia o direito de publicar sem autorização, atendendo assim à liberdade de informação e aprendizado; mas não se estenderia à isenção de pagamentos, considerada como um excesso, e por isso mesmo, em violação ao direito de propriedade. ³³

Ou seja, a função social naquele ordenamento jurídico autoriza os universitários e docentes que copiem livros. Contudo, isto não os isenta do pagamento de compensações aos autores, as quais, no caso daquele país, são pagas sobre um montante hipotético global.

Assim, para Ascensão, uma maior eficácia na proteção à propriedade intelectual só poderia existir naqueles países em que há uma grande massa de riqueza a se distribuir. A progres-

³⁰ SOUZA, Allan Souza Rocha de. *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica: Brasil: 1988-2005*. Faculdade de Direito de Campos, 2006, p. 283

³¹ BARBOSA, Denis Borges. *Op. cit.*, p. 33

³² TEPEDINO, Gustavo. *Op.cit.*, p. 73

³³ BARBOSA, Denis Borges. *Op. cit.*, p. 21

são da tutela não pode ser olhada em abstrato pois teria de corresponder ainda às possibilidades de cada país.³⁴

Além do contexto social e econômico, para se determinar a dimensão da função social há de se observar o objeto sobre o qual recai o direito. Quer dizer, uma obra literária para o lazer (um romance, por exemplo) tem uma função social diferente da função social de uma obra literária científica ou didática, sendo que esta última tem destinação mais relevante quando se trata de acesso à cultura e direito à educação.

Ricardo Lira acentua que, “a rigor, não há que falar só em redefinição da propriedade, mas em diversificação do direito de propriedade, no seu conteúdo, conforme o bem da vida que esteja em jogo, visando à função social da propriedade, como um dos instrumentos da Justiça Social.”³⁵ Por ser uma espécie do gênero propriedade, propriedade intelectual terá seus limites próprios, dentro do que se convencionou chamar de função social da propriedade.

Por conta da importância do contexto social para se definir a dimensão da função social do direito de propriedade, analisemos o direito à educação tal como definido pela Constituição de 1988, a realidade do sistema educacional e os meios de acesso à cultura no Brasil.

4.2. DIREITO À EDUCAÇÃO

A educação no Brasil reflete a desigualdade social existente no país. Os poucos que detêm a maior parte da renda têm acesso às melhores escolas, universidades, cursos e livros. Segundo o IBGE, contudo, apenas uma em cada seis escolas públicas contam com bibliotecas próprias. A dificuldade é maior na região Norte, onde, de cada 10 escolas, praticamente oito

³⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.*, p. 10

³⁵ LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de Direito Urbanístico*. Renovar, 1997, p. 161

não contam com biblioteca.³⁶

Já no que tange ao ensino superior, apesar de quase todas as universidades públicas contarem com bibliotecas, seus acervos são escassos e desatualizados. Além disso, o número de empréstimos muitas vezes é limitado, pois há uma demanda grande pelos livros acadêmicos.

Ou seja, a educação, que é um elemento estratégico no desenvolvimento de qualquer país, é um problema grave no Brasil.

Portanto, se por um lado é objetivo da República o desenvolvimento nacional, por outro a educação é um direito de todos e um dever do Estado. Entendemos ser impossível o alcance desse objetivo sem que seja prestada aos indivíduos não apenas educação formal de qualidade, mas também meios de educação informal e não formal (direitos culturais) que fomentem o desenvolvimento científico.

O acesso à informação e aos livros é matéria de relevância constitucional. O constituinte originário quis que a população em geral tivesse acesso a livros, cabendo ao Poder Público disponibilizá-los e providenciar a sua comercialização a preços módicos. Tal assertiva pode ser verificada a partir da leitura do art. 150, VI, “d”, da CRFB, *in verbis*:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI - instituir impostos sobre:

(...)

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

Vemos aqui que o constituinte de 1988 se preocupou em conceder imunidade de impostos a estes produtos de forma a baratear seu custo, facilitando, pois, o acesso à cultura e educa-

³⁶ Falta de estrutura física prejudica aprendizagem na escola pública. *Federação dos Municípios do Estado do Maranhão*. Disponível em <http://www.famem.org.br/Pagina3871.htm>, acesso em 10/06/2009

ção.

Nesse sentido, lembramos a lição de André Luiz Maranhão: (grifou-se)

Os valores protegidos com essa espécie de imunidade protegem a desoneração de todos os impostos, envolvem a livre manifestação do pensamento, *a divulgação da cultura e da informação e sua acessibilidade ao maior número possível de indivíduos, devendo considerar que a norma teve em vista universalizar o conhecimento, o que serviria de parâmetro para a interpretação da regra inscrita na Constituição.*³⁷

Mesmo com os incentivos e ditames constitucionais, o país não tem obtido êxito na democratização do conhecimento e, no que diz respeito às obras literárias, os exemplares em bibliotecas são escassos e ultrapassados e aquelas disponíveis para venda são caras demais para grande parte da população.

Ademais, mesmo em caso de disponibilidade financeira para a compra de livros, seria exigível que, em qualquer hipótese, o estudante ou docente tivesse que adquirir um exemplar de uma obra para a realização de uma pesquisa ou para sua instrução acadêmica?

Nesse sentido, deve-se perguntar se o atual sistema de proteção autoral pode ser flexibilizado face a urgência social do desenvolvimento da educação e ao contexto acadêmico moderno.

5. A LEI BRASILEIRA

Atualmente encontra-se em vigor no Brasil a Lei nº 9.610/1998, que dispõe sobre os Direitos Autorais. Não obstante o contexto social e tecnológico do país, a lei foi extremamente conservadora ao arrolar, em seu artigo 46, as práticas que não constituem ofensa aos direitos autorais.

³⁷ MARANHÃO, André Luiz. As imunidades tributárias do art. 150, VI, *d*, da Constituição Federal de 1988. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 3, nº 126. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp>. Acesso em 16/09/2007

Este rol é extremamente criticável, especialmente porque a lei atual foi concebida primordialmente para inserir os Direitos Autorais no Brasil dentro do contexto da era digital. Logo, se por um lado alguns aspectos do sistema foram reelaborados, por outro, no que tange aos limites, quase nada foi modernizado.

Para a grande parte da doutrina, o rol do artigo 46 seria taxativo pois trata-se de restrições a um direito, devendo, portanto, ter interpretação acautelada. Plínio Cabral, por exemplo, está entre os que defendem que as limitações constituem *numerus clausus*.³⁸

Portanto, para este autor, a única sede legal para a cópia privada, tema deste trabalho, encontra-se no inciso II do art. 46, *in verbis*:

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

(...)

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

O entendimento de que o rol do artigo 46 da Lei dos Direitos Autorais é taxativo baseia-se no fato de que as restrições de direito devem ser interpretadas restritivamente (corroborado pelo art. 4º deste diploma legal). Contudo, é sob este mesmo argumento que se pode desconstituir essa exegese.

O direito autoral, em verdade, já é uma restrição às liberdades individuais da coletividade. Lembrando os pensamentos de Thomas Jefferson, as ideias, uma vez comunicadas, tornam-se livres e, portanto, podem ser usadas por todos, sendo impossível a seu autor proibir que aquele que recebe a informação reflita sobre ela, a modifique ou a aprimore. O direito autoral visa, justamente, a restringir a utilização de uma ideia de forma a, principalmente, recompensar o autor pela sua colaboração com o desenvolvimento e progresso.

³⁸ CABRAL, Plínio. *A Nova lei de Direitos Autorais – Comentários*. São Paulo: Harbra, 2003. p. 71.

Sendo assim, uma restrição ao direito autoral não é propriamente uma restrição pois o próprio direito autoral já se constitui em um interdito, um direito de exclusividade. “Um direito exclusivo importa, para as demais pessoas, em uma proibição”³⁹. A propriedade é um direito que implica na exclusividade de suas faculdades pelo seu titular.

Na verdade, o artigo 46 trata de exceções ao monopólio, ou seja, ressalva hipóteses em que o direito de exclusividade decorrente da propriedade é ineficaz. Sendo um monopólio, este deverá “ser plenamente provado, não se presume; e nos casos duvidosos, quando, aplicados os processos de hermenêutica, a verdade não ressalta nítida, interpreta-se o instrumento de outorga oficial contra o beneficiado e a favor do governo e do público.”⁴⁰

Assim, segundo nosso entendimento, o normal, o comum e o natural é a liberdade de cópia – e não o contrário. Portanto, é a exclusividade do autor e dos titulares de direitos conexos que deve ser interpretada restritivamente, por se tratar de uma limitação às liberdades individuais eis que “os princípios que definem liberdades preferem aos que as condicionam ou restringem”⁴¹

Por último, devemos destacar o já discutido princípio constitucional da função social da propriedade, o qual também deve ser aplicado à vertente patrimonial da propriedade intelectual, dentre os quais se destaca o direito de cópia. Se a função social da propriedade é um princípio constitucional, como se pode interpretar a vontade do legislador de forma a se chegar a uma exegese que não se coaduna com este princípio? Por isso, admitir uma interpretação restritiva daquele dispositivo é, senão, eivá-lo de inconstitucionalidade.

Nesse sentido, “a lei de patentes ou de direitos autorais

³⁹ PROAÑO MAYA, Marco. *Op. cit.*, p. 74

⁴⁰ BARBOSA, Denis Borges. *Op. cit.*, p. 28

⁴¹ FIGUEIREDO, Diogo de. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. *Revista da PGE/RJ*, nº 42, p. 59

não é um estatuto de proteção ao investimento – e nem dos criadores e inventores (...) é e deve ser lida como um instrumento de medida e ponderação”⁴², não podendo se dar alcance ao conteúdo legal dos Direitos Autorais além do que o estritamente imposto para cumprir a sua finalidade.

Se observarmos, há de fato exemplos de usos livres não descritos na lei mas tolerados pelos titulares de Direitos Autorais, pois totalmente irrazoável seria o repúdio a uma interpretação extensiva nestes casos. Por exemplo, a lei fala que não se considera ofensa aos Direitos Autorais a “representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro”. Por que as obras visuais não poderiam estar incluídas aí?

Outro exemplo seria: “I – a reprodução (...) d) de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários”. Não parece razoável, tampouco condizente com o princípio da igualdade, que a outros tipos de deficiência não possam ser adaptadas obras protegidas, como no caso de uma tradução em linguagem dos sinais para deficientes auditivos. Para Souza:

a perspectiva hermenêutica sobre estes limites deve ser uma que permita a incorporação de isenções outras que as especificadas em lei especial, em razão das efervescentes e crescentes necessidades educacionais e culturais contemporâneas nacionais, constitucionalmente previstas e protegidas e não comportadas na legislação ordinária atual. Deste modo, a interpretação mais adequada e a única juridicamente sustentável parece ser a extensiva. ⁴³

Por conta disso, “uma leitura extensiva das limitações (e, conseqüentemente, restritiva aos direitos de propriedade) se

⁴² BARBOSA, Denis Borges. *Op. cit.*, p. 26

⁴³ SOUZA, Allan Souza Rocha de. *Op. cit.*, p. 273

justifica em particular quando o texto literal das limitações se mostra histórica e constitucionalmente injustificável”.⁴⁴

6. FAIR USE DOCTRINE

Se adotarmos a posição de que os limites do Direito Autoral descritos na lei brasileira atual são exemplificativos, um segundo questionamento vem à baila: quais seriam os critérios para se identificar se estamos diante de um uso livre, legítimo, ou não?

Para resolver esta indagação podemos recorrer ao direito comparado, observando quais os parâmetros adotados pelos sistemas que usam a interpretação judicial para definir, *in concreto*, o que seria uso legítimo.

Dentre esses sistemas, o que mais se destaca é o modelo norte-americano denominado *fair use doctrine*. A lei ordinária dos Estados Unidos estabelece parâmetros – criados a partir da experiência dos tribunais obtida através de reiteradas soluções de conflitos – e não exemplos de casos específicos nos quais a propriedade deve se inclinar ao uso de terceiros.

Quando falamos dos limites constitucionais do Direito Autoral, ressaltamos o papel da razoabilidade como forma de dirimir, no caso concreto, os conflitos decorrentes do choque entre direitos. Nesse sentido, insta esclarecer que:

o resultado da aplicação da razoabilidade aos sistemas da propriedade é a aplicação dos limites legais do direito pertinente – no que a tradição americana chama de *fair usage*. Através de tais limites, a regra de proporcionalidade dos vários interesses em jogo é incorporada ao texto legal, através de uma lista de atos de terceiro, no que poderia se uma infração literal da sua exclusividade, que o titular tem de tolerar por força de lei. ⁴⁵

Em outras palavras, para o Professor Denis Barbosa, o

⁴⁴ BARBOSA, Denis Borges. *Op. cit.*, p. 28

⁴⁵ BARBOSA, Denis Borges. *Op. cit.*, p. 26

fair use seria a própria expressão do princípio da razoabilidade na delimitação dos Direitos Autorais.

Os quatro parâmetros adotados nos Estados Unidos são os seguintes:

*The fair use provision directs courts to consider four factors when determining whether a use is fair and therefore noninfringing: (1) the purpose and the character of the defendant's use; (2) the nature of the copyrighted work; (3) the amount and the substantiality of the defendant's appropriation; and (4) the harm, if any, to the actual or potential market for the copyrighted work if the use is determined to be fair*⁴⁶

Contudo, como já dissemos, a dimensão da função social deve ser modulada segundo as especificidades de cada país. Na questão social, são gritantes as diferenças entre o Brasil e os EUA. Ademais, no sistema brasileiro, existe a questão dos direitos morais, que inexistem no direito norteamericano e que devem ser observados.

Souza assim delimita os parâmetros do uso livre brasileiro:

Pode-se alcançar este esclarecimento aplicando como critérios os princípios que devem guiar a configuração desta função social, que são: a) as atividades permitidas não podem ter fins lucrativos, deixando claro que fins lucrativos não incluem a mensalidade escolar regular; b) as finalidades dos usos devem ser institucionais, culturais ou informativas; c) os usos livres não podem prejudicar injustificadamente a exploração comercial da obra; d) os direitos morais devem ser respeitados, pois as limitações aplicam-se apenas aos direitos patrimoniais.⁴⁷

Contudo, o autor se refere apenas ao uso legítimo quando se visa a atingir o interesse social. Tais parâmetros, sozinhos, não serviriam para legitimar os usos essencialmente privados (sem nenhum fim social em princípio), violadores da literalida-

⁴⁶ SAMUELSON, Pamela. *Economic and Constitutional Influences on Copyright Law in the US*, disponível em www.ssrn.com.

⁴⁷ SOUZA, Allan Souza Rocha de. *Op. cit.*, p. 291

de da lei, v.g., quando o usuário legítimo digitaliza uma imagem ou um texto para armazená-lo em seu computador, ou quando este converte músicas de um CD para um formato de mídia digital a fim de escutá-las em um reproduutor eletrônico portátil.

Além disso, os direitos autorais não podem privar o público do uso da tecnologia, sendo desarrazoado poder comprar um videocassete ou um gravador de CD, mas não se permitir gravar um programa de televisão ou um CD de músicas para ouvir no seu próprio carro. Isto porque, para Ascensão, “O uso privado continua a ser livre. A compensação que eventualmente se institua deve ser antes referida a utilizações abusivas e incontroláveis que a técnica propicia”.⁴⁸

Ademais, a cópia, ainda que transitória, passou a ser o meio de acesso às obras protegidas da era digital. Quando abrimos uma página, assistimos um vídeo ou ouvimos uma música de um sítio da Internet, estamos copiando. O uso privado deve abranger, por óbvio, esse tipo de cópia, que decorre do uso normal da obra.

Para tanto, propomos os seguintes parâmetros:

a) utilização normal da obra – que deve abarcar as tecnologias ordinariamente disponíveis aos usuários da obra à época da utilização;

b) finalidade – não pode ser lucrativa, incluindo usos culturais, educacionais, informativos, científicos, filantrópicos ou essencialmente privados;

c) natureza da obra – se a obra se presta às finalidades descritas acima;

d) não prejuízo à exploração comercial da obra – em outras palavras, o usuário não pode concorrer com o titular do direito autoral, sob pena de incorrer em concorrência desleal;

e) inviolabilidade dos direitos morais – já que as limitações aplicam-se apenas aos direitos patrimoniais.

⁴⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op.cit.*, p. 245

Agora passemos a analisar a cópia privada no âmbito acadêmico segundo as diretrizes aqui tratadas.

7. CÓPIA PRIVADA NO ÂMBITO ACADÊMICO

Estabelecendo-se como ponto de partida que as limitações são criadas para beneficiar a sociedade em função de um benefício que, pela mesma, foi dado ao autor para sua criação, o limite à cópia privada deve estar margeado pelo intuito com que a referida cópia foi extraída.

Para Souza, as razões educacionais são universalmente aceitas como justificativas para isenções ao direito autoral, porém, sobre a proteção destes aspectos no ambiente escolar, a nossa legislação é extremamente tímida, expondo os institutos de ensino, seus professores e alunos à obrigação de prática constante da contrafação para atingir o glorioso objetivo de aprender.⁴⁹

Todavia, “do ponto de vista cultural apresenta-nos uma exigência: os regimes jurídicos que forem traçados devem respeitar e até favorecer este fenômeno (*cópia privada*), e de nenhum modo trazer-lhe barreiras.”⁵⁰

Nas palavras de Maya, “O crescimento da reprografia ao serviço da educação estabeleceu exceções em favor dos estabelecimentos de ensino. É lícita a reprografia quando é para o estudo pessoal, a docência e a investigação e não encerra uma concorrência desleal.”⁵¹

A primeira questão que devemos enfrentar é se o termo “cópia privada” poderia ser adotado no âmbito educacional, vez que “Nos estabelecimentos de ensino, algumas vezes, a reprodução é feita para o uso privado de entidade coletiva. Outras vezes, as cópias destinam-se a distribuição por um círculo

⁴⁹ SOUZA, Allan Souza Rocha de. *Op. cit.*, p. 289

⁵⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.*, p. 246

⁵¹ PROAÑO MAYA, Marco. *Op. cit.*, p. 124

restrito de pessoas ou pelos utentes de certa instituição”.⁵²

Como cópias para uso coletivo temos a microfilmagem de periódicos, livros ou documentos por bibliotecas ou, até mesmo, reprografias de obras cujos exemplares sejam escassos, mas de grande demanda.

No entanto, não há clareza na interpretação da norma quanto ao fato de o copista, dentro de seu uso privado, após utilizá-la, poder permitir que outros utilizem aquela cópia por ele feita. É o que se discute, por exemplo, nas transmissões *peer-to-peer* (P2P) através da rede mundial de computadores.

Fato é que a lei não foi clara o suficiente nesse ponto, restando ao intérprete uma hermenêutica segundo o costume, ou seja, do que se tem como razoável e direito pela sociedade. Ora, se ninguém discute a legalidade de uma biblioteca que presta um serviço público, gratuito e de utilidade social de emprestar livros por ela comprados ou para ela doados, não seria congruente imaginar que fosse ilegítima a exposição à consulta pública de obras copiadas.

A própria Associação Brasileira da Propriedade Intelectual – ABPI – entidade de forte representatividade, aprovou a Resolução nº 67, oriunda de discussões no âmbito de sua comissão de direitos autorais, que propõe modificações específicas na Lei nº 9.610/98, precisamente em seu artigo 46, que regula o tema das limitações.

A ABPI propõe que o referido artigo passe a vigorar com a seguinte redação:

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais, a reprodução parcial ou integral, a distribuição e qualquer forma de utilização de obras intelectuais que, em função de sua natureza, atenda a dois ou mais dos seguintes princípios, respeitados os direitos morais previstos no art. 24:

I – tenha como objetivo, crítica, comentário, noticiário, educação, ensino, pesquisa, produção de prova judiciária ou administrativa, uso exclusivo de deficientes visuais em siste-

⁵² BITTAR, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 245-246

ma Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários, preservação ou estudo da obra, ou ainda, para demonstração à clientela em estabelecimentos comerciais, desde que estes comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização, sempre na medida justificada pelo fim a atingir;

II – sua finalidade não seja essencialmente comercial para o destinatário da reprodução e para quem se vale da distribuição e da utilização das obras intelectuais;

III – o efeito no mercado potencial da obra seja individualmente desprezível, não acarretando prejuízo à exploração normal da obra;

Parágrafo Único – A aplicação da hipótese prevista no inciso II deste artigo não se justifica somente pelo fato de o destinatário da reprodução e quem se vale da distribuição e da utilização das obras intelectuais ser empresa ou órgão público, fundação, associação ou qualquer outra entidade sem fins lucrativos; 53

No fundo, a proposta da referida resolução é a adoção legislativa da doutrina norte americana do *fair use* de forma adaptada. Portanto, para a ABPI, entidade que representa os maiores interessados na proteção dos Direitos Autorais, seria admissível considerar a cópia privada ainda que esta seja usada por um grupo vinculado à instituição de ensino.

O segundo ponto que devemos enfrentar é a questão tratada no inciso III da resolução supracitada, isto é, a permissão à cópia se o intercâmbio destas no âmbito acadêmico vir a impedir o aproveitamento econômico da obra por seu autor.

Nesse ponto discute-se, principalmente, o não intuito ao lucro. Ora, o estudante dificilmente teria uma fotocopadora em casa. Sendo assim, é inevitável se recorrer a uma loja especializada a qual terá interesse lucrativo naquela atividade.

É preciso definir, antes de qualquer coisa, uma diferença entre o que seja cópia privada e o que seja a contrafação em concorrência desleal. Esta última “é o problema mais sério que afeta o Direito de Autor. Desenvolve-se na exploração lucrati-

⁵³ www.abpi.org.br

va da reprodução de obras sem autorização nem licença do titular do direito, escapando ao controle legal e à concorrência desleal.”⁵⁴ A pirataria visa a concorrer diretamente com o titular do direito autoral. Se as cópias são feitas em série, previamente, com manutenção de estoque, preços pré-estipulados, certamente trata-se de contrafação.

Por outro lado, se as cópias são feitas por encomenda, conforme a demanda, em pequena escala, com utilização de técnicas não industriais, trata-se claramente de uma cópia privada. Sabemos que hoje em dia existem máquinas copiadoras extremamente modernas com os mais diversos recursos, mas apenas isso não é suficiente para que se configure uma escala industrial vez que a técnica utilizada nem se compara com a utilizada nas editoras.

Por último, neste tema, deve-se analisar o argumento de que a cópia traria prejuízo potencial aos titulares de direitos autorais.

Em primeiro lugar, o fato de haver reprodução privada não implica necessariamente o fim da venda de livros, mesmo porque aquele que copia para uso próprio dificilmente compraria aquele livro para si, seja porque só precisa de um trecho para seus estudos, seja porque, se não fosse a cópia integral, jamais teria recursos para comprar aquele livro.

Segundo Ascensão:

O prejuízo trazido ao autor é com frequência muito mais aparente que real.

Mesmo quando a reprografia a obras ou prestações protegidas, e quer se trate quer não de uso privado, a expansão extraordinária da reprografia não significa que as vendas em benefício do autor diminuam, por comparação com o que aconteceria se essa possibilidade não existisse.⁵⁵

Em segundo lugar, os direitos autorais não foram criados para garantir a lucratividade em face das novas tecnologias. É

⁵⁴ PROAÑO MAYA, Marco. *Op. cit.*, p. 125

⁵⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.*, p. 247

como se o inventor do LP quisesse proibir o CD porque este último terminou com a exploração comercial do primeiro.

Por fim, todo prejuízo deve, se existente, ser provado. Se o uso, a princípio, parece legítimo, mas há um dano, cabe àquele lesado provar os danos sofridos a fim de pleitear medida que o repare. Não pode, entretanto, ser aceita a mera hipótese do dano em potencial como justificativa para reprimir o uso legítimo. “Claro que o titular ganharia mais se pudesse obter uma remuneração por todas as formas de utilização, mas uma coisa é a pretensão de ganhar mais, outra é a demonstração de prejuízos efetivos.”⁵⁶

Para uma análise mais pormenorizada do uso legítimo para fins educacionais, tratar-se-á das seguintes hipóteses:

- a) cópia de obras raras, esgotadas ou indisponíveis;
- b) cópias parciais;
- c) cópias integrais.

Antes, porém, há de se ressaltar que a cópia de obra literária não se faz unicamente por suporte tradicional (papel), sendo também cópia privada – e, portanto, tratada da mesma forma que a reprografia – as cópias feitas em suporte digital.

Na hipótese “a”, mister lembrar que o dever que se contrapõe ao Direito do Autor é o de difundir a obra uma vez que ela é divulgada, sob pena, de não se cumprindo sua função social, seu titular encontrar-se fora da tutela do ordenamento jurídico. Então, se a obra se torna rara, nasce para a coletividade o direito de copiá-la quando não há outro meio de acesso.

Porém, muitas vezes não é por culpa do autor que a obra não é mais publicada. Vejamos o caso da obra de Pontes de Miranda, célebre civilista que, apesar de estar defasada ante a atual legislação, encontra-se esgotada. Um exemplar usado, raridade, pode ser encontrado a venda em sebos por preços altíssimos.

Esta circulação secundária em nada favorece nem o edi-

⁵⁶ *Ibid.* p. 248

tor, nem o autor (no caso, seus herdeiros). Ora, neste caso, não há de se falar em concorrência do copista com o autor. Portanto, óbvio é o uso legítimo quando se reproduz integralmente uma obra esgotada ou rara.

O mesmo raciocínio deve ser tido com a obra estrangeira indisponível no país, por também não haver aí concorrência desleal.

Por último, lembramos as sábias palavras do autoralista português Ascensão:

O meio técnico trouxe a expansão da utilização. As bibliotecas que compravam um único exemplar de uma obra, quando não havia meios de reprografia continuam a fazê-lo. Os utentes tinham de repartir no tempo a utilização do único exemplar; hoje podem fazê-lo sem limitações, fotocopiando a parte que lhes interessa.

Mas o próprio utente nem por isso comprará menos livros do que comprava primeiro: à expansão dos meios de informação não corresponde necessariamente prejuízo comercial.⁵⁷

O segundo caso que vamos tratar é o da cópia parcial. Este é mais simples, pois a própria lei o previu expressamente como espécie de uso legítimo, sendo bem claro que, no âmbito acadêmico, subtendem-se todos os requisitos traçados no art. 46, II, da Lei nº 9.610/98 (ausência de finalidade lucrativa, cópia avulsa a mando do usuário).

Em seguida, deve se analisar o caso mais polêmico que é o da cópia integral. A cópia privada integral foi, para muitos doutrinadores, colocada na ilegalidade com o advento da Lei nº 9.610/98. Para se saber quando se está diante de uso legítimo devemos utilizar os parâmetros traçados no item anterior:

- a) Utilização normal da obra: para ser considerada livre, a cópia integral deve estar dentro da esfera privada do copista, realizada através de meios ordinariamente disponíveis aos usuários da obra à época da utilização. São exemplos

⁵⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.*, p. 247

- destes meios a xerox, a digitalização por *scanner* doméstico, a cópia em CD, DVD, VHS.
- b) Finalidade: trata-se de cópia privada com fins educacionais e culturais.
 - c) Natureza da obra: se a obra serve àquela finalidade educacional e cultural. Observe-se que, entretanto, uma obra mesmo que essencialmente voltada ao lazer (um romance), pode servir a este fim, dependendo da análise concreta. Por exemplo, um estudante de letras que queira copiar um romance a ser estudado no curso de literatura.
 - d) Inviolabilidade dos direitos morais: deve ser preservado o nome do autor e a integridade de sua obra. As hipóteses de violação dificilmente se veriam na prática.
 - e) Não prejuízo à exploração comercial da obra. Acerca deste último item, mais polêmico, muito já se falou nos últimos parágrafos, concluindo que, a princípio, se a exploração não é comercial e atende aos requisitos do uso legítimo, não há de se falar em concorrência desleal, cabendo ao titular dos Direitos Autorais provar o dano efetivo a fim de elidir a utilização livre naquele caso concreto.

Apenas seria necessário o seguinte adendo, salientado por Henrique Gandelman, que tece uma coerente síntese à dialética que envolve a questão:

Os indivíduos voltados para o dia-a-dia da vida burocrática e administrativa de escritórios privados, de empresas, de repartições públicas – que necessitam documentar correspondências, atos e papéis legais, alimentar arquivos, e para tal fim se utilizam de máquinas copiadoras – não são evidentemente os que infringem direitos autorais. *Como também os estudantes e pesquisadores que se utilizam de uma única cópia para sua própria informação.* Ou ainda as bibliotecas públicas que armazenam em microfiches ou microfilmes grossos volumes de publicações com o único intuito de economia de espaço. (grifamos). (...) O problema da reprografia surge quando se multiplicam ilegalmente cassetes de música (verdadeira indústria caseira conhecida como pirataria sonora); ou se produzem apostilas para venda comercial; ou ainda quando

se utiliza imagem protegida (pôsteres), e em outras situações facilmente identificáveis como sendo de má-fé.⁵⁸

Deste modo, conclui-se que o mais coerente, ao que parece, não é a discussão se a lei permite ou não a cópia integral da obra, mas sim avaliar o intuito de uso da cópia produzida, a boa ou má-fé da reprodução, e, sobretudo, se há ou não intuito comercial da prática; reflexão que teria como consequência evitar-se a reprodução (sem autorização prévia e remuneração necessária) com intuito lucrativo ou fim comercial – e não a cópia para a informação, pesquisa e engrandecimento intelectual do copista privado.

8. CONCLUSÃO

A primeira conclusão a que chegamos é que os direitos patrimoniais do autor são essenciais para o estímulo da produção de obras que colaborem com o desenvolvimento científico e tecnológico humano. No entanto, devido ao grande poder econômico das editoras, no que tange às obras literárias, tal proteção tem sido estendida além dos limites necessários para a persecução de seus fins.

Sabe-se, entretanto, que a questão da liberação da cópia privada tem trazido especial atenção aos titulares dos direitos autorais, que argumentam, *ad terrorem*, que considerar a cópia privada como uso livre pode causar a inviabilidade econômica da exploração do direito do autor. Sobre este primeiro argumento, discordamos citando Ascensão:

Ainda que esse uso diminua os proveitos que de outro modo se poderiam retirar das obras ou prestações, é seguro que não é função do direito do autor garantir os lucros dos intervenientes. Aqui estamos na condição geral de qualquer atividade econômica que se tornou menos lucrativa em consequência da variação dos meios técnicos.⁵⁹

⁵⁸ GANDELMAN, Henrique, *De Gutenberg à Internet – direitos autorais na era digital*, 4ª edição. São Paulo: Record, 2001, p. 77

⁵⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.*, p. 249

Em segundo lugar, conclui-se que incumbe ao Poder Público fornecer à sociedade os meios de informação (art. 23, V CRFB), sendo competência material concorrente da União, Estados e Municípios. No entanto, tendo em vista a realidade do país, não sendo possível colocar à disposição esses meios, é possível constitucionalmente a limitação dos direitos individuais, especialmente no que tange aos direitos autorais das obras literárias didáticas, quando o fim último a ser atingido é a educação.

Portanto, segundo nosso entendimento, o Poder Público deve, em primeiro lugar, prover meios eficazes de acesso à educação formal, não formal e informal, através de bibliotecas, escolas, programas educativos, ações afirmativas. Contudo, sabe-se que, no Brasil, o Estado não é capaz de prover a população com esses meios, sendo a educação um bem pessimamente distribuído. Ademais, mesmo quando o Poder Público fomenta a pesquisa, existe falha na distribuição desse conhecimento produzido.

Ante a esta desigualdade, entendemos que a melhor solução seria a ampliação do uso livre no Brasil através de uma interpretação da lei de direitos autorais conforme a Constituição. Além das hipóteses contempladas no art. 46 da Lei nº 9.610/1998, tal qual no direito anglo-saxão, devemos adotar um *fair use* casuístico. A doutrina do *fair use* é compatível com o sistema jurídico brasileiro justamente por ser a materialização do *princípio da razoabilidade*, ferramenta já usada no Brasil para solução, *in concreto*, de colisão de princípios.

Em outras palavras, deixar-se-ia para a lei a disciplina do uso livre em ocasiões com presunção absoluta de não ofensa aos direitos autorais, e para o Poder Judiciário a avaliação, no caso concreto, de violação ou não destes de acordo com o critério que proposto no item 5.

Segundo Queiroz, “Há uma necessidade de regulamentação de atividades, no sentido de que as limitações possam se

refletir na prática, dissipando-se as dúvidas e a possibilidade de ingerências possibilitadas por estas indefinições.”⁶⁰

Por este motivo, há de se ressaltar que carece o direito brasileiro de lei que positive o entendimento acima expressado, de forma que fique assegurado aos indivíduos o direito à informação especialmente no que diz respeito aos livros didáticos, não os deixando à mercê da interpretação restritiva que vem sendo dada à atual lei.

Por isso, o ideal seria que à lei coubesse a definição dos parâmetros que devem ser utilizados pelos tribunais para definir concretamente o que seria o uso livre, o que, inclusive, é do desejo da ABPI, externado na já mencionada resolução 67.

Nas palavras de Queiroz :

não há propostas de alterações que busquem o sentido de dar à lei sua real função no Estado de Direito, qual seja o de disciplinar as relações, refletindo as necessidades da sociedade, de modo a aplacar as divergências causadas por redações que dão possibilidade de interpretação dúbia, e alterar as regras que não refletem a real ponderação necessária entre os interesses do autor e os da coletividade.⁶¹

Também cabe ao Poder Público baratear a produção de livros didáticos. As imunidades fiscais concedidas pela Constituição são pequenas. Além da de maior isenção fiscal, os livros didáticos deveriam ter atenção especial, através de fiscalização pelos órgãos do Poder Executivo de forma a assegurar que a redução de custos seja repassada ao consumidor.

Talvez se a lei atribuísse a órgãos setorializados a possibilidade de regulamentar as matérias, de acordo com cada uma das naturezas de obras e modalidades de uso, seria possível criar um marco regulatório mais coerente com o tema.”⁶²

Pelo exposto, concluímos que a questão do direito autoral das obras literárias e seu uso legítimo para fins educativos é

⁶⁰ QUEIROZ, Daniel Pessôa Campello. *Op. cit.*

⁶¹ *Loc. cit.*

⁶² QUEIROZ, Daniel Pessôa Campello. *Op. cit.*

controvérsia não apenas a ser discutida no âmbito acadêmico, mas que deve ser foco de atenção dos três Poderes. Do Legislativo, na confecção de normas que dêem mais efetividade aos preceitos constitucionais; do Executivo, tanto na interpretação da lei e da Constituição como na implementação de políticas educacionais mais democratizantes; e do Judiciário, solucionando os conflitos de interesses através da ponderação e da visão sistêmica do ordenamento jurídico.



REFERÊNCIAS

- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed. ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- BARBOSA, Denis Borges. Bases constitucionais da propriedade intelectual. *Revista da ABPI*, n. 59, jul/ago 2002.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Contornos Atuais do Direito do Autor*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- CABRAL, Plínio. *A Nova lei de Direitos Autorais – Comentários*. São Paulo: Harbra, 2003.
- CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da Propriedade Industrial*, Rio de Janeiro, Forense, 1946.
- CERQUEIRA, Tarcísio Queiroz. A Propriedade Intelectual. *Juris Poiesis*. Número 4. Disponível em <http://www.estacio.br/graduacao/direito/revista/revista4/artigo10.htm> Acesso em 10/06/2009.
- Falta de estrutura física prejudica aprendizagem na escola pública. *Federação dos Municípios do Estado do Maranhão*. Disponível em <http://www.famem.org.br/Pagina3871.htm> acesso em 10/06/2009.

- FIGUEIREDO, Diogo de. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. *Revista da PGE/RJ*, nº 42.
- KOCK, A. e PEDEN, W. Carta a Isaac McPherson, 1813. *The Life and Selected Writings of Thomas Jefferson*, Modern Library: 1972, Nova Iorque.
- MARANHÃO, André Luiz. As imunidades tributárias do art. 150, VI, d, da Constituição Federal de 1988. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, a. 3, nº 126. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp>
Acesso em: 16 set. 2007.
- MATTOS, Samuel da Silva. Notas sobre a natureza e espécies de propriedade. *Seqüência* 43, dezembro 2001.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Vol. XI. São Paulo, Revista dos Tribunais. 1983.
- ORTELLADO, Pablo. *Por que somos contra a propriedade intelectual?* Disponível em <http://www.midiaindependente.org/pt/blue/2002/06/29908.shtml> 20/07/2007.
- PERLINGIERI, Pietro. *Introduzione Alla Problematica Della Proprietà*. Jovene Editore, 1970.
- PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà nel nuovo diritto*. Milano: Giuffrè, 1964.
- PROAÑO MAYA, Marco. *Direito de autor: um direito universal*. Tradução J. C. Müller. Rio de Janeiro: Ed. do Livro, 1995.
- QUEIROZ, Daniel Pessôa Campello. As limitações aos direitos autorais na legislação brasileira e a questão da cópia privada. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1456, 27 jun. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10064> Acesso em 10/06/2009.
- RODOTÀ, Stefano. *El terrible derecho: estudios sobre la propiedad privada*. Madri : Civitas, 1986.
- SAMUELSON, Pamela. *Economic and Constitutional Influ-*

ences on Copyright Law in the US, disponível em www.ssrn.com.

SOUZA, Allan Souza Rocha de. *A função social dos direitos autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica: Brasil: 1988-2005*. Faculdade de direito de Campos, 2006.

TAKAHASHI, Fábio. Educação: Alunos e editoras duelam por xerox de obra. *Folha de São Paulo* de 30 de maio de 2005 disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff3005200520.htm>

TEPEDINO, Gustavo. A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição.). *Revista Forense*, vol. 306. abril/jun 1989.