

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Elisa Gremen Mimary Leone

O DIREITO DE ACESSO À CULTURA COMO ESCUSA LEGÍTIMA PARA A  
REPRODUÇÃO NÃO AUTORIZADA DE OBRA ESGOTADA.

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo  
2016

Elisa Gremen Mimary Leone

O DIREITO DE ACESSO À CULTURA COMO ESCUSA LEGÍTIMA PARA A  
REPRODUÇÃO NÃO AUTORIZADA DE OBRA ESGOTADA.

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito Comercial, sob a orientação do Prof. Dr. José Roberto d’Affonseca Gusmão

São Paulo  
2016

Banca Examinadora:

---

---

---

## RESUMO

Este trabalho tem por objetivo estudar em quais circunstâncias e por quais motivos poderia ser legitimamente escusável a reprodução integral não autorizada de uma obra cujos exemplares estejam esgotados. A justificativa que se faz para esse estudo é a necessidade de buscar uma solução jurídica para a impossibilidade de obtenção de um exemplar quando existe uma situação de esgotamento. Foi levantada inicialmente a hipótese de que o direito de acesso à cultura, por ser um direito fundamental de todos e estar previsto na Constituição Federal, poderia ser utilizado como argumento para a relativização da proibição. Ao longo do trabalho foi feito um levantamento doutrinário a respeito do tema, incluindo doutrina estrangeira, como forma de verificar a assertividade da hipótese. Após a pesquisa doutrinária e análise do tema, chegou-se a conclusão de que não só seria possível a justificação da reprodução não autorizada com base no direito de acesso à cultura como também que existe um interesse público envolvido na satisfação desse direito, além de alguns instrumentos jurídicos que poderão ser utilizados nos casos reais em que se faça necessária essa relativização.

Palavras-chave: Direito de autor. Direito de acesso à cultura. Obra esgotada. Cópia integral.

## **ABSTRACT**

The purpose of this work is to study in what circumstances and for what reasons the unauthorized full reproduction of a work which copies are sold out could be legitimately excusable. The justification for this study is the need to find a legal solution to the impossibility of obtaining a copy in an “out of stock” situation. It was initially hypothesized that the culture access right, as it is a fundamental right and is provided in the Federal Constitution, could be used as an argument for the relativization of the prohibition. Throughout the paper, a doctrinal survey was made regarding the subject, including foreign doctrine, as a way of verifying the assertiveness of the hypothesis. After the doctrinal research and analysis of the subject, it was concluded that, not only would justification for unauthorized reproduction be based on the culture access right but also that there is a public interest involved in the satisfaction of this right, as well as some legal instruments that can be used in real cases where this relativization is necessary.

**Key Words:** Copyright. Culture access right. Sold out copy. Full reproduction of a work.

## Sumário

<b>Introdução.....</b>	<b>7</b>
<b>Parte I – Sobre a situação de esgotamento dos exemplares de uma obra .....</b>	<b>11</b>
<b>Capítulo 1 – A obra como bem passível de esgotamento .....</b>	<b>11</b>
§1 – Obra como fruto da criação .....	12
I – O ato de criação .....	12
II – A fixação em um suporte .....	14
§2 – A multiplicação em exemplares e o esgotamento .....	17
<b>Capítulo 2 – Potenciais situações capazes de levar ao esgotamento dos exemplares .....</b>	<b>21</b>
§1 - Inércia do autor .....	21
I – Término do contrato de edição.....	21
II - Inércia da editora.....	24
§2 - Direito de arrependimento .....	26
§3 - Inércia dos herdeiros na sucessão dos direitos de autor.....	30
§4 - Situação de obra órfã e esgotamento de estoque.....	33
§5 - Obra em suporte digital e situação equivalente ao esgotamento.....	36
<b>Parte II – Direito de acesso à cultura e ao conhecimento como fundamento para a reprodução.....</b>	<b>39</b>
<b>Capítulo 1 – Direitos fundamentais de acesso à cultura e ao conhecimento.....</b>	<b>39</b>
§1 - Previsão na Constituição Federal .....	41
§2 - Caracterização como Direitos Humanos .....	43
§3 - Interesse Público como fundamento .....	47
<b>Capítulo 2 – Direito de autor x Direito de acesso .....</b>	<b>49</b>
§1 – Direito de autor como direito fundamental.....	49
§2 - Função social do direito de autor.....	55
§3 - Limitações ao direito de autor .....	59
§4 – O princípio do “ <i>fair use</i> ” .....	66
§5 - Direito de autor x Direito de acesso.....	74
<b>Capítulo 3 – Reprodução como forma de acesso .....</b>	<b>80</b>
§1 – O acesso através de acervos e do comércio de exemplares usados.....	80
I – O depósito legal .....	81
II – Comércio de exemplares usados.....	85
§2 – Reprodução da obra esgotada e relativização da proibição legal.....	86
I - Inércia ou recusa injustificada do titular dos direitos.....	89
a) <b>Desapropriação</b> .....	92
b) <b>Licença compulsória</b> .....	95
II - Direito de arrependimento .....	100
III - Inércia dos herdeiros .....	102
IV - Obra órfã e esgotamento de estoque .....	103
V - Obra Digital.....	108
V - Uso didático .....	114
VII – Cópia Privada.....	119
<b>Conclusão.....</b>	<b>123</b>
<b>Bibliografia .....</b>	<b>126</b>

## Introdução

A evolução do homem é marcada pelas criações, invenções, e todos os frutos da atividade intelectual que de certa forma contribuíram para o desenvolvimento das civilizações.

Sendo a imitação inerente à conduta humana<sup>1</sup>, com o avanço da sociedade tornou-se necessária a regulamentação das relações entre os indivíduos, inclusive das questões relacionadas às criações.

Um dos primeiros casos envolvendo direitos autorais e cópia foi uma decisão dada por um rei irlandês na Idade Média que curiosamente se baseou na *Lex Fabia ex plagiariis* do Direito Romano, que longe de tratar de direito de autor, cuidava de resolver a quem pertencia a cria de um animal furtado<sup>2</sup>.

Porém, somente em 1710 é que surgiu a primeira legislação que tratava de direitos autorais, o Copyright Act, também conhecido como Estatuto da Rainha Ana, promulgado pelo Parlamento britânico.

No Brasil, a primeira lei que trouxe em seu texto um artigo que possa ser relacionado ao direito de autor foi a Lei nº 11, de 1827, que criava os cursos de Ciências Jurídicas e Sociais nas cidades de São Paulo e Olinda e previa em seu artigo 7º que os “Lentes” fariam a escolha dos compêndios de sua profissão, “competindo aos seus autores o privilegio exclusivo da obra, por dez anos.”

Posteriormente, algumas legislações brasileiras trataram dos direitos autorais em seus textos, porém unicamente em relação às condutas que violavam os direitos autorais. Somente

---

<sup>1</sup> “A tendência para a imitação é instintiva no homem, desde a infância. Neste ponto distinguem-se os humanos de todos os outros seres vivos: por sua aptidão muito desenvolvida para a imitação. Pela imitação adquirimos nossos primeiros conhecimentos, e nela todos experimentamos prazer.”

ARISTÓTELES, *Arte poética*. Cap. IV, 2. Disponível em:

[http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select\\_action=&co\\_obra=2235](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=2235)

Consulta em 05/12/16.

<sup>2</sup> “Para além de registros vários na Antiguidade, é de referir a *Lex Fabia ex plagiariis* dos romanos. A ela se deve ainda hoje a utilização do termo plágio para significar infracção aos direitos de autor. E afinal que veio dizer a *Lex Fabia ex plagiariis*? Curiosamente não tinha a ver com direitos de autor, mas antes com o problema de saber, nomeadamente, a quem pertence a cria de um animal furtado. Não obstante, não deixa de ser extremamente curioso que o princípio firmado nessa lei romana viesse a ser invocado pelo rei irlandês, já na Idade Média, para fundamentar a sua decisão sobre um caso de direitos de autor, em que o discípulo se tinha apoderado das lições do mestre, copiando-as.” PEREIRA, Alexandre Dias. Direitos de autor, da imprensa à internet. *In* Revista da ABPI, nº64, mai/jun 2003. P. 21.

a Lei nº 496 de 1898, posteriormente substituída pelo Código Civil de 1916, é que passou a tratar do tema de forma mais abrangente.

Com relação ao esgotamento de uma obra, objeto do presente estudo, é preciso observar que algumas leis citadas tratam da publicação da obra, edição, exemplares, mas nenhuma aponta quais as condutas permitidas em caso de esgotamento.

Tendo em vista essa omissão legal, é necessário analisar em quais situações seria permitida a reprodução da obra que se encontra esgotada, ato contínuo, se há outras situações que não previstas, bem como se o interesse público deve predominar diante da vontade do autor ou da editora de não mais disponibilizar exemplares ao público.

Porém, antes de dar início à análise do tema em si, é preciso ressaltar que, embora nunca tenha havido na legislação brasileira uma solução específica para os casos de obras esgotadas, essa situação não criava um grande problema para a população até 1998.

O texto do inciso VI do Artigo 666 do Código Civil de 1916<sup>3</sup> trazia a permissão da cópia integral, embora desde que feita de forma manuscrita. Posteriormente, a Lei nº 5.988 de 1973, que revogou a proteção dos direitos autorais contida no Código Civil, manteve essa permissão da cópia integral em seu artigo 49, II<sup>4</sup>.

Mesmo as legislações não prevendo o esgotamento da obra e uma eventual solução, a permissão da reprodução integral tornava-se uma saída para esse caso, pois era uma forma de se conseguir uma cópia da obra, mesmo com os exemplares esgotados.

Conforme já dito, o problema vem à tona com a vigência da lei nº 9.610 de 1998, que ao substituir o dispositivo legal que tratava da permissão da cópia privada, limitou a reprodução a apenas pequenos trechos<sup>5</sup> da obra original.

---

<sup>3</sup> Art. 666. Não se considera ofensa aos direitos de autor:

(...)

VI - A cópia, feita à mão, de um obra qualquer, contanto que se não destine à venda.

<sup>4</sup> Art. 49. Não constitui ofensa aos direitos do autor:

(...)

II - A reprodução, em um só exemplar, de qualquer obra, contanto que não se destine à utilização com intuito de lucro;

<sup>5</sup> Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

(...)

VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra

Dessa forma, após 1998, o esgotamento de uma obra no mercado consumidor cria um obstáculo imenso ao indivíduo que queira adquiri-la, já que ele não pode mais tirar uma cópia integral da obra como forma alternativa à indisponibilidade dos exemplares.

Segundo Pedro Paranaguá e Sérgio Branco<sup>6</sup>:

A decisão do legislador causa problemas incontornáveis, a começar por um evidente problema prático: é quase impossível fiscalizar o cumprimento do disposto na lei. Muito em razão disso, milhares de pessoas descumprem o mandamento legal diariamente. Outro problema, talvez o mais grave, é que a lei não distingue obras recém-publicadas de obras raras que só existem em acervos e que ainda estão no prazo de proteção autoral. Nesse caso, a lei torna-se extremamente injusta por não permitir a difusão do conhecimento por meio da cópia integral de obras, cuja reprodução não acarreta qualquer prejuízo econômico a seu autor, nem mesmo lucro cessante.

Dessa forma, com o advento da LDA e seus termos estritos, muitas condutas praticadas no dia-a-dia são, a rigor, na interpretação literal da lei, simplesmente ilegais. Afinal, pelo que determina a LDA, deixou de ser possível copiar um filme em vídeo para uso particular, gravar um CD — legitimamente adquirido — na íntegra para ouvir em iPod ou no carro, ou ainda reproduzir o conteúdo integral de um livro com edição esgotada há anos. Tais condutas só são admitidas se abrangidas pelo conceito da função social da propriedade e do direito autoral, em interpretação aparentemente contrária à LDA, mas definitivamente em conformidade com a Constituição Federal brasileira.

Essa aparente inadequação da Lei nº 9.610/98 aos problemas contemporâneos à sua vigência fica ainda mais evidente quando se analisa o processo de aprovação do projeto que deu origem à Lei e os motivos que levaram à supressão do inciso que permitia a reprodução da cópia integral, originalmente previsto no projeto de lei e com a mesma redação da lei anterior.

Durante a tramitação do Projeto de Lei nº 5430-B/1990, que posteriormente seria transformado na Lei Ordinária nº 9.610/1998, foram requeridas algumas emendas e destaques, dentre elas a emenda de plenário nº 19, datada de 06 de Dezembro de 1997, proposta pelo Deputado Federal Alberico Filho, que substituiu a redação original<sup>7</sup> do artigo 49, inciso II, pelo seguinte texto:

---

nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

<sup>6</sup> PARANAGUÁ, Pedro, BRANCO, Sérgio. Direitos autorais — Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009. Pág. 71

<sup>7</sup> Art. 49. Não constitui ofensa aos direitos do autor:

(...)

II - A reprodução, em um só exemplar, de qualquer obra, contando que não se destine à utilização com intuito de lucro;

O item II do art. 49 do Substitutivo passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 49 .....

I - .....

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

#### JUSTIFICAÇÃO

A emenda propõe uma analogia com o dispositivo que autoriza as citações. Tem o objetivo de coibir a cópia sem licença de um livro inteiro, por isso acarretar enormes prejuízos para os detentores do direito autoral. Quando o copista utiliza meios modernos para reproduzir uma obra, deve fazê-lo apenas para facilitar seu trabalho particular, e não para prejudicar o direito do autor de reproduzir comercialmente sua obra.

Hoje no Brasil, a reprodução não autorizada de obras protegidas alcança a espantosa soma de 1 bilhão de cópias por ano, causando enormes prejuízos para autores e editores, prejudicando, dessa maneira, principalmente a publicação de obras técnicas e científicas.<sup>8</sup>

A proposta de emenda foi aprovada “pelos seus próprios fundamentos”, sem haver qualquer tipo de discussão, demonstrando claramente a ignorância acerca da matéria, ante esta aberração jurídica. Vale informar que essa emenda foi apresentada na última sessão plenária de discussão da matéria na Câmara dos Deputados, tendo em vista que o período entre a proposição da emenda (06.12.1997) e o de publicação da Lei (20.02.1998), é de apenas 95 dias, sem contar o recesso e o trâmite pelo Senado Federal, lembrando que o projeto de Lei data de 1990.

Assim, com a supressão súbita do artigo que permitia a reprodução da cópia integral, criou-se a partir de 1998 um problema até então inexistente com relação às obras esgotadas. Por conta disso, o tema do presente estudo é de extrema relevância, pois visa analisar algumas possíveis soluções tendo em vista a Lei de Direitos Autorais em vigor.

A relevância do tema se dá por conta do direito de acesso à cultura, já mencionado no título do trabalho. É direito fundamental de todo cidadão o acesso ao acervo cultural produzido. A obra criada pelo autor, ao ser publicada, passa a integrar esse patrimônio da sociedade e mantê-la esgotada, ou seja, indisponível para venda, seria uma forma de negar-lhe o acesso. Sendo assim, se faz necessário analisar a possibilidade de permissão da cópia integral nesses casos, como forma atender ao direito de acesso à cultura previsto na Constituição Federal, enquanto este não é atendido pelo próprio titular dos direitos de autor.

---

<sup>8</sup> Diário da Câmara dos Deputados – Ano LII - n° 223, Sábado, 6 de dezembro de 1997 Brasília – DF.

Disponível em:

[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=803307&filename=Tramitacao-PL+5430/1990](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=803307&filename=Tramitacao-PL+5430/1990) Consulta em 20/06/2016.

Deste modo, a análise será feita em duas partes. Num primeiro momento, Parte I, serão analisados os aspectos da obra enquanto bem sobre o qual recai os direitos autorais, a possibilidade de reprodução desta em exemplares, dependendo de sua natureza e forma de fruição e as situações nas quais pode ocorrer o esgotamento de seus exemplares.

Já a segunda parte do trabalho tratará dos direitos de acesso à cultura e ao conhecimento como direitos fundamentais e o interesse público que serve de base a esses direitos. Também serão analisados os direitos de autor enquanto direitos fundamentais, sua função social, limitações, a possível aplicação do princípio do “*fair use*” e a ponderação que deve ser feita no conflito entre esse direito e os direitos de acesso. Além disso, será estudado também nesta parte a possibilidade de acesso à obra através das bibliotecas, o instituto do depósito legal e o comércio de exemplares usados. Por último, será abordada a possibilidade de relativização da proibição legal para permitir a reprodução integral, levando-se em conta a análise feita ao longo de todo o trabalho e tendo por base as situações levantadas na primeira parte.

Pretende-se, com essa análise, apontar as possíveis situações em que seria permitida a relativização da proibição legal e através de quais institutos ou ferramentas jurídicas essas exceções seriam postas em prática.

## **Parte I – Sobre a situação de esgotamento dos exemplares de uma obra**

Esta primeira parte do trabalho tratará da obra em si, a possibilidade de sua multiplicação em exemplares e as situações que podem causar o esgotamento destes exemplares e sua indisponibilidade para o mercado consumidor.

O estudo será dividido em dois capítulos, o primeiro irá tratar das características da obra e sua multiplicação em exemplares e o segundo tratará as situações que podem causar o esgotamento das obras.

### **Capítulo 1 – A obra como bem passível de esgotamento**

Para tratarmos da obra esgotada, primeiramente é necessário conceituar o que o ordenamento jurídico entende como “obra”.

Por isso este capítulo visa a análise da obra, seu surgimento, características, requisitos para ser considerada obra protegida por direitos, entre outros aspectos. Também será objeto desde capítulo a análise das obras passíveis de multiplicação em diversos exemplares e a possibilidade destes exemplares se tornarem indisponíveis aos interessados em adquirí-los.

## **§1 – Obra como fruto da criação**

O direito de autor, inclusive a caracterização de alguém como um autor, pressupõe uma obra. Não há autor, ou direito de autor, sem uma obra. Mas o que é obra?

É possível conceituar como obra sendo o fruto da criatividade humana, uma ideia, uma criação que de alguma forma é externada em um suporte, seja ele tangível ou intangível, de forma que possibilite sua captação, percepção, apreciação por outras pessoas. Para José de Oliveira Ascensão<sup>9</sup>, obra é uma realidade incorpórea, uma criação do espírito, de qualquer forma exteriorizada, de modo que seja captável pelos sentidos.

### **I – O ato de criação**

É através da criação que a obra surge na mente do autor, inicialmente como uma ideia, um impulso criativo<sup>10</sup>. Claro que nem todos os pensamentos ou operações que se realizam na mente humana e refletem no mundo material serão atos de criatividade, muito menos serão obras.

Segundo Antônio Chaves<sup>11</sup> “o acontecer é espiritual, isto é, se dá no espírito de um indivíduo humano, e esse acontecer tem caráter “originário”, implicando ao menos uma ordenação inteligente de elementos que criam a comunicação humana”. Ou seja, a ideia inicial, a criação em si, ocorre na mente humana, no intelecto, no seu pensar e intimidade.

Mas, como já dito, nem todos os pensamentos ou ideias são potenciais e futuras obras, é preciso que exista um mínimo de contributo criativo nesta atividade.

---

<sup>9</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral – 2ª ed., ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. P. 30.

<sup>10</sup> “Além disso, não somos apenas ser vivo e consciência absoluta. Somos “espírito”, espírito criador de imagens e formas. Nas visões criadoras de nossa imaginação subjetiva revela-se uma objetividade intelectual. Não existe uma sem a outra”

JASPERS, Karl. Introdução ao pensamento filosófico. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Edição Cultrix. 1965 P. 40.

<sup>11</sup> CHAVES, Antônio. Direito de Autor: princípios fundamentais. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. P. 167

Também é preciso lembrar que o direito autoral considera como obra, passível de proteção, apenas as criações humanas, embora existam alguns questionamentos a respeito da possível criação por programas de computador e por animais. Conforme Eduardo Lycurgo Leite<sup>12</sup>:

Dos escribas aos computadores, do telefone à Internet, da fotografia aos efeitos especiais nos filmes, da carroça às naves espaciais, o mundo evoluiu, a humanidade percorreu um longo caminho. Porém, o homem sempre criou, e suas obras, fruto da criação do espírito, sempre tiveram e terão um autor.

(...)

o objeto do direito de autor é a proteção aos produtos do espírito, ou seja, ao fruto da criação do espírito do autor ou criações do espírito (no direito comparado: *work of the mind* no direito anglo-saxônico; *oeuvre de l'esprit* no direito francês; *Geistewerk* no direito alemão), desde que de alguma forma expressos ou fixados.

Essa criação é um fato puro e, apesar de ter o surgimento na mente humana como requisito para a proteção, não se diferencia aqui a capacidade cognitiva do autor que a cria. É obra do intelecto humano, não importando a capacidade jurídica<sup>13</sup> de quem a criou:

*Poichè La creazione dell'opera è un puro fatto, non sono richiesti per essa requisiti di capacità giuridica. Anche un ragazzo, anche un interdetto legale può creare un'opera letteraria, scientifica o artistica, poichè l'incapacità giuridica non coincide sempre con l'inettitudine della mente allà creazione di opere dell'ingegno*<sup>14</sup>

Segundo Paul Goldstein: “*As a rule, copyright legislation in both civil law and common law countries identifies a work's author and its original owner as the flesh-and-blood, natural person who conceived and executed the work.*”<sup>15</sup>

Portanto, obra é uma ideia que surge no intelecto humano e que possui um mínimo de diferenciação e criatividade que a torna passível de proteção por direito de autor quando externada no mundo material, não importando o estado psíquico do autor.

---

<sup>12</sup> LEITE, Eduardo Lycurgo. Direitos autorais nas mídias digitais. In Revista da ABPI nº 49, nov/dez 2000. P. 4 e 17.

<sup>13</sup> No Brasil, por exemplo, há o Museu de Imagens do Inconsciente que contem obras criadas pelos pacientes do Centro Psiquiátrico Pedro II. <http://www.ccms.saude.gov.br/nisedasilveira/imagens-do-inconsciente.php>

<sup>14</sup> Em tradução livre: Desde a sua criação, a obra é um fato puro, não é requisito possuir capacidade jurídica. Uma pessoa comum ou uma pessoa interdita legalmente podem criar uma obra literária, científica ou artística, pois a incapacidade jurídica não coincide sempre com a inépcia da mente para criar a propriedade intelectual. STOLFI, Nicola. La Proprietà intellettuale - Volume Secondo. Torino - Tipografia dell'Unione Tipografico - Editrice Torinese - 1917. P. 02. Disponível em: <https://archive.org/details/laproprietintel00stolgoog> Consulta em 15/10/2016.

<sup>15</sup> Em tradução livre: “Como regra, as legislações de direitos autorais nos países de direito civil e de common law identificam o autor de uma obra e seu proprietário original como a pessoa de carne e osso, natural, que concebeu e executou o trabalho.”

GOLDSTEIN, Paul. International Copyright. Principles, law and practice. New York: Oxford University Press, 2001. P. 205.

## II – A fixação em um suporte

Além do ato de criação, do surgimento da ideia na mente humana, a obra sempre deve assumir uma forma, um modelo de manifestação através do qual ela é externada. Ou seja, aquela criação, aquela ideia que está na mente do autor, precisa de um veículo, um suporte, para ser exteriorizada, ser trazida ao mundo real. Para Bruno Jorge Hammes<sup>16</sup> “Protegidas pelo direitos de autor são as obras resultantes do trabalho (da atividade) intelectual, pessoal de uma pessoa, que se exteriorizam de alguma forma.”

Portanto, o autor é aquele que cria e exterioriza a obra, a traz para o mundo real através de algum suporte, conforme Roberto Alonso Viso: “*Sujeto o autor es la persona que exterioriza oral, escrita o de cualquier otra forma perceptible por el hombre, una obra de índole literária, artística o científica dimanante de su intelecto*”<sup>17</sup>.

A esse processo, de colocar a obra num suporte para torná-la “real”, dá-se o nome de *fixação* e ocorre no momento em que esta é colocada em uma forma que seja perceptível diretamente ou através do auxílio de algum aparelho, tal como um leitor de CD, DVD, um *software*, entre outros<sup>18</sup>. Ainda nas palavras de Roberto Alonso Viso: “*son las creaciones intelectuales, expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro*”<sup>19</sup>

Também o *Copyright Act* prevê que somente obras fixadas num suporte serão protegidas e define fixação da seguinte forma:

*Copyright protection subsists (...) in original works of authorship fixed in any tangible medium of expression, now known or later developed, from which they can be perceived, reproduced, or otherwise communicated, either directly or with the aid of a machine or device.*<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup>HAMMES, Bruno Jorge. O Direito da Propriedade Intelectual. 3ª ed. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2002. P. 51.

<sup>17</sup>Em tradução livre: sujeito ou autor é a pessoa que exterioriza de forma oral, escrita ou de qualquer outra perceptível pela homem, uma obra de caráter literário, artístico ou científico, que emana de seu intelecto.

VISO, Roberto Alonso. España: Ley de Propiedad Intelectual. In Revista da ABPI, nº 21, mar/abr 1996. P 8.

<sup>18</sup>LEITE, Eduardo Lycurgo. Direitos autorais nas mídias digitais. In Revista da ABPI nº 49, nov/dez 2000. P. 14.

<sup>19</sup>Em tradução livre: “A proteção por direito autoral subsiste em criações intelectuais, expressas por qualquer meio ou suporte, tangível ou intangível, atualmente conhecido ou que se invente no futuro.”

VISO, Roberto Alonso. España: Ley de Propiedad Intelectual. In Revista da ABPI, nº 21, mar/abr 1996. P 9.

<sup>20</sup> Em tradução livre: “obras originais de autoria fixadas em qualquer meio tangível de expressão, conhecida ou desenvolvida posteriormente, do qual elas podem ser percebidas, reproduzidas ou comunicadas de outra maneira, diretamente ou com o auxílio de uma máquina ou dispositivo.”

Disponível em: <http://www.copyright.gov/title17/92chap1.html#102> Consulta em: 10/10/2016.

O objeto do direito de autor será então a obra exteriorizada num suporte. Para que seja perceptível no “mundo real”, fora da mente do autor, é preciso que ela esteja externada de alguma forma que outras pessoas possam percebê-la. Ao meio pelo qual a obra será divulgada dá-se o nome de suporte.

No dizeres de Carlos Alberto Bittar<sup>21</sup>:

Mas para a integração ao respectivo sistema, a criação deve consubstanciar-se em uma concepção (ideação, plasmada sobre determinada forma). É esta que recebe, como exteriorização do pensamento ou da arte, a proteção do Direito de Autor, nela compreendendo-se a forma externa e interna (conteúdo intelectual).

Esse suporte pode ser sons, palavras escritas, desenhos, entre tantas outras ferramentas existentes atualmente ou que venham a ser inventadas e que possam servir como forma de se exteriorizar uma obra<sup>22</sup>, e não se confundem com a obra em si. Ao suporte material que a encerra dá-se o nome de “*corpus mechanicum*” enquanto a obra, a criação em si, é chamada de “*corpus mysticum*”. É importante frisar que é esse suporte material que permite que a obra seja divulgada, apreciada, consumida. “Nota-se que a obra se exterioriza num substrato material e dele se distingue. O autor continua com o direito exclusivo sobre a obra ainda que o substrato material pertença a outrem.”<sup>23</sup>

Assim, a obra musical não é a partitura nem o fonograma, o romance não é o livro e a pintura não é tela que a contém. Todos estes são suportes e a obra não se perde mesmo que sejam todos destruídos, enquanto houver possibilidade de reconstruí-la<sup>24</sup>.

Porém, cada um dos gêneros criativos tem sua própria materialidade, o que é a causa habitual de confusão pela qual se identifica a música, ou a novela, com o seu exemplar.<sup>25</sup>

Além das obras em suportes tangíveis, também é necessário considerar as obras em suporte digital.

---

<sup>21</sup>BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor – 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. P. 23.

<sup>22</sup> “Genom den tekniska utveckling som ägt rum och alljämt pågår tillkommer ständigt nya former för utnyttjande av upphovsrättsligt skyddade verk.”

Em tradução livre: “Através das evoluções técnicas que ocorreram e ainda estão em andamento, há constantemente novas formas de exploração de obras protegidas por direitos autorais.”

WOLK, Sanna. En ny publik – en upphovsrättslig lösning eller chimär? In Gunnar Karnell, Annette Kur, Per Jonas Nordell, Daniel Westman, Johan Axhamn, Stephan Carlsson (ed.), Liber Amicorum Jan Rosén. Visby: Jure. P 891. Disponível em <http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:uu:diva-275996> Consulta em 14/11/2016.

<sup>23</sup> HAMMES, Bruno Jorge. O Direito da Propriedade Intelectual. 3ª ed. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2002. P. 82.

<sup>24</sup>ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral – 2ª ed., ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. P. 31.

<sup>25</sup>COSTA, Hector Della. Apud CHAVES, Antônio. Direito de Autor: princípios fundamentais. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. P. 169.

Com a sociedade cada vez mais tecnológica, tem se tornado mais frequente a comercialização e acessibilidade das obras no formato digital. Atualmente é bastante comum que as mesmas obras disponibilizadas em suportes físicos estejam disponíveis também para *download* no site da loja. Músicas, nos dias atuais, são mais executadas no formato MP3 do que no leitor de CD e em relação aos livros também tem aumentando bastante os aparelhos e-reader ou até mesmo aplicativos de celular ou tablet para leitura de livro digital.

Neste contexto, a socialização do conhecimento passa a constituir uma das principais bases da inovação e da construção de outros novos conhecimentos. Por isso, sob o ponto de vista social, tornam-se extremamente valiosas as ferramentas que a internet e demais inovações tecnológicas proporcionam para o compartilhamento dos bens intelectuais, já que estes se constituem como fontes de conhecimento e o acesso a eles é requisito para a promoção do desenvolvimento cultural, econômico e tecnológico de uma sociedade<sup>26</sup>

Alguns autores, inclusive, possuem um público tão conectado às novas tecnologias que comercializam/disponibilizam suas criações apenas no formato digital, seja através de *download* ou de serviços de *streaming*. O autor cria sua obra, independente da natureza, e a disponibiliza apenas para acesso via internet, não existindo exemplares físicos.

Conforme ensina Delia Lipszyc:

*El autor de una obra inédita y no contratada tiene, naturalmente, pleno derecho a publicarla en Internet y ponerla a disposición del público en todo el mundo, o de autorizar a un tercero a harcerlo; pero si quiere difundir obras de otros autores, necesita las correspondientes autorizaciones.*<sup>27</sup>

Além das obras que nascem digitais e das que são disponibilizadas em ambos os formatos, existem aquelas que foram criadas numa época onde não existia o meio digital e posteriormente foram digitalizadas, seja através de *scanner* ou outro mecanismo, para que pudessem se tornar acessíveis também no ambiente digital.

La più rivoluzionaria novità introdotta dallo sviluppo tecnologico è quella del digitale. Qualunque tipo di dato che si voglia archiviare, modificare, duplicare per via informatica necessita un precedente processo di digitalizzazione. Con tale passaggio, qualsiasi informazione legata all'umana sfera sensoriale (immagini, suoni, testi, forme) viene 'sintetizzata' e ridotta ad una serie più o meno complessa di 0 e di 1: viene cioè convertita in bit. Per esempio se vogliamo digitalizzare una

---

<sup>26</sup> PIRES, Eduardo. REIS, Jorge Renato dos. A Utilização das Obras Intelectuais Autorais Frente às Novas Tecnologias: Função Social ou Pirataria? – In Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul. n° 34, Julho/Dezembro 2010. P.29.

Disponível em <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/1809/1584> Consulta em 16/10/2016

<sup>27</sup> Em tradução livre: “O Autor de uma obra inédita e não contratada tem, naturalmente, pleno direito de publicá-la na internet e colocá-la a disposição do público em todo o mundo, ou de autorizar um terceiro a fazê-lo, mas se quiser difundir obras de outros autores, precisará das devidas autorizações.

LIPSYC, Delia. Nuevos Temas de Derecho de Autor y Derechos Conexos. Unesco, 2004. P. 287.

fotografia cartacea dobbiamo passarla allo scanner e 'salvarla' sull'hard-disk in un formato come 'jpg', 'tiff', 'bmp' ecc.<sup>28</sup>

Assim, o meio digital concentra tanto as obras existentes em outros suportes e que foram digitalizadas, como aquelas diretamente criadas em ambiente digital e que não existem no “mundo real” ou em suporte físico, criando um ambiente que abrange num mesmo formato (digital) obras originalmente de suportes diferentes, dando a impressão de que neste meio tudo fica relativamente semelhante.

Todo tipo de dado, informação e produtos intelectuais das mais diversas categorias podem agora encontrar-se expressos num único suporte, decodificar-se da mesma forma, para que não apenas se possa armazená-los, senão, também, criá-los... O que se quer designar como criações eletrônicas é exatamente o aproveitamento da tecnologia digital, não apenas para processar informações ou fazer cálculos matemáticos, mas também utilizar-se dela especialmente para criar, além de interpretar, entreter e distribuir os produtos dessa nova forma de exteriorização.<sup>29</sup>

Concluindo, obras são criações do espírito humano e são protegidas pelo direito de autor quando externadas e fixadas em um suporte passível de ser percebido, comunicado, diretamente ou através de algum dispositivo.

É interessante observar que o direito de autor não faz distinção quanto à forma de criação que deu origem à obra. Obras de gosto duvidoso ou sem profundidade artística terão direito à mesma proteção<sup>30</sup> que recebem as obras aclamadas pela crítica, os *best-sellers*, os *blockbusters*, etc. Não se discute para fins de direito de autor se uma obra contribuirá mais ou menos para o acervo cultural da sociedade, estando presentes os requisitos para sua proteção ela será aplicada automaticamente.

## §2 – A multiplicação em exemplares e o esgotamento

---

<sup>28</sup> Em tradução livre: “A inovação mais revolucionária introduzida pelo desenvolvimento tecnológico é do digital. Qualquer tipo de dado que se deseja armazenar, editar, duplicar para a informática precisa de um processo de digitalização anterior. Com esse passo, qualquer informação relacionada à esfera sensorial humana (imagens, som, textos, formas) é “sintetizada” e reduzida a uma série mais ou menos complexa de 0 e 1: ele é convertido em bits. Por exemplo, se quisermos digitalizar uma fotografia, devemos passá-la em um scanner e salvá-la no disco rígido em formato “jpg”, “tiff”, “BMP”, etc.

ALIPRANDI, Simone. *Capire Il Copyright - Percorso guidato nel diritto d'autore*. Editado da: Ledizioni, 2012. Pág. 47. Disponível em: [http://www.aliprandi.org/capire-copyright/intro\\_capirecopyright.pdf](http://www.aliprandi.org/capire-copyright/intro_capirecopyright.pdf). Consulta em: 10/10/2016.

<sup>29</sup> LANGE, Deise Fabiana. *O impacto da tecnologia digital sobre o direito de autor e conexos*. Editora Unisinos, São Leopoldo, RS, 1996, pag 59.

<sup>30</sup> “Não podemos confundir obra com obra de qualidade: uma pornochanchada não deixa de ser uma obra protegida.”

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral – 2ª ed., ref. e ampl.* Rio de Janeiro: Renovar, 1997. P. 50.

Algumas obras, pela forma como são fixadas, como se materializam, permitem a multiplicação do suporte que a contêm sem que a originalidade seja perdida, ou seja, uma mesma obra pode ser reproduzida em diversos exemplares e todos eles serão considerados originais, conterão a obra inicial. É o que ocorre com os livros, CDs, DVDs, entre outros.

Existem obras cujos exemplares são criados a partir de técnicas de reprodução artesanais, como a litografia, xilografia, entre outros tipos de gravuras e os processos de moldagem<sup>31</sup>, mas para a análise deste presente trabalho serão considerados apenas os exemplares das obras literárias, fonográficas e audiovisuais.

Sobre multiplicação, impossível imaginar a mesma situação no caso de uma pintura, que se materializa de forma única, em apenas um suporte e não é passível de repetição. Para obras dessa natureza, qualquer tentativa de multiplicação será considerada mera réplica e não a versão original, ou seja, não será considerado um exemplar.

Antes de Gutemberg inventar a prensa móvel, reproduzir um livro era um processo trabalhoso e demorado, a cópia era feita manualmente pelos escribas, que viviam em mosteiros. Na sociedade daquela época não existia o hábito de se possuir um exemplar, livros eram obras raras e pouco acessíveis.

Após a invenção da prensa, reproduzir uma obra literária tornou-se uma tarefa muito mais rápida e barata, surge desse modo entre as pessoas o interesse por adquirir exemplares, criando assim um novo mercado para obras impressas.

O modo pelo qual a revolução criada pela invenção da impressão (meio mecânico) alterou o comportamento da sociedade foi pela possibilidade de criação de obras que não se modificavam a cada reprodução e interação, ao contrário do que ocorria com aquelas obras copiadas por escribas. A obra era a mesma a cada vez que era reproduzida. (...) A fixação das obras literárias proporcionada pela impressão nos trouxe também a idéia de cópias múltiplas, fazendo com que aparecesse, pela primeira vez, mercado comercial para as mesmas.<sup>32</sup>

Junto com esse mercado, surge também a noção, ainda que precária, do direito patrimonial do autor, tendo em vista o tratamento da obra como bem móvel.

---

<sup>31</sup> “Na escultura, a possibilidade de reprodução dá-se por meio de processos de moldagem. De um molde, por exemplo, podem-se extrair de seis a oito peças, todas consideradas orginais, de acordo com as regras do mercado de arte”

ABRÃO, Eliane Y. Direitos de Autor e Direitos Conexos. 2ª ed. São Paulo: Migalhas, 2014. P. 244.

<sup>32</sup> LEITE, Eduardo Lycurgo. Direitos autorais nas mídias digitais. In Revista da ABPI nº 49, nov/dez 2000. P. 6.

*Los orígenes de la protección al autor, en su faceta patrimonial, se vinculan al descubrimiento de la imprenta, puesto que el dermen del moderno derecho de autor se situa en los llamados privilegios de impresión. No obstante, su reconocimiento como derecho subjetivo, cuya regulación corresponde al derecho privado, no es anterior al siglo XVIII. Fue entonces cuando, por influencia de las tesis del Iusnaturalismo y la Ilustración, se articula la noción de <<propiedad del autor>>.<sup>33</sup>*

Primeiro surgiu a impressão e os meios de reprodução das obras impressas, acompanhado depois pelo surgimento dos meios de reprodução sonoros e por fim os audiovisuais. A multiplicação dessas obras em exemplares fez surgir um mercado consumidor onde cada indivíduo pode ter para si uma cópia, tornando as obras muito mais acessíveis.

Conforme ensina Juan Marco Molina:

*(...) se entiende por reproducción la fijación de la obra em um medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella. (...) El precepto nos proporciona así un nuevo concepto de <<reproducción>>, basado em la idea de <<fijación de la obra em um medio...>> . Este es a partir de ahora el significado o acepción técnico-jurídica, en el ámbito de la propiedad intelectual, del término <<reproducción>>, acepción que, en seguida se constata, se distancia, tanto de esse sentido habitual del término a que antes aludíamos (...) como de la concepción jurídica tradicional de la <<reproducción>>, como multiplicación de la obra por médio de la imprenta u otros medios mecánicos.  
(...)  
Para consumir la actividad de <<reproducción>> basta, em cambio, incorporar la obra a um soporte distinto del originário, es decir, trasladarla a un <<medio>> distinto de aquél que ha servido para crearla o expresarla por primera vez.<sup>34</sup>*

A obra então, multiplicada em exemplar, passa a integrar a economia, como um bem de valor mercadológico, que além de difundir conhecimento e cultura, ainda movimentava o mercado editorial:

---

<sup>33</sup>Em tradução livre: “As origens da proteção ao autor, em seu aspecto patrimonial, estão ligadas à descoberta da impressão, tendo em vista que a moderna lei de direitos autorais situa dentre os seus privilégios o de impressão. No entanto, seu reconhecimento como um direito subjetivo, cujo regulamento corresponde ao direito privado, não é anterior ao século XVIII. Foi então quando, por influência da tese do Jusnaturalismo e a ilustração, é articulada a noção de propriedade do autor.”

MOLINA, Juan Marco. La Propiedad Intelectual Em La Legislacion Española. Editora Marcial Pons, 1995. P. 369.

<sup>34</sup>Em tradução livre: “(...) entende-se por reprodução a fixação da obra em um meio que permita sua comunicação e obtenção de cópias de toda ou de parte dela. (...) Este preceito nos proporciona assim um novo conceito de reprodução, baseado na ideia de fixação da obra em um meio. Este é a partir de agora o significado ou aceção técnico-jurídica, no âmbito da propriedade intelectual, do termo reprodução, aceção esta que, constatada, se distancia, tanto do sentido habitual do termo a que antes se aludia (...) como da concepção jurídica tradicional da reprodução, como multiplicação da obra por meio da imprensa ou outros meios mecânicos. (...) Para consumir a atividade de reprodução, basta trocá-la, incorporar a obra em um suporte distinto do original, quer dizer, traduzi-la para um meio distinto do que aquele que serviu para sua criação ou expressão pela primeira vez.

MOLINA, Juan Marco. La Propiedad Intelectual Em La Legislacion Española. Editora Marcial Pons, 1995. Pág 226/227.

A obra intelectual – em que lhe pese o respeito à origem -, uma vez exteriorizada, pode converter-se em produto, ser produzida e comercializada – sem perder a qualidade- em escala industrial e trazer à coletividade os benefícios que lhe traz toda e qualquer atividade econômica – empregos, impostos, etc. – e, ainda, o benefício de multiplicar o conteúdo da obra em si.”<sup>35</sup>

Nos dizeres de Henri Desbois “*films et disques se multiplient en un grand nombre d'exemplaires, comme les volumes destinés à diffuser l'oeuvre écrite.*”<sup>36</sup>

A reprodução seria então uma forma de comunicação indireta entre o autor e o público, uma forma de divulgação de seu trabalho onde um maior número de pessoas terá acesso à obra através do exemplar. Ainda nas palavras de Desbois “*la reproduction: elle consiste dans la fixation matérielle de l'oeuvre par tous procédés, qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte*”<sup>37</sup>.

Essa multiplicação de exemplares está prevista inclusive na Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98), no art. 5º, VI, na definição de “reprodução” como sendo “a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma (...)”<sup>38</sup>.

Assim, “Reproduzir uma obra é extrair-lhe exemplares idênticos, a partir de uma matriz acabada (suporte de fixação)”<sup>39</sup>.

O direito de reprodução está inserido no rol dos direitos patrimoniais de autor, previsto no artigo 29, inciso I, da Lei de Direitos Autorais e permite extrair cópias e colocá-las à disposição do público, como forma de explorá-la: “No exercício do direito de reprodução, o titular dos direitos autorais poderá colocar à disposição do público a obra, na forma, local e pelo tempo que desejar, a título oneroso ou gratuito.”<sup>40</sup>

Portanto, conforme exposto, algumas obras são passíveis de reprodução em escala, em diversos exemplares, capazes de atingir um vasto público. E são esses exemplares, disponíveis

---

<sup>35</sup>PINHO, Ricardo. Livros didáticos e direitos de autor em disputa. *In* Revista da ABPI nº 70, mai/jun 2004. P. 57.

<sup>36</sup>Em tradução livre: “filmes e discos se multiplicam em um grande número de exemplares, como os volumes destinados a divulgar o trabalho escrito.”

DESBOIS, Henri. *Droit d'auteur, Le: droit français Convention de Berne révisée*. Paris: Dalloz, 1950. P. 310.

<sup>37</sup>Em tradução livre: “reprodução consiste na fixação material de uma obra por qualquer processo, que permite a comunicação ao público de maneira indireta.”

DESBOIS, Henri. *Droit d'auteur en France, Le*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1978. P. 292.

<sup>38</sup> Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

VI - reprodução - a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido.

<sup>39</sup>ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de Autor e Direitos Conexos*. 2ª ed. São Paulo: Migalhas, 2014. P. 152.

<sup>40</sup> Artigo 30 da Lei 9.610/98.

para venda a diversos consumidores, que podem esgotar, causando uma indisponibilidade da obra para venda e dificultando, de certa forma, seu acesso.

Cabe aqui então uma correção: não se trata de “obra” esgotada, mas sim de “exemplares” esgotados. Pois como foi dito anteriormente, a obra não perece, nem se esgota.

## **Capítulo 2 – Potenciais situações capazes de levar ao esgotamento dos exemplares**

Este segundo capítulo tem por objetivo analisar os casos que levam ao esgotamento de uma obra. A Lei de Direitos Autorais prevê em seu artigo 63, §2º quando se considera a obra esgotada num contrato de edição, mas além disso existem outras situações que podem levar ao esgotamento dos exemplares, e todas elas serão analisadas no presente capítulo.

### **§1 - Inércia do autor**

O autor, ou titular dos direitos, é a figura principal no caso de esgotamento de uma obra. Será sua a vontade de por a obra em circulação ou não, e conseqüentemente de mantê-la esgotada ou não.

Nos próximos itens serão analisadas as situações de esgotamento por decurso do tempo do contrato, e por inércia da editora, bem como o papel do autor em cada uma delas.

### **I – Término do contrato de edição**

É através do contrato de edição que o autor permitirá ao editor produzir e multiplicar diversos exemplares da obra e disponibilizá-los para venda.

Portanto, de acordo com Ascensão<sup>41</sup>, edição será a multiplicação de exemplares, que só existe em relação a obras literárias ou artísticas cujos suportes materiais sejam multiplicáveis.

O contrato de edição, apesar de ser amplamente associado à obra literária, se aplica a diversas modalidades. Conforme ensina Nehemias Gueiros Jr.<sup>42</sup>: “a modalidade de edição, na realidade, é empregada para definir todas as formas de multiplicação da obra intelectual, incluindo a literária, musical, fonográfica e videofonográfica.” Também para Bruno Jorge

---

<sup>41</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral – 2ª ed., ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. P. 161.

<sup>42</sup>GUEIROS JR., Nehemias. O direito autoral no show business: tudo o que você precisa saber - 3ª ed. Rio de Janeiro: Gryphus, 2005. P.83.

Hammes<sup>43</sup>: “Os contratos de edição são os contratos sobre a reprodução e divulgação de obras de literatura e da arte sonora.”

Henri Desbois também define a edição, e faz uma comparação entre a edição de obra fonográfica e de obra literária, ressaltando que a diferença não está na natureza, mas no objeto da reprodução (sons e palavras), que são variações de um mesmo ato.

*“édition”; que dans l’acception ainsi consacrée, éditer une oeuvre, c’est la reproduire et la répandre dans le public par une fixation matérielle et durable.*

(...)

*La firme, qui procède à l’enregistrement, réalise une édition; les disques ont, en commun avec les copies imprimées ou gravées, les deux caractères, qui identifient l’acte d’édition: ils constituent des documents matériels, susceptibles de durée, et ils sont destinés à la divulgation de l’objet qu’ils reproduisent. L’enregistrement diffère de l’impression, en ce qu’il porte sur l’interprétation, non sur le texte de l’oeuvre: (...) deux variétés d’un même genre, qui diffèrent, l’une de l’autre, non par leur nature, mais par l’objet de la reproduction.*<sup>44</sup>

Portanto, é pelo contrato de edição que o autor irá, produzir e comercializar os exemplares de sua obra, é uma forma de colocá-la em circulação para que possa ser explorada comercialmente, através da figura do editor. Na edição, a obra tomará um formato mais “comercial”, sua aparência será trabalhada de forma a atrair melhor o público consumidor, mas sem alterar sua essência, a criação do autor, como um romance cujo texto é formatado e ganha uma capa, ou um CD cujas faixas são masterizadas, é criado um encarte, entre outros detalhes. Cada edição da obra contará com um número certo de exemplares, uma tiragem, que serão distribuídos pelo editor para comercialização.

Quem é um editor? É um profissional que reproduz e divulga uma obra literária, artística ou científica que o autor para isso lhe entrega. Pelo contrato de edição, o editor se obriga a reproduzir e a divulgar a obra. Fica autorizado, com caráter de exclusividade, a publicá-la e a explorá-la pelo prazo e nas condições pactuadas com o autor.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> HAMMES, Bruno Jorge. O Direito da Propriedade Intelectual. 3ª ed. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2002. P. 272.

<sup>44</sup> Em tradução livre: “edição; que na acepção assim consagrada, editar uma obra, é reproduzi-la e espalha-la ao público por uma fixação material e duradoura.  
(...)

A empresa que procede ao registro, realiza uma edição; os discos têm, conjuntamente com as cópias impressas ou gravadas, as duas características que identificam o ato de edição: constituem documentos materiais, duráveis, e são destinados à divulgação do objeto que reproduzem. O registro difere da obra impressa, no sentido de conter uma interpretação e não um texto (...) duas variedades de um mesmo tipo, que diferem, uma da outra, não pela sua natureza, mas pelo objeto da reprodução

DESBOIS, Henri. Droit d’auteur, Le: droit français Convention de Berne révisée. Paris: Dalloz, 1950. P.313 e 315.

<sup>45</sup> HAMMES, Bruno Jorge. O Direito da Propriedade Intelectual. 3ª ed. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2002. P. 274.

A Lei de Direitos Autorais possui um capítulo exclusivo que trata do contrato de edição<sup>46</sup>, prevendo desde as cláusulas principais até a tiragem mínima, caso o contrato seja silente, e a partir de quando pode-se considerar os exemplares esgotados.

Em seu artigo 63, §2º, prevê que: “Considera-se esgotada a edição, quando restarem em estoque, em poder do editor, exemplares em número inferior a dez por cento do total da edição”.

Como se vê, através do contrato de edição a obra “nasce” para o mercado consumidor, é explorada comercialmente e se esgota após restarem no estoque do editor número inferior a 10% do total de exemplares da tiragem. Portanto, de forma técnica, considera-se obra esgotada aquela de cuja tiragem restaram poucos ou nenhum exemplar em estoque.

Porém, o objetivo desse trabalho é ir além dessa definição. Para tratar dos casos em que é possível reproduzir um obra esgotada é preciso analisar os motivos pelos quais a obra permanece com os exemplares esgotados, por que editor ou autor não deram continuidade a uma nova edição, se a falta de estoque foi causada pelo próprio autor, pela editora ou por terceiros, e as consequências desse esgotamento, dessa escassez de exemplares, no mercado consumidor.

Inicialmente, podemos considerar como uma das formas de esgotamento o término do contrato de edição. O art. 63 da Lei de Direitos Autorais traz que “Enquanto não se esgotarem as edições a que tiver direito o editor, não poderá o autor dispor de sua obra, cabendo ao editor o ônus da prova”. Neste caso, é possível concluir que o contrato de edição não se encerra enquanto não se esgotarem os exemplares das edições pactuadas em contrato, portanto, se o contrato termina, é porque já não restam mais que 10% dos exemplares em estoque. Sendo assim, mesmo que a última edição a que tinha direito por contrato se esgote, o editor não terá o dever contratual de produzir mais exemplares se não for previamente negociada uma renovação do contrato com o autor, restando os exemplares esgotados para o mercado consumidor enquanto não for firmado novo contrato de edição.

Entende-se que o contrato versa apenas sobre uma edição. O objetivo é salvaguardar a liberdade do autor de contratar com outro editor em cada nova edição. Nada impede que o autor pactue um novo contrato com o mesmo editor.<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> Capítulo I “Da Edição” –art. 53 a 67 da Lei 9.610/98.

<sup>47</sup> HAMMES, Bruno Jorge. O Direito da Propriedade Intelectual. 3ª ed. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2002. P. 274.

Assim, no caso de término do contrato de edição, se o próprio autor não renovar o contrato com a atual editora, nem firmar novo contrato com outra empresa, findo o estoque da última edição os exemplares da obra considerar-se-ão esgotados. Nota-se, neste caso, que é a inércia do autor em não renovar o contrato, ou procurar nova editora, que mantém os exemplares esgotados para o mercado consumidor.

## **II - Inércia da editora.**

Existe na Lei de Direitos Autorais, no parágrafo único do artigo 62<sup>48</sup>, uma previsão que, depois de assinado o contrato de edição, se a editora não publicar a obra em até dois anos da assinatura deste, salvo estipulação em contrário pelas partes, o autor pode rescindir o contrato pela inércia da editora.

Tal previsão protege os interesses do autor, pois este fez esforços e tem expectativas com relação à publicação de sua obra, inclusive econômicas, que serão frustradas ou prejudicadas caso a editora demore a publicar. Havendo um desequilíbrio de forças no contrato, sendo o autor, por vezes, a parte mais fraca, a previsão da lei lhe dá forças para provocar a editora à publicar a obra, ou a rescindir o contrato para que tenha a liberdade de procurar outra editora.

Conforme ensina Fabio Ulhoa Coelho:

Na edição, o editor assume a obrigação de investir na publicação da obra nos termos do contrato, não sendo de seu exclusivo arbítrio e discricionariedade fazê-la ou não, nem postergá-la para quando lhe interessar. Se a obra não estiver publicada no prazo contratado ou em 2 anos após o contrato, quando omissa este, haverá inadimplemento do editor (LDA, art. 62).<sup>49</sup>

Bruno Jorge Hammes explica que a inércia da editora pode ser prejudicial aos interesses do autor: “A demora pode trazer graves prejuízos ao autor. Conforme a natureza, a edição tardia pode tornar obsoleta a obra.”<sup>50</sup>

---

<sup>48</sup>Art. 62. A obra deverá ser editada em dois anos da celebração do contrato, salvo prazo diverso estipulado em convenção.

Parágrafo único. Não havendo edição da obra no prazo legal ou contratual, poderá ser rescindido o contrato, respondendo o editor por danos causados.

<sup>49</sup>COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil, volume 4: direito das coisas, direito autoral. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>50</sup>HAMMES, Bruno Jorge. O Direito da Propriedade Intelectual. 3ª ed. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2002. P. 275

Se a questão for a inércia da editora em relação à publicação da primeira edição da obra, não há que se falar em exemplares esgotados, já que o estoque é inexistente. Portanto esta situação não será objeto deste presente estudo.

Mas considerando que já exista uma edição anterior publicada, que o contrato tenha sido firmado para duas edições ou mais e que a editora deixe de publicar a edição seguinte após o encerramento da tiragem da edição anterior, é possível entender que novamente houve uma inércia da editora, não em editar a obra, mas em prosseguir com a publicação de uma nova edição.

Para essa situação o art. 65<sup>51</sup> da Lei de Direitos Autorais dá ao autor o direito de notificar o editor para que proceda com a nova edição da obra.

É comum o contrato de edição assegurar ao editor o direito de tirar sucessivas edições da obra. É uma forma de se garantir quanto ao retorno dos investimentos feitos. Mas a lei ressalva também nesse caso os interesses do autor. O editor não pode deixar de providenciar nova edição quando em seu estoque houver menos de 10% dos exemplares da última. Se o editor negligencia no cumprimento dessa obrigação, o autor pode notificá-lo, fixando prazo razoável para o lançamento de nova edição da obra. Desatendido o prazo, o editor perde o direito de a publicar e responde pelas perdas e danos sofridos pelo autor (LDA, art. 65).<sup>52</sup>

Neste caso, encerrada a tiragem anterior, enquanto a editora não proceder com a publicação da edição seguinte, conforme for sendo feita a distribuição das obras para o mercado consumidor restarão poucos ou nenhum exemplar para a venda, estando a edição anterior da obra esgotada, indisponível aos consumidores.

Porém, é preciso destacar que nesse caso a vontade final será a do autor. Ele possui o *direito* de notificar o editor para que proceda com a publicação, mas, se não o fizer, os exemplares continuarão esgotados em estoque. Portanto, nessa situação, se a editora não der continuidade às edições e o autor nada fizer, essa inércia de ambos os lados manterá os exemplares esgotados.

Essa situação se assemelha à anteriormente analisada, uma vez que é novamente a inércia do autor, em fazer valer seu direito à reprodução e à edição, que mantém os exemplares esgotados para o mercado consumidor.

---

<sup>51</sup>Art. 65. Esgotada a edição, e o editor, com direito a outra, não a publicar, poderá o autor notificá-lo a que o faça em certo prazo, sob pena de perder aquele direito, além de responder por danos.

<sup>52</sup>COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil, volume 4: direito das coisas, direito autoral. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Diante disso, é possível concluir que, no caso do contrato de edição, a situação de esgotamento sempre será consequência da vontade do autor ou titular, pois podendo notificar a editora, renovar ou firmar novo contrato, não o fez, mantendo a escassez dos exemplares. Se é da vontade dele, autor ou titular, que a obra permaneça disponível, ele possui diversos mecanismos legais para colocar seus exemplares novamente em circulação. Porém, caso não tenha interesse em dar continuidade à exploração, é a sua vontade, *versus* o interesse público, que deve ser ponderada no caso dessa indisponibilidade estar impedindo o acesso à obra. Situação esta que será analisada em momento posterior neste trabalho.

## §2 - Direito de arrependimento

O direito de autor é um direito *sui generis* que se divide em duas categorias: os direitos morais e os direitos patrimoniais. Conforme já visto anteriormente, o artigo 29 da Lei de Direitos Autorais traz os rol dos direitos patrimoniais do autor, entre eles o direito de reprodução, que têm por objetivo garantir ao autor a exploração econômica de sua obra.

Já os direitos morais<sup>53</sup> estão ligados aos aspectos pessoais do autor, de caráter íntimo, inerentes ao ato da criação: “(...) o direito moral do autor vem a ser o vínculo pessoal, direto e

---

<sup>53</sup> “*The natural rights strain that is commonly associated with the author’s right tradition did not emerge until the later part of the nineteenth century, by which time copyright laws had been enacted throughout the European continent. The rationale for author’s right is usually traced to the work of Otto von Gierke, who, expanding on Kant’s connection of literary creation to the personality of the author, argued for a copyright that rested in the author’s control over every aspect, personal as well as material, of his work’s exploitation. Differences over the implications of copyright’s capacity to control both the economic and personal aspects of a work led to a philosophical split between the dualista theory of copyright, followed most prominently in France, and the monista theory, followed in Germany. French law separates the author’s moral, or personal, right from his economic, or property, right. Where the economic right is alienable and subject to a limited term, and to exemptions and compulsory licenses dictated by Market realities, moral right is at least nominally absolute – perpetual, inalienable, imprescriptible. German law, following the monist philosophy, fuses personal and economic interests into a single doctrine and prescribes the same rules for both.*”

Em tradução livre: “A linha do direito natural, comumente associada à tradição dos direitos de autor, não surgiu até a metade do século XIX, época em que as leis de direitos autorais haviam sido promulgadas em todo o continente europeu. O surgimento do direito de autor é geralmente atribuído ao trabalho de Otto von Gierke que, expandindo a conexão de Kant sobre criação literária e a personalidade do autor, defendeu um direito que residia no controle do autor sobre todos os aspectos, tanto pessoal quanto material, sobre a exploração de sua obra. Diferenças sobre as implicações da capacidade do direito de autor de controlar os aspectos econômicos e pessoais de uma obra levaram a uma divisão filosófica entre a teoria dualista do direito de autor, seguida principalmente na França, e a teoria monista, seguida na Alemanha. A lei francesa separa o direito moral, ou pessoal do autor, de seu direito econômico ou de propriedade. Enquanto o direito econômico é alienável e sujeito a um prazo limitado, e às isenções e licenças compulsórias ditadas pelas realidades do mercado, o direito moral é, pelo menos nominalmente, absoluto - perpétuo, inalienável, imprescindível. O direito alemão, seguindo a filosofia monista, funde interesses pessoais e econômicos em uma única doutrina e prescreve as mesmas regras para ambos.”

GOLDSTEIN, Paul. *International Copyright. Principles, law and practice*. New York: Oxford University Press, 2001. P. 9.

íntimo do autor com sua criação intelectual, manifestada na forma legalmente prevista.”<sup>54</sup> Ele protege as relações pessoais e ideais do autor com a obra, e, embora diga respeito à personalidade do autor, não deve ser confundido com o direito de personalidade em geral<sup>55</sup>.

Assim, o direito de autor é composto pelos direitos patrimoniais, que são temporários e disponíveis, e os direitos morais, inerentes à pessoa do autor e sua relação com a obra, que não perecem pelo decurso do tempo, nem podem ser alienados.

*Oltre ai diritti di tipo patrimoniale abbiamo anticipato che esistono anche i cosiddetti diritti morali, ovvero alcuni diritti attinenti alla sfera più personale dell'autore, al quale si riconosce dunque che l'opera da lui creata porta con sé anche un valore aggiunto rispetto alla mera possibilità del suo sfruttamento economico: un valore di tipo morale appunto, legato al rispetto dell'onore e della reputazione dell'autore, anche al di là della sua morte e al di là della durata dei diritti patrimoniali. La loro peculiarità (non irrilevante sia dal punto di vista giuridico che pratico) è che si tratta di diritti perpetui (infatti dopo la morte dell'autore vengono gestiti dagli eredi), incredibili e indisponibili; per cui essi sorgono in capo all'autore automaticamente con la creazione dell'opera come avviene per i diritti patrimoniali, con la differenza che l'autore non può in alcun modo "liberarsene". Negli ordinamenti giuridici in cui esistono tali diritti, l'autore può mantenere comunque un certo controllo sull'opera, anche nel caso in cui abbia ceduto i diritti di sfruttamento economico.<sup>56</sup>*

Na Lei de Direitos Autorais brasileira o rol presente no art. 24 tem por objetivo garantir ao autor a proteção no que concerne à autoria da obra, como direito à ter seu nome citado como autor da obra, impedir modificações ou supressões de partes da obra por terceiros, entre outros.

Os direitos morais garantem ao criador reivindicar a autoria da obra, bem como a menção do seu nome na divulgação da mesma e assegurar a integridade da obra, em sua reputação ou honra, além dos direitos de modificá-la ou retirá-la de circulação. Esses direitos são inalienáveis e irrenunciáveis.<sup>57</sup>

<sup>54</sup> ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Considerações sobre o direito moral do autor. *In* Revista da ABPI, nº 44, jan/fev 2000. P. 4.

<sup>55</sup> HAMMES, Bruno Jorge. O Direito da Propriedade Intelectual. 3ª ed. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2002. P. 70.

<sup>56</sup> Em tradução livre: Além dos direitos de um tipo patrimonial nós antecipamos que também existem os chamados direitos morais, ou seja, determinados direitos relacionados com a vida pessoal do autor, que, portanto, reconhecem que o trabalho que ele criou também traz um valor acrescido em comparação com a simples possibilidade de sua exploração econômica: um valor moral de fato, subordinado ao respeito e honra, da reputação do autor, mesmo para além da sua morte e para além da duração dos direitos econômicos. Suas peculiaridades (não irrelevantes legalmente e na prática) é que são direitos perpétuos (na verdade, após a morte do autor são geridos pelos herdeiros), intransferíveis e inalienáveis; por que eles surgem com o autor automaticamente com a criação da obra, como é para os direitos econômicos, com a diferença de que o autor não pode de forma alguma "se livrar". Em jurisdições onde existem tais direitos, o autor ainda pode manter um certo controle sobre o trabalho, mesmo que tenha transferido os seus direitos de exploração econômica. ALIPRANDI, Simone. Capire Il Copyright - Percorso guidato nel diritto d'autore. Edito da: Ledizioni, 2012. Pág. 76. Disponível em: [http://www.aliprandi.org/capire-copyright/intro\\_capirecopyright.pdf](http://www.aliprandi.org/capire-copyright/intro_capirecopyright.pdf). Consulta em: 10/10/2016.

<sup>57</sup> PEREIRA, Ana Maria; PIMENTEL, Luis Otávio; MEHLAN, Viviane. Direitos Autorais: estudos e considerações. II Ciberética. Simpósio Internacional de Propriedade Intelectual, Informação e Ética, VIII.

Os direitos morais protegerão a relação do autor com sua criação, suas vontades e planos em relação à ela, se pretende torná-la pública ou não, se pretende fazer modificações ou impedir que terceiros a modifiquem, permitir que terceiros a utilizem em parte ou proibir que sua obra seja utilizada ou publicada de outra forma que não na sua integridade. Ou seja, além de garantir a autoria, os direitos morais garantirão que a obra circule e seja exposta ao público na forma que o autor desejar.

Segundo Delia Lipszyc<sup>58</sup>:

*El derecho moral protege la personalidad del autor en relación con su obra. Está integrado, en sustancia, por el derecho del autor a decidir la divulgación de la obra – darla a conocer o mantenerla reservada en la esfera de su intimidad – a exigir que se respete su condición de creador y la integridad de su creación y a retractarse o arrepentirse por cambio de convicciones y retirarla de circulación*

Dentre os direitos morais do autor está o chamado “direito de arrependimento”, previsto na Lei 9.610/98, no art. 24, VI, que permite ao autor “retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação ou imagem”.

Plínio Cabral<sup>59</sup> observa que, embora certas expressões utilizadas pelo legislador façam parecer que o problema do arrependimento se liga apenas ao livro, na verdade ele abrange todo o espectro das obras de criação.

O autor, em dado momento, pode considerar a difusão de sua criação intelectual algo negativo à sua imagem, seja por alteração de suas concepções éticas, estéticas, ou por outras razões pessoais<sup>60</sup>

O prof<sup>o</sup> Bruno Jorge Hammes<sup>61</sup> ensina que:

Publicada e divulgada a obra, pode haver interesse do autor em não mais permitir sua ulterior divulgação. O art. 24, VI, o permite se a circulação implica afronta à reputação ou imagem do autor. (...) Os motivos podem ser o mais diversos. Talvez a

---

Encontro de Informação e Documentação Jurídica/ENIDJ. 22º Painel Biblioteconomia em Santa Catarina. P 2. Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/27894-27904-1-PB.pdf> Consulta em 16/10/2016

<sup>58</sup>Em tradução livre: O direito moral protege a personalidade do autor em relação a sua obra. Ela consiste, em substância, pelo direito do autor de decidir pela divulgação da obra – torná-la conhecida ou mantê-la reservada na esfera de sua intimidade – exigir que se respeite sua condição de criador e a integridade de sua criação e retratar-se ou arrepender-se por mudança de convicções e retirá-la de circulação.

LIPSZYC, Delia. Derecho de autor y derechos conexos. Unesco, 2003. P 156-157.

<sup>59</sup> CABRAL, Plínio. Direito Autoral: Dúvidas e Controvérsias. São Paulo: Harbra, 2000. P. 132.

<sup>60</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral – 2ª ed., ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. P. 135.

<sup>61</sup>HAMMES, Bruno Jorge. O Direito da Propriedade Intelectual. 3ª ed. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2002. P. 77.

obra não corresponda mais ao modo de pensar do autor em virtude de formação ulterior.

O direito ao arrependimento está previsto na Lei de Direitos Autorais no Capítulo II, referente aos direitos morais de autor, que são direitos personalíssimos, inalienáveis e irrenunciáveis. O direitos morais de autor protegem a subjetividade do criador intelectual, mediante a conservação e o respeito à sua personalidade criativa<sup>62</sup>.

É preciso destacar que a situação de arrependimento gera um fluxo contrário ao esperado para a obra. A obra nasce da criatividade do autor e é apresentada à sociedade como uma forma de enriquecimento cultural. Espera-se que ela seja notada, admirada, estudada, consumida, de certa forma, conforme sua natureza. Assim, querer retirá-la de circulação é dar-lhe destinação diversa do esperado, é fazê-la trilhar o caminho inverso na sociedade, saindo da plena exposição para o recolhimento e esquecimento.

Plínio Cabral, na mesma obra citada anteriormente, ensina que “O arrependimento é uma decisão grave. Em certo sentido, o autor abandona um pedaço de si mesmo. Rompe uma ligação com o público.”

Não deve ser uma decisão fácil de ser tomada pelo autor, muito menos uma decisão impulsiva, nascida de um ímpeto. Por isso deve ser respeitada, mas, de certa forma, justificável.

Conforme explicado por Guilherme Carboni no II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público<sup>63</sup>, a recusa do autor em reeditar a obra deve sempre ser pautada no direito moral de autor de arrependimento, se a recusa for por mero capricho pessoal é possível que se configure um abuso de direito por parte do autor. Porém, essa análise sobre os fundamentos da recusa, suas implicações e possíveis soluções serão estudados em tópico mais a frente neste trabalho.

Dessa forma, se é da vontade do autor que a obra não esteja mais em circulação, por um arrependimento justificável, ele pode proceder com a retirada de mercado dos exemplares disponíveis para venda, o que irá provocar automaticamente um esgotamento do estoque.

---

<sup>62</sup>MENEZES, Elisângela Dias. Curso de Direito Autoral. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. P. 67

<sup>63</sup>CARBONI, Guilherme. Aspectos Gerais da Teoria da Função Social do Direito de Autor *in* WACHOWICZ, Marcos e SANTOS, Manoel J. Pereira dos (organizadores). Estudos de Direito de Autor e Interesse Público. Anais do II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. P. 102.

Portanto, esta é mais uma forma a ser considerada, a do esgotamento causado, provocado pelo próprio autor.

### §3 - Inércia dos herdeiros na sucessão dos direitos de autor.

Falecido o autor, ocorre a transmissão automática, princípio da *saisine*<sup>64</sup>, dos direitos patrimoniais de forma geral e dos direitos morais de forma parcial, aos seus herdeiros e sucessores.

A Lei de Direitos Autorais prevê em seus artigos 24, §1º e 41 a sucessão dos direitos após o falecimento do autor.

Art. 24. São direitos morais do autor:

I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

III - o de conservar a obra inédita;

IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;

(...)

§ 1º Por morte do autor, transmitem-se a seus sucessores os direitos a que se referem os incisos I a IV.

Art. 41. Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil.

Conforme o Direito Civil, a sucessão *causa mortis* pode ser tanto legítima como testamentária com previsão no Livro V do Código Civil (Lei nº 10.406/02).

Assim, com o falecimento do autor os herdeiros passarão a ser titulares de seus direitos, conforme já visto, dando continuidade a gestão, podendo cedê-los, licenciá-los, firmar contratos, autorizações e inclusive defendê-los judicial e extrajudicialmente, caso seja necessário.

Analisando a questão sucessória do ponto de vista do contrato de edição, existem duas situações: quando o autor falece durante a edição da obra, antes de sua publicação, e quando o autor falece após a obra ser posta em circulação, já disponível ao público consumidor.

---

<sup>64</sup>Art. 1784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários. Código Civil - Lei nº 10.406/02.

Na primeira hipótese, se o autor vier a falecer quando a obra ainda não foi publicada, enquanto ainda não tenha sido finalizada ou está sendo trabalhada pelo editor, o artigo 55 da Lei de Direitos Autorais traz as soluções possíveis. Porém, como se trata da primeira edição, sendo inexistente ainda o estoque, essas previsões trazidas pelo referido artigo não serão analisadas por este estudo.

Na segunda situação, o autor vem a falecer após a finalização da obra pela editora, quando esta já está disponível para comercialização, já foi posta em circulação. Nesse caso, os herdeiros sucederão o autor no contrato de edição, recebendo pela comercialização da obra na forma como foi negociado com a editora.

Conseqüentemente, estando esgotados os exemplares dessa edição, os herdeiros terão a possibilidade de renovar o contrato com a editora para que dê continuidade à comercialização da obra, ou negando-se a fazê-lo, os exemplares restarão esgotados. Portanto, esta pode ser considerada mais uma forma de esgotamento, dessa vez por ato dos herdeiros.

Por lo que concierne a las facultades que integran el derecho moral, éstas son irrenunciabes e inalienables (...), si bien algunas son transmisibles por testamento o abintestato.  
(...) los sucesores del autor podrán ejercitar, durante los setenta años siguientes a su muerte o declaración de fallecimiento, la facultad de decidir si la obra ha de ser divulgada y en qué forma (...), respetando en todo caso, el derecho de acceso a la cultura.<sup>65</sup>

É preciso observar que o artigo 24, §1º, da Lei de Direitos Autorais, ao transmitir aos herdeiros alguns direitos morais de autor, não transmite direito de arrependimento (art. 24, VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem) sendo esse personalíssimo ao criador. Dessa forma, mesmo que optem pela não reedição da obra, não é autorizado aos herdeiros retirá-la de circulação, se esta não era a vontade declarada do autor.

Segundo Eduardo Vieira Manso<sup>66</sup>:

Esses direitos, porém, devem ser classificados, de conformidade com sua inerência ao sujeito titular, em *direitos morais de natureza pessoal e direitos morais de*

---

<sup>65</sup>Em tradução livre: No que respeita às facultades que compõem o direito moral, eles são irrenunciáveis, e inalienáveis (...), embora alguns possam ser transmitidos por vontade ou testamento. (...) os sucessores do autor poderão exercer, durante os próximos setenta anos após a sua morte ou declaração de morte, a facultade de decidir se a obra será divulgada e de que forma (...), sempre respeitando o direito de acesso à cultura.

VISO, Roberto Alonso. España: Ley de Propiedad Intelectual. *In* Revista da ABPI, nº 21, mar/abr 1996. P 10.

<sup>66</sup>MANSO, Eduardo. Violações aos Direitos Morais. *In* NAZO, Georgette N. (coordenador) et al. A tutela jurídica do direito de autor. São Paulo: Saraiva, 1991. P. 7 e 9.

*natureza personalíssima*. Do primeiro grupo são aqueles modos de exercer o direito autoral suscetíveis de transmissão, especialmente por causa da morte do autor; do segundo, são aqueles modos de exercer o direito autoral que não são suscetíveis de transmissão sequer *causa mortis*.

(...)

O direito de arrependimento, que se compõe de duas prerrogativas congêneres: uma que consiste na faculdade de o autor (e somente ele) retirar sua obra de circulação, recolhendo-se os exemplares ainda não vendidos aos particulares e impedindo-se toda forma de sua apresentação pública (mesmo sem nenhuma finalidade econômica); outra que se refere à possibilidade de o autor (e somente ele) suspender qualquer forma de utilização já autorizada, o que abrange também as utilizações liberadas pela própria lei como limitações aos direitos autorais (...).

Como se nota, ambos esses direitos considerados personalíssimos conferem faculdades que não poderiam, mesmo, ser transmitidas a sucessores do autor, seja por atos entre vivos, seja por sua morte, porque o seu fundamento se encontra na própria atividade criadora, que é absolutamente íntima. De uma certa forma, ambos esses direitos dizem respeito a um arrependimento: ora o autor se arrepende de ter dado determinada forma interna a obra, isto é, de tê-la concebido e dado a luz com um determinado *corpus mysticum*; ora se arrepende de ter autorizado sua publicação sob determinada forma externa (...) ora, por fim, ele se arrepende de ter criado a obra, pura e simplesmente, para determinar sua verdadeira extinção (...).

Alguns doutrinadores ensinam que os herdeiros deverão sempre seguir a vontade do autor em vida. Carlos Alberto Bittar<sup>67</sup> se posiciona no seguinte sentido: “Conflitos podem, então, instalar-se entre esses direitos e os de personalidade dos herdeiros, sempre que divergências, ideológicas ou artísticas, separem-nos do sucedido, em que deverão ser respeitados seus direitos de ordem pessoal”.

No mesmo sentido, Ascensão<sup>68</sup> explica que “em certos casos o sucessor tem uma posição subordinada ou restringida em relação ao titular originário”.

Sendo assim, a menos que o autor tenha declarado em vida sua vontade de não dar continuidade à comercialização ou divulgação da obra, mantendo-a esgotada, entende-se que os herdeiros não poderão agir de forma contrária aos interesses do autor.

Prevalece a vontade do criador intelectual. Por extensão, se o criador intelectual por mudança de orientação artística ou ideológica, decidir não reeditar obras produzidas em fase anterior, não poderão os herdeiros fazê-lo.<sup>69</sup>

Embora a conduta dos herdeiros em manter a obra esgotada, independentemente da vontade do autor, não esteja de acordo com doutrina, essa forma de esgotamento, suas implicações e possíveis soluções serão estudadas em tópicos posteriores neste trabalho.

---

<sup>67</sup>BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor – 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. P. 110.

<sup>68</sup>ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral – 2ª ed., ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. P. 303.

<sup>69</sup>ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral – 2ª ed., ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. P. 279.

#### §4 - Situação de obra órfã e esgotamento de estoque.

Quando a obra pertence a um autor declarado, ou seja, não é anônima, mas ele por alguma razão não pode, ou não quer, ser encontrado, a obra nessa situação é nomeada pela doutrina obra como “obra órfã”.

O que deve ficar claro é que no caso da obra órfã o autor não é considerado ausente<sup>70</sup>, no sentido previsto no Código Civil. Para esse tipo de ausência existe uma previsão de sucessão provisória, onde os herdeiros assumirão os negócios do ausente<sup>71</sup>. O que se encaixaria na situação abordada no tópico anterior.

Neste sentido, Frédéric Pollaud-Dulian ensina que: *“tant que l'absence n'a pas été déclarée, la divulgation ne puisse pas être décidée par la famille de l'absent. Em revanche, une fois l'absence déclarée, tout se passe comme si l'auteur était décédé et ses héritiers peuvent décider la publication de l'oeuvre.”*<sup>72</sup>

Obra órfã, no caso, “são aquelas cujo autor seja desconhecido, ou não se consiga contatar, ou cuja localização seja tão difícil que crie um ônus insuportável.”<sup>73</sup> O autor, em algum momento no passado, criou a obra e a colocou em circulação, mas depois de certo tempo e por alguma razão, não quer ser encontrado, ou cedeu os direitos de exploração à alguma empresa ou terceiro que também não é possível de ser encontrado ou identificado e nessa situação a obra fica sem o respectivo titular que possa permitir a continuidade de sua divulgação e exploração. Tal qual um incapaz que não possui um responsável que zele por ele, a obra fica órfã de um titular que possa responder por ela.

---

<sup>70</sup>Silvio Venosa, citando Washington de Barros Monteiro, dispõe que: “De forma sintética, podemos afirmar que ausente é a pessoa que deixa seu domicílio e não há mais notícias de seu paradeiro. Não basta, no entanto, a simples não presença: o ausente deve ser declarado tal pelo juiz. Nesse sentido, Washington de Barros Monteiro nos dá uma fórmula para a conceituação da ausência: não presença + falta de notícias + decisão judicial = ausência.”

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: parte geral / Coleção direito civil v. 1. 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2013. P. 160.

<sup>71</sup>A fase da sucessão provisória tem início na forma do art. 26: "Decorrido um ano da arrecadação dos bens do ausente, ou, se ele deixou representante ou procurador, em se passando três anos, poderão os interessados requerer que se declare a ausência e se abra provisoriamente a sucessão."

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direito das sucessões I. Coleção direito civil: v. 7- 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2013. P. 80.

<sup>72</sup>Em tradução livre:

Como a ausência não foi declarada, a divulgação não pode ser decidida pela família do ausente. Em contrapartida, uma vez que é declarada a ausência, é como se o autor tivesse morrido e seus herdeiros podem decidir sobre a publicação do trabalho.

POLLAUD-DULIAN, Frédéric. Le droit d'auteur. Paris: Economica, 2005. P. 384.

<sup>73</sup>ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito fundamental de acesso à cultura e direito intelectual. In SANTOS, Manoel J. Pereira dos. (coordenador). Direito de autor e direitos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2011. P 29

*Una obra será huérfana cuando ninguno de sus titulares de derechos esté identificado o, de estarlo, ninguno esté localizado a pesar de haber efectuado una búsqueda diligente. Queremos hacer uso de una obra o prestación, pero no tenemos un interlocutor al que dirigirnos para pedirle autorización o no sabemos donde está, entrando en juego el derecho de acceso a la cultura. Desconocemos si el titular de los derechos está vivo o ha fallecido, en caso de ser persona física, o si se ha disuelto o se ha fusionado con otra empresa, en caso de ser persona jurídica. A lo largo de la vida de una obra o prestación, pueden producirse múltiples cesiones de derechos, cuyos titulares se hayan ido perdendo por el camino.*<sup>74</sup>

Nesse mesmo sentido, o *United States Copyright Office*, em seu relatório sobre obras órfãs, define como um dos problemas a localização do titular:

*In these cases, productive and beneficial uses of works may be inhibited not because the copyright owner has asserted his or her exclusive rights in the work, or because the user and owner cannot agree on the terms of a license, but merely because the user cannot identify and/or locate the owner and therefore cannot determine whether, or under what conditions, he or she may make use of the work.*<sup>75</sup>

Também pode-se considerar a obra como órfã quando, pelo decurso do tempo da morte do autor, os herdeiros titulares dos direitos autorais não podem ser localizados. Como após a morte do autor os herdeiros ainda irão deter a titularidade da obra pelos próximos 70 anos, é normal que com o passar dos anos a obra passe de um herdeiro para outro por sucessão e pode ocorrer, ao longo desse período, da titularidade se perder entre os herdeiros, ou até da localização destes ser desconhecida, dependendo da distância, pessoal e até mesmo geográfica, que esses tinham com o autor.

Conforme expõe Horácio Fernández Delpech:

*Se denominan obras huérfanas a aquellas obras publicadas que siguen estando protegidas per el régimen de derechos de autor, pero cuyo autor, sus herederos o los titulares de los derechos sobre aquellas son imposible de identificar o localizar.*

*Cualquier obra publicada puede transformarse en obra huérfana cuando se desconoce si el autor vive o ha fallecido, así como dónde se domicilia el autor o, en el caso de su fallecimiento, quiénes son sus herederos y dónde se domicilian, o si existen otros titulares de derechos.*

*Esto provoca las siguientes dos posibles y más comunes situaciones de orfandad:*

- 1) Se conoce el nombre del autor de la obra pero de desconoce su domicilio. Consecuentemente, no se puede reeditar la obra mientras que no se acredite su fallecimiento.*
- 2) Se conoce el nombre del autor de la obra y se sabe que éste ha fallecido.*

<sup>74</sup> LÓPEZ MAZA, Sebastian. Las obras huérfanas en el Derecho Europeo. In Argentina: Revista Iberoamericana de la Propiedad Itelectual – Número 7 – Setembro 2016

<sup>75</sup>Em tradução livre: “Nestes casos, usos produtivos e benéficos das obras podem ser inibidos não porque o proprietário dos direitos autorais tenha afirmado seus direitos exclusivos no trabalho, ou porque o usuário e o proprietário não podem concordar com os termos de uma licença, mas simplesmente porque o usuário não consegue identificar ou localizar o proprietário e, portanto, não é possível determinar se, ou em que condições, ele ou ela pode fazer uso do trabalho.”

United States Copyright Office: Orphan Works and Mass Digitization - A report of the register of copyrights, June 2015. Disponível em: <http://www.copyright.gov/orphan/reports/orphan-works2015.pdf> Consulta em 28/08/2016

*Consecuentemente, no se puede reeditar la obra mientras que no se localice a los herederos y éstos no presten su conformidad o transcurran setenta años desde el fallecimiento del autor.*<sup>76</sup>

Portanto a situação de obra órfã ocorre quando as criações ainda estão protegidas pela Lei de Direitos Autorais, não caíram em domínio público, mas não é possível localizar o titular (autor ou herdeiros).

Eduardo Lycurgo<sup>77</sup>, em palestra proferida no seminário Direitos Autorais e Acesso à Cultura, fala sobre a dificuldade de reprodução da obra órfã:

Uma obra que foi editada pela última vez na década de 50 e eu vou procurar o nome do autor e não encontro nenhum dado sobre essa pessoa. Não sei se está viva, se faleceu e quando foi e olho para o editor e vejo que também não existe, ele já faleceu há algum tempo. Como faço? Eu tenho uma limitação muito séria e não posso reproduzir essa obra integralmente porque a cópia privada, por ora, dentro do texto da lei autoral não é permitida, mas eu preciso reproduzir essa obra.

Para esse trabalho será considerada a situação em que a obra já foi editada e publicada e o titular em algum momento futuro torna-se incomunicável ou desconhecido.

Com a comercialização dos exemplares, na tiragem em que foram produzidos, o estoque pode se esgotar. Diante dessa situação, estando a obra em situação de orfandade, surge um questionamento quanto a renovação do contrato de edição.

Caso no contrato esteja prevista mais de uma edição é fácil entender que, esgotada uma edição, será dado início à outra de forma contínua, sem a necessidade de comunicar o titular, já que estava acordado previamente, podendo a editora, mesmo em situação de obra órfã, dar continuidade ao contrato conforme o número de edições negociadas.

É preciso lembrar que a Lei de Direitos Autorais, em seu artigo 56, prevê que se não

---

<sup>76</sup>Em tradução livre:

Se denominam obras órfãs aquelas obras publicadas que estão protegidas pelo regime do direito de autor, mas cujo autor, seus herdeiros ou titulares dos direitos sobre aquelas são impossíveis de identificar ou localizar.

Qualquer obra publicada pode transforma-se em obra órfã quando se desconhece se o autor é vivo ou falecido, assim como onde é seu domicílio ou, em caso de falecimento, quem são seus herdeiros e onde estão domiciliados, ou se existem outros titulares de direitos.

Isto provoca as seguintes possíveis e mais comuns situações de orfandade:

1) Se conhece o nome do autor e da obra, mas se desconhece seu domicílio. Consequentemente, não se pode reeditar a obra enquanto sua morte não é confirmada.

2) Se conhece o nome do autor e da obra e se sabe que ele é falecido. Consequentemente, não se pode reeditar a obra enquanto os herdeiros não forem localizados e não derem o seu de acordo ou não tenha decorrido setenta anos do falecimento do autor.

DELPECH, Horacio Fernández. Manual de los derechos de autor. Buenos Aires: Heliasta, 2011. P. 74.

<sup>77</sup>LYCURGO, Eduardo. Domínio Público e obra órfã. In Anais do Seminário Direitos Autorais e Acesso à Cultura. 27 e 28 de Agosto de 2008 – Brasília: Ministério da Cultura, Coordenação Geral de Direito Autoral, 2008. P. 90.

houver cláusula expressa, “entende-se que o contrato versa apenas sobre uma edição”. Então, quando o contrato for silente ou prever apenas uma edição, ao final do estoque os exemplares restarão esgotados, mesmo que seja intenção da editora dar continuidade à comercialização.

Como o direito autoral possui interpretação restritiva<sup>78</sup>, não é possível deduzir qual seria a vontade do titular se presente, é preciso sua vontade declarada para a renovação do contrato de edição.

Nesse caso, mesmo que seja intenção da editora continuar a publicação, ao término do contrato este terá que ser encerrado e restarão disponíveis ao público apenas os exemplares já colocados a venda.

## **§5 - Obra em suporte digital e situação equivalente ao esgotamento**

Conforme visto anteriormente, a obra pode ser materializada num suporte digital e acessada através de um computador, notebook, smartphone, tablet ou outro dispositivo semelhante.

Para esse tópico, serão consideradas apenas as obras sem exemplares físicos equivalentes, disponíveis apenas em meio virtual. No caso dessas obras não há uma tiragem de exemplares, mas há a disponibilização através de *download*, que embora permita “baixar” inúmeras vezes o arquivo para diversos usuários, também pode se tornar indisponível, tal qual no esgotamento, conforme será visto a seguir.

No caso de disponibilização via *download*, o acesso pode acontecer de duas formas: na primeira, o autor firma contrato com um intermediário que colocará a obra à venda para o público através de *download*, situação essa que se assemelha à figura do editor. Na segunda, o autor pode disponibilizar por conta própria o *download* para o público, seja de forma onerosa ou gratuita.

Ao efetuar o *download* do arquivo, o indivíduo adquire um exemplar da obra. Mesmo inexistindo a figura corpórea da obra, há a existência do exemplar em si (arquivo digital). A opção de disponibilização apenas em formato digital é critério do autor, que tem a

---

<sup>78</sup>Art. 4º da Lei nº 9.610/98: “Interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais.”

possibilidade de disponibilizar a obra também em suporte físico, mas não o faz<sup>79</sup>.

O intermediário deixará a obra disponível ao público pelo prazo firmado em contrato, assim como acontece com as obras físicas. Findo o contrato, o arquivo ficará indisponível para download, o que se assemelha a um esgotamento da obra, tal qual se esgotaria um estoque.

Ocorre porém que, no meio digital, a criação de cópias é muito mais fácil, bastando apenas um clique ou dois, além disso, é possível que várias pessoas acessem o mesmo arquivo simultaneamente. Por essa razão, fala-se que a obra digital não permite ao autor um controle da disponibilidade de sua obra.

alguns sustentam que inexistente tecnologia segura que permita tanto aos autores quanto aos demais titulares de direito associar aos arquivos digitais de uma criação licenças e condições de uso que subsistam após a disponibilização da obra dentro do ambiente digital, de forma a controlar usos derivados posteriores.<sup>80</sup>

Mesmo tornando-a indisponível para download em um site, a facilidade com que se pode obter uma cópia de algum outro usuário passa uma sensação de que não há direito algum sobre aquela obra, de que a comunidade virtual estaria impune às aplicações do direito autoral.

A digitalização (tecnologia digital) tem produzido novas tendências econômicas e sociais, as quais confrontam e desafiam vários princípios e conceitos fundamentais de direito de autor.

(...) as pessoas que compõem uma comunidade virtual costumam transmitir coisas de uma maneira pela qual obras protegidas pelo direito de autor são trocadas nesta nova comunidade e a norma deve considerar a forma com que informações são trocadas e circulam nestas comunidades virtuais.

(...)

Enquanto todas as tecnologias de reprodução mais avançadas (fotocópia, som e vídeo, etc.) apresentam uma ameaça aos detentores de direitos de autor, as mídias

---

<sup>79</sup> Delia Lipszyc cita um exemplo interessante sobre esse tipo de situação: “*Resulta interesante recordar una experiencia muy difundida: la del popular escritor estadounidense Stephen King, porque, si bien la edición electrónica de libros se venía practicando desde hacía una década, la publicación en el año 2000 en internet de su obra "Riding the Bullet" volvió a agitar el tema, porque era la primera vez que una novela para el gran público de un autor best seller se publicaba exclusivamente en ese medio. Sólo 48 horas después de ponerse a la venta en el sitio web de la librería Barnes & Noble ya se habían descargado, desde diversas partes del mundo, más de 500.000 ejemplares.*

Em tradução livre: “É interessante lembrar de uma experiência bastante difundida: o escritor popular americano Stephen King, porque, embora a edição eletrônica de livros vinha sendo praticada havia uma década, a publicação em 2000 na Internet de seu livro "Riding the Bullet" voltou a agitar o tema, porque era a primeira vez que um romance para o público em geral de um autor best-seller era publicado exclusivamente nesse meio. Apenas 48 horas depois de colocado à venda no site da Barnes & Noble já tinha sido feito, em várias partes do mundo mais de 500.000 downloads.

LIPSZYC, Delia. Nuevos Temas de Derecho de Autor y Derechos Conexos. Unesco, 2004. P.292

<sup>80</sup> SANTOS, Manoel J. Pereira dos. A Proteção e o exercício dos direitos autorais sobre obras intelectuais e fonogramas no comércio eletrônico. *In* Revista da ABPI, nº 42, set/out 1999. P. 54

digitais representam uma ameaça aterrorizante, em muito maior escala do que aquela oriunda da tecnologia analógica, aos mesmos detentores de direitos de autor, pois a mesma tecnologia necessária para o uso da obra digital também pode ser utilizada para produzir um número ilimitado de cópias “perfeitas” de tal obra.

(...)

A segunda característica das mídias digitais que desafia o direito de autor tradicional repousa na facilidade com que uma obra no ambiente digital pode ser transmitida e utilizada por várias pessoas ao mesmo tempo

(...) não há mais dúvidas sobre a possibilidade de inserção das mídias digitais dentro destas normas e da proteção das obras digitais pelo direito de autor, posto que a forma digital nada mais constitui do que somente um modo ou forma de expressão da obra.<sup>81</sup>

Quando se fala em ambiente digital, é crescente a discussão de uma necessidade de adequação das normas para essa nova modalidade, como uma forma de regulamentar as atividades no meio virtual. Essa análise será retomada em momento posterior neste trabalho.

A informação e o conhecimento, que, com o auxílio dos novos meios de comunicação, vêm aceleradamente se expandindo, já estão provocando transformações sem precedentes, uma verdadeira revolução cultural, com reflexos, inclusive, nas relações econômicas locais e internacionais.<sup>82</sup>

Paralelamente, outra forma de disponibilizar a obra digital é através dos serviços de *streaming*, que tem se popularizado cada dia mais. O *streaming* é um sistema através do qual o usuário paga (geralmente uma mensalidade) para poder ter acesso à um catálogo de obras disponíveis, podendo acessá-las através de site ou aplicativo.

Segundo Delia Lipszyc “*Streaming. Se trata de la descarga de un archivo que no permite su fijación en el disco duro del ordenador. La reproducción se realiza en tiempo real (a medida que se transmite).*”<sup>83</sup>

No caso do serviço de *streaming* não há a figura do exemplar, pois o usuário não adquire para si a obra. Sendo assim, essa modalidade não será abordada no presente trabalho.

Concluindo, a obra em suporte digital pode ficar indisponível ao público tal qual a obra em suporte físico, criando uma situação semelhante à do esgotamento. Nesse sentido, é possível entender que as mesmas análises e conclusões que serão feitas neste trabalho para as obras físicas poderão valer também para a obra digital.

---

<sup>81</sup> LEITE, Eduardo Lycurgo. Direitos autorais nas mídias digitais. In Revista da ABPI nº 49, nov/dez 2000. P. 9, 11 e 17.

<sup>82</sup> GANDELMAN, Henrique. De Gutemberg à internet: direitos autorais na era digital – 5ª ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Record, 2007. P. 17 e 18.

<sup>83</sup> Em tradução livre: “Streaming. Trata-se do acesso à um arquivo que não permite sua fixação no disco rígido de um computador. A reprodução se realiza em tempo real (a medida que se transmite). LIPSYC, Delia. Nuevos Temas de Derecho de Autor y Derechos Conexos. Unesco, 2004. P.329

## **Parte II – Direito de acesso à cultura e ao conhecimento como fundamento para a reprodução**

Nesta segunda parte do trabalho será feita uma análise sobre os direitos de acesso à cultura e ao conhecimento e também sobre os direitos autorais, para uma posterior ponderação entre eles e finalmente uma avaliação das situações elencadas na primeira parte do trabalho e da possibilidade de reprodução não autorizada da obra em cada uma delas.

Para esse estudo, foi feita uma divisão em três capítulos. No primeiro, serão abordados os aspectos dos direitos de acesso à cultura e ao conhecimento, sua previsão legal e posicionamento no ordenamento jurídico. No segundo capítulo serão abordadas as características do direito de autor e será feita uma ponderação entre ele e o direito de acesso à cultura. O terceiro capítulo tratará das formas de acesso à obra e buscará justificar a reprodução como melhor solução para o atendimento do direito de acesso.

### **Capítulo 1 – Direitos fundamentais de acesso à cultura e ao conhecimento**

Conforme dito anteriormente, este capítulo visa a análise desses dois direitos, sua classificação como direito fundamental, sua previsão na Constituição Federal e também no rol de direitos humanos.

Pode-se considerar direitos fundamentais como sendo um conjunto de prerrogativas e instituições, predispostas a uma finalidade. São direitos elementares, da própria natureza do ser humano, sem os quais a pessoa não consegue existir e conviver. São princípios e regras que tem por objetivo a proteção do ser humano em diversas dimensões: liberdade, necessidades e preservação.<sup>84</sup>

Os direitos fundamentais assumem como característica a prescrição de um “dever-ser”, tem função axiológica, são direitos transindividuais. São instrumentos positivados de proteção às pessoas e que tem por objetivo garantir, em última análise, a dignidade da pessoa humana.

---

<sup>84</sup>NUNES JR., Vidal Serrano. A cidadania social na Constituição de 1988. São Paulo: Verbatim. 2009. P 12 a 15

Sobre os direitos fundamentais João Trindade Cavalcante Filho<sup>85</sup> os define “como os direitos considerados básicos para qualquer ser humano, independentemente de condições pessoais específicas. São direitos que compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica.”

E ainda, Alexandre de Moraes<sup>86</sup> ao citar o Min. Celso de Mello, dispõe que “Modernamente, a doutrina apresenta-nos a classificação de direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações, baseando-se na ordem histórica cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos.”

Como destaca Celso de Mello, enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais)- que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade”.(STF -Pleno - MS nº 22.164/SP- Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção 1,17nov. 1995, p. 39.206.)

Norberto Bobbio<sup>87</sup> também traz uma perspectiva histórica a respeito dos direitos fundamentais, explicando sua gênese gradual:

os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (...) o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas

Verifica-se assim que em qualquer análise que envolva temas que integram a legislação pátria é de suma importância que se leve em consideração, antes mesmo da Constituição, os direitos fundamentais que regem nosso sistema legal<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup>CAVALCANTE Filho, João Trindade. Material de Apoio Programa Saber Direito: Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. Sítio do Supremo Tribunal Federal, Disponível em <[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao\\_trindadade\\_\\_teoria\\_geral\\_\\_dos\\_direitos\\_fundamentais.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindadade__teoria_geral__dos_direitos_fundamentais.pdf)>. Consulta em: 17/06/16.

<sup>86</sup>MORAES, Alexandre de, Direito constitucional. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. P 29.

<sup>87</sup>BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. P. 5.

<sup>88</sup> A função desta norma fundamental é: fundamentar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, isto é, das normas, postas através de atos de vontade humanos, de uma ordem coerciva globalmente eficaz, quer dizer: interpretar o sentido subjetivo destes atos como seu sentido objetivo.

## §1 - Previsão na Constituição Federal

Os direitos fundamentais estão previstos na Constituição Federal, dentre eles os direitos de acesso à cultura e ao conhecimento, objetos deste Capítulo.

De forma objetiva, o direito de acesso à cultura está previsto na Constituição nos artigos 215, *caput* e §3º, IV e 216-A, §1º, II e III, além de estar previsto de forma indireta em vários outros artigos da Constituição.

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

(...)

§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:

(...)

IV democratização do acesso aos bens de cultura;

Art. 216-A. O Sistema Nacional de Cultura, organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais.

§ 1º O Sistema Nacional de Cultura fundamenta-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes, estabelecidas no Plano Nacional de Cultura, e rege-se pelos seguintes princípios:

(...)

II - universalização do acesso aos bens e serviços culturais;

III - fomento à produção, difusão e circulação de conhecimento e bens culturais;

O direito de acesso ao conhecimento não está previsto de forma clara na Constituição, pois é composto por diversos outros direitos fundamentais, tais como o próprio direito à cultura, o direito à educação, à informação, entre outros.

Segundo discorrem Matheus Barcelos Martins e Cristina Grobério Pazó, os direitos fundamentais que compõe o acesso ao conhecimento são: direito à informação, direito à educação, direito à cultura, direito à saúde, direito à dignidade e direito à propriedade. O direito à cultura é, talvez, o direito fundamental mais importante para a efetivação do acesso ao conhecimento. Aparece previsto em somente dois artigos (215 e 216 da Constituição Federal) mas é possível percebê-lo também em outros artigos da Constituição que tratam da

---

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998. P. 142. Disponível em: <https://portalconservador.com/livros/Hans-Kelsen-Teoria-Pura-do-Direito.pdf>  
Consulta em: 30/10/2016

cultura em diversos sentidos, tais como: art. 5º, IX; art. 23, III a V; art. 24, VII a IX e art. 30, IX.<sup>89</sup>

Sobre os direitos de acesso à cultura e ao conhecimento, Guilherme Carboni faz a seguinte observação:

O direito de livre acesso à informação e à cultura está previsto nos artigos 5º, inciso XIV e 215 da Constituição Federal (...) tais direitos são informados pelo princípio da universalidade, isto é, são direitos garantidos a todos ou, em outras palavras: direitos sociais<sup>90</sup>

Também segundo Manoel J. Pereira dos Santos:

Já se tornou corrente a afirmação de que passamos atualmente por uma terceira onda ou revolução industrial, que poderia ser definida como a “era de informação”. A informação é, pois, o bem econômico mais importante, que determina profundas transformações em quase todos os aspectos da vida humana, inclusive na economia.<sup>91</sup>

É possível entender que os direitos fundamentais de acesso à informação, ao conhecimento e à cultura são correlatos, estando sempre ligados. Um direito leva ao outro, como consequência, e quando se fala de instrução da sociedade ou de um indivíduo, deve ser considerado o conjunto desses direitos. Conforme ensina Ascensão: “o acesso à cultura está parede-meia com o acesso à informação e o acesso ao conhecimento, que são liberdades igualmente muito importantes”<sup>92</sup>

Direitos fundamentais, como já visto, são direitos básicos ao ser humano. Garantir que o indivíduo tenha acesso à cultura, acesso ao conhecimento, à informação, é garantir seu crescimento intelectual, sua capacidade de compreender melhor o ambiente e a sociedade onde vive. As obras literárias, musicais, audiovisuais, plásticas, entre outras, integram o acervo cultural da sociedade e, além de serem fruto da capacidade criativa de seus autores, servem como contributo para o enriquecimento intelectual de cada cidadão.

---

<sup>89</sup>MARTINS, Matheus Barcelos e PAZÓ, Cristina Grobério. O acesso ao conhecimento no âmbito digital em face dos direitos autorais. *In* Revista CEJ, Brasília, Ano XVI, nº 56, jan/abr 2012. P.84

<sup>90</sup>CARBONI, Guilherme. Conflitos entre direito de autor e liberdade de expressão, direito de livre acesso à informação e à cultura e direito ao desenvolvimento tecnológico. *In* Revista da ABPI nº 85, nov/dez 2006. P. 45.

<sup>91</sup>SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Princípios constitucionais e propriedade intelectual – o regime constitucional do direito autoral. *In* ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva e WACHOWICZ, Marcos (coords.). Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. 3ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. P 28

<sup>92</sup>ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito fundamental de acesso à cultura e direito intelectual. *In* SANTOS, Manoel J. Pereira dos. (coordenador). Direito de autor e direitos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2011. P 13.

Nas palavras de Eduardo Vieira Manso: “A tendência natural da obra de espírito é sua divulgação, e sua natural vocação é destinar-se ao uso de todos quantos lhe tenham acesso.”<sup>93</sup>

Além disso, para Sergio Branco:

A cultura deixou de ser unicamente uma acumulação de obras e conhecimentos produzidos por uma determinada sociedade e não se limita ao acesso aos bens culturais, mas é, ao mesmo tempo, uma exigência de um modo de vida, que abrange também o sistema educativo, os meios de difusão, as indústrias culturais e o direito à informação<sup>94</sup>

Analisando do ponto de vista desde trabalho, quando ocorre o esgotamento de uma obra, dependendo do seu grau de inacessibilidade, todos esses direitos são afetados. Faltará ao interessado, em maior ou menor grau, a informação e o conhecimento presentes na obra, que deixará de integrar sua cultura.

Denis Borges Barbosa<sup>95</sup>, em declaração feita no III Congresso de Direito de Autor e Interesse Público, relaciona o direito de acesso ao direito autoral e a situação da obra com edição esgotada: “Por exemplo, se acaba uma edição, o titular dos direitos está bloqueando o acesso – e já vimos que o direito de acesso aos produtos da criação intelectual é um direito que me afigura ser fundamental.”

Sendo assim, sempre que a situação envolver transmissão de informação e cultura à sociedade, os direitos fundamentais devem ser respeitados e observados, inclusive na situação de esgotamento da obra.

## §2 - Caracterização como Direitos Humanos

Além de estarem presentes no rol de direitos fundamentais, os direitos de acesso à cultura e à informação também podem ser considerados como direitos humanos. Acima disso, pode-se dizer que antes de serem direitos fundamentais, esses direitos pertencem ao rol dos direitos humanos, pois são direitos naturais, inerentes ao ser humano independente do ordenamento jurídico ao qual estejam subordinados.

---

<sup>93</sup> MANSO, Eduardo Vieira. Direito autoral: exceções impostas aos direitos autorais: derrogações e limitações – São Paulo: Bushatsky, 1980. P 302.

<sup>94</sup> BRANCO, Sérgio. A Lei Autoral Brasileira Como Elemento de Restrição à Eficácia do Direito Humano à Educação. *In* Revista Internacional de Direitos Humanos. Edição V. 4 - N. 6 - Jan/2007. Disponível em <http://www.conectas.org/pt/acoes/sur/edicao/6> Consulta em 16/10/2016.

<sup>95</sup> BARBOSA, Denis Borges. Painel VI - Obra Sob Encomenda - Licenças não-voluntárias. *In* WACHOWICZ, marcos (org.) e SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Estudos de direito de autor e a revisão da lei dos direitos autorais. Anais do III Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. P. 191.

Antes de falar da classificação desses dois direitos como direitos humanos é preciso fazer uma outra abordagem, sobre a internalização destes direitos no sistema jurídico brasileiro, para que fique claro o posicionamento legal dos direitos de acesso à cultura e ao conhecimento frente a outros direitos

Nesse sentido, ensina a doutrina que “o problema do fundamento dos direitos humanos teve sua solução atual na Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.”<sup>96</sup>

Os direitos humanos podem ser considerados fonte de direito internacional, tendo em vista que a maior parte da legislação sobre o tema é proveniente de tratados e convenções internacionais, além de estarem consagrados na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Sobre internalização de tratados e convenções pelo Estado, existem para a doutrina duas correntes, a monista e a dualista. Sobre elas, Luiz Flávio Gomes e Flávia Piovesan<sup>97</sup> dissertam:

“(…) para a corrente monista, o ato de ratificação do tratado, por si só, irradia efeitos jurídicos no plano internacional e interno, concomitantemente – o tratado ratificado obriga nos planos internacional e interno. Para a corrente dualista, a ratificação só irradia efeitos no plano internacional, sendo necessária a edição de ato jurídico interno para que o tratado passe irradiar efeitos no Direito interno”.

No Brasil, os tratados e convenções que tratam sobre o tema de direitos humanos tiveram dois momentos, antes e depois da Emenda Constitucional 45 que acrescentou, dentre outras coisas, o §3º ao art. 5º da Constituição, que ficou com a seguinte redação:

“§3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Todavia, ao invés de solucionar a questão, a referida emenda foi motivo de discussão, tendo em vista que criou um “problema” com a hierarquia das normas, pois existem tratados e convenções dos quais o Brasil é signatário que são anteriores a emenda, além da dúvida sobre o status que a convenção ou tratado teria caso não fosse aprovado por quórum qualificado.

---

<sup>96</sup>BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. P. 46.

<sup>97</sup>GOMES, Luiz Flávio (coord.), PIOVESAN, Flávia (coord.). O Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos e Direito Brasileiro. São Paulo: RT, 2000. P. 156 e157.

Coube ao Supremo Tribunal Federal se posicionar sobre o tema. No Recurso Extraordinário 466.343-1 (o qual tratava de prisão civil do depositário infiel – matéria que consta expressamente na Convenção Americana de Direitos Humanos), que o caráter especial destes diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes confere natureza supralegal, estando abaixo da Constituição e acima da legislação interna, tornando inaplicável, desse modo, toda a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela posterior ou anterior ao ato.

Nesse sentido, a doutrina pós acórdão e corrente majoritária atualmente é no seguinte sentido:

“os tratados internacionais passaram a ter três hierarquias distintas: Os tratados e convenções internacionais de direitos humanos, aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (CF, art. 5º, §, 3º); os tratados internacionais de direitos humanos, aprovados pelo procedimento ordinário (CF, art. 47), terão status supralegal, situando-se abaixo da Constituição e acima da legislação ordinária; os tratados e convenções internacionais que não versem sobre direitos humanos ingressarão no ordenamento jurídico brasileiro com força de lei ordinária”<sup>98</sup>

Além da questão da internalização, existe também a diferenciação que se faz entre direitos humanos e direitos fundamentais. Para grande parte da doutrina, “direitos fundamentais” são aqueles direitos positivados em nível interno e “direitos humanos” são aqueles constantes nas declarações e tratados internacionais. Embora tenham o mesmo conteúdo, ou seja, tenham por objetivo a proteção do ser humano, cada um possui sua função no sistema. Os direitos fundamentais, presentes na ordem interna, teriam uma função normativa, de consagrar uma prerrogativa. Já os direitos humanos reforçam a ideia de direitos naturais do ser humano, e a imagem de que uma lesão a direitos dessa natureza não ficaria limitada à ordem interna de um país, mas teria importância transnacional.<sup>99</sup>

Segundo Victor Gameiro Drummond<sup>100</sup>:

Assim, resta compreender que, enquanto os direitos humanos sempre protegerão a dignidade da pessoa humana em um catálogo aberto e universal, os direitos fundamentais protegerão diversos valores que uma determinada sociedade compreenda como valiosos ao seu desenvolvimento, por meio de um catálogo de direitos (mais ou menos aberto, de acordo com o constitucionalismo local), podendo estes incluir de modo efetivo a dignidade da pessoa humana ou não (ainda que a inclusão seja o que se espera).

<sup>98</sup>NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Método, 2010. P. 472.

<sup>99</sup>NUNES JR., Vidal Serrano. A cidadania social na Constituição de 1988. São Paulo: Verbatim, 2009. P 23 e 24.

<sup>100</sup>DRUMMOND, Victor Gameiro. Direitos Humanos e Direitos de Autor: Elementos para uma melhor inter-relação temática. In Revista da ABPI, nº 113, jul/ago 2011. P. 51

Conforme já dito anteriormente, o direito de acesso à cultura, além de estar previsto na Constituição Federal como um direito fundamental, está também previsto no rol de direitos humanos.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo XXVII, item 1, estabelece que “Toda a pessoa tem o direito de tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no progresso científico e nos benefícios que deste resultam.”, consagrando o direito à cultura.

Como afirma Bernardo Novais da Mata Machado<sup>101</sup>:

Os direitos culturais são parte integrante dos direitos humanos, cuja história remonta à Revolução Francesa e à sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que sustentou serem os indivíduos portadores de direitos inerentes à pessoa humana, tais como direito à vida e à liberdade.

Para José Afonso da Silva, as normas que tratam do acesso à cultura são “direitos constitucionais atuais e fundamentais, porque devem ser compreendidos dentro do complexo marco dos direitos humanos”<sup>102</sup>

Fica clara que a força e a importância dos direitos de acesso à cultura e ao conhecimento na proteção do ser humano, como forma de garantir suas formação, vai além do ordenamento jurídico interno, sendo uma questão de importância internacional. Mais do que isso, trata-se de uma garantia inerente à própria natureza do indivíduo e dele como parte de uma sociedade, é algo natural, um direito que já nasce com ele.

O direito de acesso à cultura está diretamente relacionado com a propriedade intelectual já que ambos lidam com difusão do conhecimento. Segundo o que diz Marcos Wachowicz: “Há vários séculos, desde a Revolução Francesa, vincula-se a ideia de propriedade intelectual com o direito de informação e com a liberdade de expressão, como expressão de direitos humanos.”<sup>103</sup>

---

<sup>101</sup>MACHADO, Bernardo Novais da Mata. “Direitos Culturais e Políticas para a Cultura – Curso de Gestão e Desenvolvimento Cultural Pensar e Agir com Cultura, Cultura e Desenvolvimento Local. Disponível em: <<http://observatoriodiversidade.org.br/site/o-direito-de-acesso-a-cultura-e-a-constituicao-federal>>. Acesso em: 12 de julho 2016.

<sup>102</sup>SILVA, José Afonso da. Ordenação constitucional da cultura. Malheiros, 2001. P. 50.

<sup>103</sup> WACHOWICZ, Marcos. A revolução tecnológica da informação – os valores éticos para uma efetiva tutela jurídica dos bens intelectuais. In ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva e WACHOWICZ, Marcos (coords.). Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. 3ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. P 39.

Estando o direito de acesso à cultura e os direitos autorais relacionados e ao mesmo tempo em “lados opostos” resta saber numa eventual ponderação qual dos dois deve prevalecer.

Também é importante observar que o acesso à cultura e ao conhecimento são direitos de interesse público, que visa garantir que o interesse da sociedade prevaleça quando em conflito com um interesse privado.

### §3 - Interesse Público como fundamento

Toda sociedade é baseada em regras, as quais também devem existir para os responsáveis por suas criações. No Brasil não é diferente, há regras de conduta para o Estado, dentre elas citamos aqui, por ser pertinente ao tema do estudo, o interesse público.

Celso Antônio Bandeira de Mello discorre da seguinte maneira sobre o interesse público:

ao se pensar em interesse público, pensa-se, habitualmente, em uma categoria contraposta à de interesse privado, individual, isto é, ao interesse pessoal de cada um. Acerta-se em dizer que se constitui no interesse do todo, ou seja, do próprio conjunto social, assim como acerta-se também em sublinhar que não se confunde com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada qual. Dizer isto, entretanto, é dizer muito pouco para compreender-se verdadeiramente o que é interesse público<sup>104</sup>

E continuando sua explicação, o autor define que “o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”.<sup>105</sup>

Sobre este assunto, Ascensão faz uma interessante distinção entre interesse *público* e interesse *do público*:

Cabe aqui ressaltar uma distinção que a doutrina estabelece entre o interesse público, ou seja, o interesse de todos de caráter mais geral, e o interesse do público no sentido do destinatário da obra intelectual, que é mais particular, mas que deve refletir sempre um interesse coletivo. A questão que se coloca é se o interesse privado do autor contrapõe-se ao interesse público ou ao interesse do público. (...) é necessário considerar que a criação intelectual integra o patrimônio cultural do povo e, assim, há um interesse público não só na criação de obras para desfrute do

<sup>104</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2005, P. 59

<sup>105</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2005, P. 61

usuário, mas também no acesso e na preservação do acervo intelectual.<sup>106</sup>

O interesse público possui uma posição de superior em relação ao interesse privado, sendo tão importante para a ordem da sociedade que é consubstanciado como um dos princípios da Administração Pública, o qual deve nortear todos os atos praticados pelo Estado. Fábio Medina Osório<sup>107</sup> entende que tal princípio está implícito na ordem constitucional brasileira:

São múltiplas as fontes constitucionais da superioridade do interesse público sobre o privado. Dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública decorre a superioridade do interesse público em detrimento do particular, com direção teleológica da atuação administrativa. Resulta clara, na sequência, a relação entre o imperativo conteúdo finalístico da ação administrativa (consecução do interesse público) e a existência de meios materiais e jurídicos que retratam a supremacia do interesse público sobre o privado, é dizer, as situações de vantagens da Administração pública perseguíveis pelo Poder Público. De outro lado, a existência de bens coletivos que reclamam proteção estatal e restrições a direitos individuais também retrata um princípio de superioridade do interesse público sobre o particular. Nas normas constitucionais protetivas desses bens e valores coletivos, portanto, está implícita a existência do interesse público e sua superioridade relativamente ao privado.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>108</sup>, a Constituição da República de 1988 está em sintonia com as conquistas do Estado Social e a defesa do interesse público corresponde ao próprio fim estatal. Para a autora, o ordenamento constitucional contemplaria inúmeras hipóteses em que os direitos individuais cedem diante do interesse público.

Sobre interesse público e direitos autorais Eduardo Vieira Manso se manifesta no seguinte sentido:

O interesse público que há sobre e por toda obra intelectual é que fundamenta a extensão das prerrogativas próprias de seu autor, a quem são atribuídos direitos que lhe possibilitam, a um só tempo, extrair desse bem todo proveito econômico a que possa dar causa, e zelar por sua inteireza e pela manutenção de suas peculiaridades, a fim de resguardar o seu valor intelectual, e, pois, preservar o bem cultural (...).

---

<sup>106</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Fundamento do direito autoral como direito exclusivo. In SANTOS, Manoel J. Pereira dos, JABUR, Wilson Pinheiro, ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito autoral – São Paulo: Saraiva, 2014. P. 68 e 69.

<sup>107</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? In Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n.º. 220, abr./jun. 2000. P. 69 e 107.

<sup>108</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da Supremacia do Interesse Público: Sobrevivência diante dos ideais do Neoliberalismo. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (coords.). Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2010. P. 95 a 97.

Esse mesmo interesse público, de outro lado, fundamenta e justifica as ressalvas, as exceções que se impõe aos autores quanto a determinados usos – inclusive para fins econômicos – de sua obra, para permitir e possibilitar que ela efetivamente cumpra o seu papel cultural e realize sua função social.<sup>109</sup>

É possível entender que, com relação ao acesso e a possibilidade de reprodução da obra esgotada, o interesse público poderá nortear a flexibilização da reprodução considerada inicialmente ilícita, pois ele reveste o direito de acesso à cultura e reivindica a função social que o direito autoral deve ter. Assim, a justificativa para a necessidade de reproduzir uma obra esgotada pode ser o interesse público no acesso àquela obra, por conta da contribuição cultural que ela representa.

## **Capítulo 2 – Direito de autor x Direito de acesso**

Este capítulo tem por objetivo estudar a previsão do direito de autor na Constituição Federal e a possível classificação como direito fundamental, a função social que ele deve atender sendo um direito de propriedade, as limitações impostas pela Lei de Direitos Autorais e a possibilidade de aplicação do princípio do *fair use* aos casos para os quais as limitações existentes não forem suficientes.

Terminada essa análise das relativizações do direito de exclusiva, será feita uma avaliação das possíveis soluções em caso de confronto entre direito de autor e direito de acesso à cultura e ao conhecimento. Busca-se aqui avaliar se um dos direitos deve prevalecer sobre o outro ou se há uma forma de equilíbrio entre eles.

### **§1 – Direito de autor como direito fundamental**

A Constituição Federal trata dos direitos autorais no inciso XXVII do art. 5º: “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;”.

O fato dos direitos autorais estarem previstos na Constituição Federal cria uma discussão na doutrina: teriam os direitos de autor caráter de direito fundamental ou não?

Há também parte da doutrina que acredita que os direitos autorais foram incluídos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, inclusive no mesmo artigo que consagra o direito de acesso à cultura, artigo XXVII, no item 2: “Todo ser humano tem direito à proteção

---

<sup>109</sup> MANSO, Eduardo Vieira. Direito autoral: exceções impostas aos direitos autorais: derrogações e limitações – São Paulo: Bushatsky, 1980. P. 24 e 25.

dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.”

Essa previsão acirra ainda mais a discussão sobre o caráter fundamental dos direitos autorais porque não só parte da doutrina defende que eles teriam força de direito fundamental como também poderiam ser considerados como direitos humanos.

Ângela Kretschmann, por exemplo, escreve que o direito de autor teria característica de direitos humanos por proteger o bem intelectual fruto da criatividade humana:

O Direito de Propriedade Intelectual, e em especial o Direito de Autor, tem por objeto de proteção um bem espiritual que emana de uma das características mais fundamentais do ser humano, a criatividade, a criação (...). Essa é uma das características que encontramos em todos os seres humanos, motivo pelo qual na atualidade é chamada a caracterizar a dignidade humana, que por sua vez visa fundamentar a possibilidade de universalização dos direitos humanos.<sup>110</sup>

Neste cenário, é interessante o posicionamento de Victor Gameiro Drummond que observa que nem todas as violações a direitos autorais se configuram necessariamente como violações a direitos humanos. Para o autor essa configuração automática de direitos autorais como direitos humanos levaria a uma vulgarização dos direitos humanos e supervalorização dos direitos autorais:

Assim, quando se trata de analisar os direitos humanos, estes observam e compreendem os direitos de autor e direitos conexos como uma qualidade plural de direitos (de diversas temática contenciosas) que tem como objetivo proteger o mínimo existencial comum a todos os seres humanos.

(...)

O que se pretendem os direitos humanos é assegurar o mínimo existencial que garanta a sobrevivência com dignidade no ambiente de igualdade em que coabitam os homens livres.

(...) os direitos humanos pretendem que haja igualdade de condições para que o *marco zero* de onde partem todos os homens seja idêntico. Não se pretende, com a aplicação dos direitos humanos, desnivelar direito (qualificando-os ou desqualificando-os), mas manter o igual tratamento dos direitos no universo que os mesmos ocupam.

Assim, entendo que pode haver violações da ordem dos denominados direitos patrimoniais do autor que se configurem como violações de direitos humanos (em circunstâncias e em espécies a serem analisadas) mas que não se pode tratar toda e qualquer eventual violação de (ou ainda de modo mais grave, qualquer incidência em) atividades que configurem conflitos envolvendo os denominados direitos patrimoniais de autor como violação de direitos humanos, sob pena de se estar diante da já alertada vulgarização destes últimos e da supervalorização (e endurecimento nas relações, que pode conduzir a violações muito mais graves) dos direitos de autor e direitos conexos.<sup>111</sup>

<sup>110</sup> KRETSCHMANN, Ângela. A propriedade intelectual e o papel das instituições de ensino superior. In ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva e WACHOWICZ, Marcos (coords.). Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. 3ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. P. 451.

<sup>111</sup> DRUMMOND, Victor Gameiro. Direitos Humanos e Direitos de Autor: Elementos para uma melhor inter-relação temática. In Revista da ABPI, nº 113, jul/ago 2011. P.55

Para alguns autores a menção aos direitos de autor na Constituição se deu por mera conveniência, mera questão política, como forma de dar maior proteção à exploração econômica das obras, pois não seriam os direitos autorais fundamentais à vida ou à sobrevivência do ser humano, tal como o direito à saúde ou à segurança. Jose de Oliveira Ascensão defende que os direitos autorais patrimoniais (previstos no art. 5º da Constituição) não são naturais da pessoa humana, que existe com ou sem eles.

Os direitos autorais patrimoniais não são uma exigência da pessoa humana. A pessoa realiza-se, com direitos patrimoniais ou sem eles. Estes direitos têm por si vantagens como permitir que a pessoa se dedique, ou se dedique mais, à criação intelectual. Mas seria exacerbar o seu significado deduzir da pessoa a necessidade de atribuição de direitos patrimoniais sobre a obra criada.<sup>112</sup>

Além disso, o autor também observa que, com relação à classificação do direito de autor no rol dos direitos humanos, não se pode deduzir automaticamente que a Declaração institua um direito de exclusiva:

O art. 27/1 reconhece o direito de participar livremente da vida cultural e dela se beneficiar. É na sequência que se acrescenta o direito à proteção dos interesses materiais e morais ligados à produção intelectual. Isto quer dizer que essa proteção terá de ser conciliada, senão subordinada, ao direito de todos de fruir da vida cultural.

Tem-se apontado este art. 27/2 como instituindo a proteção do direito de autor e, conseqüentemente, deduzindo daí a outorga de direitos exclusivos. Mas não é isso que o preceito estabelece.

(...)

A Declaração não menciona nem o Direito de Autor, nem o Direito Autoral, nem sequer o direito exclusivo. Determina que os interesses materiais serão protegidos. E há muitas maneiras de proteger interesses materiais, além da outorga de direitos exclusivos.

(...)

Isso nos leva a concluir que a Declaração não traduz que o Direito Autoral seja um direito exclusivo, imposto como um direito humano. Além de deixar de fora os direitos conexos, a Declaração não se pronuncia sobre o modo de proteção. Não pode assim ser invocada como argumento para uma justificação transcendente dos direitos exclusivos.

(...)

A outorga de direitos exclusivos continua a ser livre criação positiva, não vinculada direta ou indiretamente pela Declaração. O que significa que, à luz desta, qualquer país é livre de, a todo momento, abandonar a proteção assente na outorga de direitos exclusivos.<sup>113</sup>

---

<sup>112</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Fundamento do direito autoral como direito exclusivo. In SANTOS, Manoel J. Pereira dos, JABUR, Wilson Pinheiro, ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito autoral – São Paulo: Saraiva, 2014. P. 28.

<sup>113</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Fundamento do direito autoral como direito exclusivo. In SANTOS, Manoel J. Pereira dos, JABUR, Wilson Pinheiro, ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito autoral – São Paulo: Saraiva, 2014. P. 31 a 33.

É importante destacar que, segundo este entendimento, embora a previsão dos direitos autorais na Constituição ou no rol dos direitos humanos preveja apenas a proteção material, o caráter moral do autor continua protegido na figura deste como indivíduo, como pessoa humana titular de direitos de personalidade. Sendo assim, pode ser que uma violação à direitos autorais atinja a esfera dos direitos humanos, desde que envolva a dignidade do autor enquanto pessoa criadora.

Ocorre, porém, que o conteúdo protetivo dos direitos humanos neste específico caso da vertente patrimonial somente poderia ser considerado uma violação de direitos humanos se ocorresse a violação efetiva da dignidade do criador. Uma simples objeção ou violação de direitos não se configuraria, por si só, numa ofensa à dignidade do ser humano e é esta a questão que se coloca. Ou seja, pode ser que uma violação dos direitos patrimoniais de autor incida no campo da dignidade do criador, mas pode ser que não.<sup>114</sup>

Denis Borges Barbosa explica que a Constituição Federal garante ao autor um direito de exclusiva até como uma forma de regulamentação do mercado. Para o autor a propriedade intelectual é uma criação legislativa com objetivo econômico, tanto que a previsão constitucional possui caráter patrimonial.

Deixado à liberdade do mercado, o investimento na criação do bem intelectual seria imediatamente dissipado pela liberdade de cópia. As forças livres do mercado fariam com que a competição – e os mais aptos nela – absorvessem imediatamente as inovações e as novas obras intelectuais.

Assim é que a intervenção é necessária – restringindo as forças livres da concorrência – e criando restrições *legais* a tais forças. Pois que a criação da propriedade intelectual é – completa e exclusivamente – uma elaboração da lei, que não resulta de qualquer direito imanente, anterior a tal legislação.

(...)

O direito de exclusiva aos bens intelectuais é dado “de acordo com a vontade e conveniência da sociedade, sem pretensão nem demanda de quem quer que seja”. É um movimento de política, e política econômica mais do que tudo, e não um reconhecimento de um estatuto fundamental do homem.

(...)

O legislador constitucional optou – no caso dos incisos XXVII e (por consequência) XXVIII do artigos 5º - e por conceder um “direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução” aos direitos do autor de obras intelectuais.

(...)

No entanto, exclusividade que é, e, por força dos tratados em vigor no país, definido como propriedade ainda que “intelectual”, o estatuto constitucional pelo menos da parcela patrimonial do direito autoral é assimilável ao das propriedades. Assim, ambos incisos circundam a noção de direitos exclusivos – direitos de cunho patrimonial.<sup>115</sup>

<sup>114</sup> DRUMMOND, Victor Gameiro. Direitos Humanos e Direitos de Autor: Elementos para uma melhor inter-relação temática. In Revista da ABPI, nº 113, jul/ago 2011. P. 54.

<sup>115</sup> BARBOSA, Denis Borges. Bases constitucionais da propriedade intelectual. Revista da ABPI, nº 59, jul/ago 2002. P.16, 17 e 37

Nesse mesmo sentido, Ascensão também se manifesta sobre a previsão dos direitos de autor na Constituição serem direitos voltados ao caráter patrimonial e de monopólio:

Os direitos intelectuais são essencialmente direitos de exclusivo ou de monopólio. Reservam aos titulares a exclusividade na exploração, ao abrigo da concorrência. São frequentemente qualificados como direito de propriedade, particularmente nas modalidades de propriedade literária ou artística e propriedade industrial. Mas a qualificação nasceu no final do século 18 e continua a existir com clara função ideológica, para cobrir a nudez crua do monopólio sob o manto venerável da propriedade<sup>116</sup>.

Também tratando da questão do caráter patrimonial da previsão dos direitos autorais na Constituição, seria incoerente elevar esse direito ao patamar dos direitos humanos, com todas as prerrogativas inerentes à essa categoria, quando seu objetivo principal diz respeito ao exercício do direito de exclusiva e de propriedade. Assim, conforme Fabio Konder Comparato:

Escusa insistir no fato de que os direitos fundamentais protegem a dignidade da pessoa humana e representam a contraposição da justiça ao poder, em qualquer de suas espécies. Quando a propriedade não se apresenta, concretamente, como uma garantia da liberdade humana, mas, bem ao contrário, serve de instrumento ao exercício de poder sobre outrem, seria rematado absurdo que se lhe reconhecesse o estatuto de direito humano, com todas as garantias inerentes a essa condição, notadamente a de uma indenização reforçada na hipótese de desapropriação<sup>117</sup>.

Ainda sobre a previsão constitucional dos direitos de autor possuir um aspecto patrimonial, Manoel J. Pereira dos Santos explica que essa proteção é inclusive anterior à Constituição de 1988:

Embora consideravelmente ampliado a partir de 1988, o objeto da proteção constitucional do Direito Autoral ainda não se configura tão abrangente quanto poderia ser. Com efeito, desde a Constituição de 1891 o preceito básico ainda enfatiza o aspecto patrimonial do direito de autor (...). (...) o preceito constitucional sempre se referiu desde 1891 ora ao direito de reprodução, ora ao direito de utilização da obra intelectual, faculdades que integram o conteúdo patrimonial do direito de autor porque se relacionam com a exploração econômica da obra. Portanto, a ênfase da tutela constitucional sempre foi no aspecto patrimonial do Direito de Autor<sup>118</sup>.

---

<sup>116</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Intelectual, Exclusivo e Liberdade. *In* Revista da ABPI, n° 59, ju/ago 2002. P. 40

<sup>117</sup> COMPARATO, Fabio Konder. Direitos e Deveres Fundamentais em Matéria de Propriedade. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo11.htm> Consulta em 16/10/2016

<sup>118</sup> SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Princípios constitucionais e propriedade intelectual – o regime constitucional do direito autoral. *In* ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva e WACHOWICZ, Marcos (coords.). Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. 3ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. P 16

Como é possível perceber, a redação do inciso presente na Constituição contempla apenas o caráter patrimonial do direito de autor (utilização, publicação e reprodução), não fazendo qualquer menção ao seu aspecto moral.

Observa parte da doutrina que, embora não estejam previstos claramente na Constituição Federal em artigo próprio, os direitos morais de autor estariam protegidos nos artigos referentes aos direitos da personalidade. Conforme Ascensão<sup>119</sup>:

Directamente, não estão previstos os *direitos pessoais (ou “morais”) de autor*. A sua tutela constitucional basear-se-á predominantemente em razões de defesa da personalidade, que não poderão deixar de ser tidas em conta pela força supra-constitucional do princípio da tutela da dignidade humana.

Com relação ao aspecto moral, Denis Borges Barbosa entende não estariam previstos no art. 5º da Constituição, mas em outros dispositivos constitucionais: “Aí se ancora a proteção do direito de autor, *stricto sensu*. Como um direito exclusivo, patrimonial, um *monopólio de reprodução, utilização e publicação* sujeito aos limites e condicionamentos constitucionais. (...) os direitos morais, configurados até mesmo como direitos humanos, ancoram-se em outros dispositivos constitucionais e de tratados internacionais.”<sup>120</sup>

A co-essência moral do direito autoral tem abrigo não nos incisos XXVII e XXVIII, mas nos dispositivos gerais da tutela da expressão (o direito de fazer pública a obra) e de resguardo da entretela moral da vida humana:

“IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurados o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

A rigor, a tutela dos direitos morais é estranha à propriedade intelectual; tematicamente afim, mas ontologicamente distinta. No entanto, a interpretação dos dispositivos constitucionais é sempre afetada pela natureza dos direitos – patrimoniais ou morais – e a extensão da personalidade protegida.<sup>121</sup>

Em entendimento contrário, Carlos Alberto Bittar explica que o direito de autor pode ser considerado como direito fundamental, visto que esse direito se manifesta pelo ato de criação e protege o homem enquanto criador:

O Direito de Autor reveste-se de uma razão especial: a da proteção do homem enquanto criador de obra intelectual estética. Assim, as normas que o compõem são regras definidas como de ordem pública, a fim de garantir ao titular efetivo amparo no relacionamento com terceiros para a comunicação de suas obras.

<sup>119</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Intelectual, Exclusivo e Liberdade. *In Revista da ABPI*, nº 59, ju/ago 2002. P. 43

<sup>120</sup> BARBOSA, Denis Borges. Bases constitucionais da propriedade intelectual. *In Revista da ABPI*, nº 59, jul/ago 2002. P.36

<sup>121</sup> BARBOSA, Denis Borges. Bases constitucionais da propriedade intelectual. *In Revista da ABPI*, nº 59, jul/ago 2002. P.37

O Direito de Autor é também direito fundamental do homem, pois existe independentemente do Estado e manifesta-se pela criação da obra. Confere ao autor, desde a Constituição, um monopólio de exploração da obra, de caráter temporário, para conciliar os interesses individuais do criador com os da coletividade, cuja preocupação se dirige para o progresso e a difusão da cultura<sup>122</sup>

Assim, com base no exposto, pode-se concluir que, mesmo que a previsão dos direitos autorais na Constituição e no rol dos direitos humanos preveja apenas o aspecto material, os direitos morais de certa forma estão previstos nos direitos que defendem o autor enquanto pessoa humana, sendo assim, é possível dizer que os direitos autorais possuem previsão na Constituição, seja de forma direta, em relação aos direitos patrimoniais, ou indireta, em relação aos direitos morais.

## §2 - Função social do direito de autor

Conforme verificado anteriormente, pela previsão constitucional dos direitos autorais prever diretamente apenas a proteção em relação ao caráter patrimonial, ou seja, do direito enquanto propriedade, surge na doutrina um entendimento de que se aplicaria ao direito de autor também as exigências constitucionais relativas aos direitos de propriedade, dentre elas o atendimento a seus fins sociais<sup>123</sup>.

Assim, para Manoel J. Pereira dos Santos “mesmo sendo um direito natural do homem ao fruto de seu trabalho, não há contradição em subordinar essa “propriedade” a uma finalidade social.”<sup>124</sup>

De fato, a atribuição da terminologia propriedade intelectual (e sua aproximação com o conceito de propriedade ordinária) conduzem a toda uma ordem de ideias de inclusão dos aspectos e elementos da categoria nos diplomas de direitos humanos e constituições (por meio de catálogos de direitos fundamentais) na qualidade de direitos de propriedade.<sup>125</sup>

Mesmo que “intelectual”, o direito de autor seria um direito de propriedade, e como tal teria sua proteção mas também seus limites, tendo de admitir exceções, tal como as inerentes à função social da propriedade.

---

<sup>122</sup> BITTAR, Carlos Alberto. Contornos atuais do direito de autor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992. P. 30 e 31.

<sup>123</sup> Art. 5º, XXIII, da Constituição Federal: “a propriedade atenderá a sua função social”.

<sup>124</sup> SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Direito de autor, direito de informação e internet. In SANTOS, Manoel J. Pereira dos, JABUR, Wilson Pinheiro, ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito autoral – São Paulo: Saraiva, 2014. P. 256.

<sup>125</sup> DRUMMOND, Victor Gameiro. Direitos Humanos e Direitos de Autor: Elementos para uma melhor inter-relação temática. In Revista da ABPI, nº 113, jul/ago 2011. P. 53.

Para Ascensão:

Todo direito, exclusivo ou não, tem de admitir limites.

É esta a consequência directa do princípio da função social. Porque tem uma função social, o direito exclusivo está sujeito a limites, que compatibilizam o exercício pelo titular com o interesse social.

(...)

propriedade, no sentido constitucional, não é apenas um direito real entre outros. Não é sequer o conjunto dos direitos reais. Quando se fala em propriedade na Constituição abrangem-se todos os direitos patrimoniais privados. São estes que se justificam, que se asseguram, que se limitam.

Os direitos intelectuais exclusivos são sem dúvida direitos patrimoniais privados. A eventual presença de faculdades pessoais não lhes retira essa característica.

(...)

Os direitos exclusivos têm pois limites; e não podem deixar de os ter, por força do princípio constitucional da função social da propriedade. Os direitos exclusivos, que são criados tendo em vista um interesse social, não podem na sua existência ignorar a função social que os justifica.<sup>126</sup>

Ainda em outra obra de sua autoria, Ascensão também discorre sobre a função social e a ligação existente entre direito autoral e cultura:

Mas a Constituição brasileira, desde logo, impõe que se atenda a esses valores, como dissemos, designadamente pelo relevo dado ao princípio da função social, mais que em qualquer outra que conheçamos. O sentido do coletivo é muito nítido nesta. Há assim que repensar vários institutos.

(...) mesmo em aspectos como o uso privado há uma demasiada timidez nas propostas de reforma, considerando que a situação legislativa atual não satisfaz o interesse público.

(...)

Acentuamos a ligação íntima que deve existir entre o Direito Autoral e a Cultura. Invoca-se a Cultura para reclamar sempre um maior nível de proteção autoral, mediante o fomento do investimento. Mas há que não olvidar a outra vertente, que é a da necessidade de manter vivos canais de difusão, para fomento da Cultura.<sup>127</sup>

O fato de a Constituição Federal prever apenas o aspecto patrimonial do direito de autor faz surgir duas possíveis posições: a de que a propriedade intelectual não tem natureza de direito fundamental, conforma visto anteriormente, e a que vê os dispositivos sobre propriedade intelectual na Constituição Federal corretamente vinculados ao artigo 5º, mas integralmente submetidos às limitações das propriedades em geral, especialmente a da função social. Para Denis Borges Barbosa:

---

<sup>126</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Intelectual, Exclusivo e Liberdade. *In* Revista da ABPI, nº 59, ju/ago 2002. P. 48.

<sup>127</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Fundamento do direito autoral como direito exclusivo. *In* SANTOS, Manoel J. Pereira dos, JABUR, Wilson Pinheiro, ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito autoral – São Paulo: Saraiva, 2014. P. 50 e 51.

(...) os dispositivos sobre propriedade intelectual da Carta, ainda que de natureza patrimonial, se acham corretamente vinculados ao artigo 5º, mas integralmente submetidos às limitações das propriedades em geral – especialmente a do *uso social* – além das limitações típicas dos bens imateriais.

(...)

Certo é que, no que for objeto de propriedade (ou seja, no alcance dos direitos patrimoniais), o direito autoral também está sujeito às limitações constitucionalmente impostas em favor do bem comum – a função social da propriedade de que fala o artigo 5º, XXIII, da Carta de 1988. Note-se, uma vez mais, neste contexto, que a proteção autoral, como propugna boa parte da doutrina, não se esgota na noção de propriedade, em particular pela presença dos direitos de personalidade ou direitos morais em geral.

O artigo 5º, XXII, da Carta, que assegura inequivocamente o direito de propriedade, deve ser sempre contrastado com as restrições do inciso seguinte, a saber, as de que a propriedade atenderá sua função social. Também no artigo 170 a propriedade privada é definida como princípio essencial da ordem econômica, sempre com o condicionante de sua função social.”<sup>128</sup>

Com esse mesmo entendimento, Marcos Souza<sup>129</sup> explica: “(...) a função social do direito autoral que não só confere a seus titulares uma exclusividade temporária e limitada, como garante à sociedade, sob determinadas condições, o acesso às obras intelectuais produzidas.”

Com isso, é possível perceber que apesar do direito autoral permitir ao seu titular a exploração econômica da obra, ele também deve se submeter aos limites inerentes à função social da propriedade, que no caso dos direitos intelectuais diz respeito ao acesso da sociedade à obra.

João Carlos Muller Chaves, ao palestrar no Painel 3 do XXIV Seminário Nacional de Propriedade Intelectual da ABPI discorre da seguinte forma: “Temos que lembrar também que o próprio artigo 5º da Constituição Federal, ao tratar da proteção à propriedade, exige que ela atenda a seus fins sociais. O direito de autor também tem que atender a seus fins sociais.”<sup>130</sup>

No mesmo sentido, Guilherme Carboni, em palestra proferida no Painel III do XXVII Seminário Nacional de Propriedade Intelectual da ABPI, se posiciona da seguinte maneira:

---

<sup>128</sup>BARBOSA, Denis Borges. Bases constitucionais da propriedade intelectual. *In* Revista da ABPI, nº 59, jul/ago 2002. P. 18 e 38.

<sup>129</sup>SOUZA, Marcos. Limitações aos Direitos Autorais. *In* Anais do XXVI Seminário Nacional de Propriedade Intelectual da ABPI – 2006. Painel IV – Direito Autoral – Limites à proteção. P. 124.

<sup>130</sup>CHAVES, João Carlos Muller. Direito autoral: o conflito entre o incentivo à produção intelectual e o direito a cópia. *In* Anais do XXIV Seminário Nacional de Propriedade Intelectual da ABPI – 2004. Painel 3. P. 44.

“Considerando que todos os direitos sofrem limitações e que os direitos de propriedade devem atender à sua função social, não há razão para que isso não seja aplicado aos direitos de propriedade intelectual”<sup>131</sup>

O titular dos direitos autorais não deve ter uma conduta individualista criando barreiras que impeçam o acesso à sua obra de forma abusiva ou desigual. É admissível que ele tenha comportamentos protecionistas no sentido de garantir seus rendimentos com a obra. Mas também deve ter consciência que sua obra contribui para o crescimento cultural da sociedade e não deixa de ser uma forma de ampliação do conhecimento. No caso da obra que tem seus exemplares esgotados, ela claramente não está sendo explorada. Então impedir seu acesso seria uma forma de não atender à sua função social.

É dever do Estado promover possibilidades iguais de acesso ao conhecimento e é também dever dos particulares – detentores da propriedade sobre determinado tipo de conhecimento por eles produzido – não criar obstáculo que dificultem o acesso ao conhecimento.<sup>132</sup>

É preciso lembrar que a criação do autor não deve servir apenas para o seu enriquecimento pecuniário, mas também como uma forma de colaboração para a difusão da cultura de uma sociedade.

Corroborando com esse pensamento, Plínio Cabral escreve sobre o interesse da sociedade nas criações:

O interesse da sociedade nas obras de arte e engenho é mais amplo do que o simples interesse social de uma comunidade restrita. Trata-se do acesso universal ao conhecimento, a experiência e ao prazer que a arte criativa proporciona ao ser humano.<sup>133</sup>

É preciso observar que direito de autor se aproxima funcionalmente do direito acesso à cultura, até por ser inerente à sua função social a garantia do acesso à obra, embora entre eles existam algumas zonas de conflito. Nesse sentido, Ascensão escreve que:

Logo desde os incícios, no século XVIII, foi atribuída ao direito de autor a função de fomento à cultura.

(...)

Pareceria assim haver coincidência funcional entre o direito de acesso à cultura e o direito de autor. Ambos produziriam o mesmo resultado de fomento da cultura, o direito de autor porque estimularia a criação, o direito de acesso porque estimularia a difusão.<sup>134</sup>

<sup>131</sup> CARBONI, Guilherme. O Direito Autoral diante do interesse coletivo. *In* Anais do XXVII Seminário Nacional de Propriedade Intelectual da ABPI – 2007. Painel III. P. 118

<sup>132</sup> MARTINS, Matheus Barcelos e PAZÓ, Cristina Grobério. O acesso ao conhecimento no âmbito digital em face dos direitos autorais. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVI, nº 56, jan/abr 2012. P.85

<sup>133</sup> CABRAL, Plínio. Limitações ao Direito Autoral na Lei 9.610. *In* Revista da ABPI, nº 37, nov/dez 1998. P. 4.

<sup>134</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito fundamental de acesso à cultura e direito intelectual. *In* SANTOS, Manoel J. Pereira dos. (coordenador). *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011. P 11.

Ascensão ainda explica que o direito de autor não implica apenas na concessão de poderes, mas num complexo de posições positivas e negativas, de poderes e deveres. Assim, o direito de autor pode sofrer limitações, principalmente quando confrontado com interesse público que clame maior proteção.<sup>135</sup>

Nesse mesmo sentido, Marcos Souza também compara os direitos autorais e de acesso à cultura no Painel IV do XXVI Seminário Nacional de Propriedade Intelectual da ABPI que trata dos limites à proteção dos direitos autorais:

O direito de acesso à cultura, assim como os direitos autorais, fazem parte dos direitos humanos e das garantias fundamentais básicas dispostos na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

(...)

Esses dois pontos, dispostos assim em harmonia em um mesmo diploma legal, levamos a crer na coexistência equilibrada desses dois valores que necessariamente permear a elaboração de uma política pública autoral que contemple de forma equitativa a proteção autoral e o acesso à cultura, à educação, à informação e ao conhecimento pois, afinal, um dos fundamentos da existência do Direito Autoral é sua função de propiciar a transmissão e o acesso à cultura.<sup>136</sup>

Para Guilherme Carboni, a função social do direito de autor não se confunde com as limitações. As limitações atingem o exercício do direito, enquanto a função social é muito mais ampla, constitui a própria substância do direito de autor, seu fundamento, sua justificação<sup>137</sup>.

Concluindo, o significado de “função social” no direito de autor é ter a obra como sendo um instrumento que leva ao desenvolvimento cultural, que atende ao direito de acesso à cultura.

### **§3 - Limitações ao direito de autor**

Da mesma forma que a previsão de proteção constitucional dos direitos autorais traz consigo limitações e exceções, no caso relativas à função social da propriedade, a Lei de Direitos Autorais traz em seus artigos 46 a 48 situações que não constituem ofensas aos direitos autorais, ou seja, limitações ao direito de exclusiva. Pode-se dizer que essas

---

<sup>135</sup>ASCENSÃO, José de Oliveira. A função social do direito autoral e as limitações legais. In ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva e WACHOWICZ, Marcos (coords.). Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. 3ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. P. 85.

<sup>136</sup>SOUZA, Marcos. Limitações aos Direitos Autorais. In Anais do XXVI Seminário Nacional de Propriedade Intelectual da ABPI – 2006. Painel IV – Direito Autoral – Limites à proteção. P. 124.

<sup>137</sup>CARBONI, Guilherme. Limitações e Exceções da Lei In Anais do Seminário Direitos Autorais e Acesso à Cultura. 27 e 28 de Agosto de 2008 – Brasília: Ministério da Cultura, Coordenação Greal de Direito Autoral, 2008. P. 22.

limitações são basicamente derivadas da necessidade de atendimento ao direito de de acesso à informação e à cultura.<sup>138</sup>

Nos ensinamentos de Carlos Alberto Bittar, as limitações são uma evolução, uma forma de atender exigências de interesse público:

Com efeito, a própria evolução doutrinária por que tem passado a humanidade – após a admissão da intervenção do Estado na economia, para suprir as deficiências da iniciativa privada – vem sobrepondo o interesse coletivo ao individual, com o estreitamento, cada vez maior, de seu campo de ação, por meio de normas inspiradas por exigências públicas.

No Direito de Autor mais latente se mostra o conflito, exatamente porque, em seu contexto, o choque é direto e originário, refletindo, portanto, a luta eterna entre os interesses em questão, e que se manifesta sob as formas de limitações e de exceções aos direitos exclusivos assegurados aos autores, tanto nos países desenvolvidos, como nos em desenvolvimento.

(...) certos interesses de caráter público têm imposto balizas aos direitos autorais ao longo dos tempos, em todos os países, as quais se refletem no direito positivo, por meio de formulação de regras de exceção, que vem a mitigar o caráter absoluto da exclusividade conferida ao autor.<sup>139</sup>

Tratam-se de limites impostos aos direitos do autor, como forma de atender ao interesse público. São usos que não afetam a normal exploração da obra e que dispensam a prévia autorização do autor, o que garante a liberdade de utilização nesses formatos por terceiros, já que o autor não poderá se opor.

“As limitações sobreditas correspondem às possibilidades de utilização parcial ou integral da obra intelectual protegida sem necessidade de prévia e expressa autorização (consentimento) do seu criador. Isto é, seja esta autorização do próprio autor ou do titular derivado de direitos patrimoniais de autor, o que equivale, conforme a terminologia autoralista, as restrições aos princípios aplicáveis aos direitos patrimoniais de autor.”<sup>140</sup>

Observa-se também que essas permissões previstas no rol dos artigos 46 a 48 permitem um contato do público com a obra, sem que haja necessidade de adquirí-la ou de contactar o autor para utilizá-la, assim, seria de certa forma, uma ferramenta de divulgação da obra.

---

<sup>138</sup> CHAVES, João Carlos Muller. Direito autoral: o conflito entre o incentivo à produção intelectual e o direito a cópia. In Anais do XXIV Seminário Nacional de Propriedade Intelectual da ABPI – 2004. Painel 3. P. 42

<sup>139</sup> BITTAR, Carlos Alberto. Contornos atuais do direito de autor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992. P 116 e 119.

<sup>140</sup> SILVA, Michel César, NOGUEIRA, Roberto Henrique Porto, SOARES, Sávio de Aguiar. Direito de propriedade intelectual, tecnologia e interoperabilidade: estudo à luz das limitações aos direitos patrimoniais de autor. In Revista da ABPI, nº 101, jul/ago 2009. P. 52.

Conforme Bruno Jorge Hammes: “De modo geral, o autor tem interesse que sua obra seja conhecida e adquirida. Conseqüentemente, o autor não pode encastelar-se em seus direitos exclusivos.”<sup>141</sup>.

De certa forma, os autores não podem se opor aos limites existentes aos seus direitos, já que, apesar da limitação sofrida, seriam esses uma forma de facilitar a circulação da obra pela sociedade.

Os limites não são os inimigos dos autores, são pelo contrário os seus aliados. São eles que permitem que o Direito de Autor seja bem acolhido pela sociedade, como um instrumento de colaboração e não de imposição; e permitem assim que a mensagem dos autores se expanda e alcance plenamente as suas finalidades culturais e sociais.<sup>142</sup>

Essas situações previstas no rol das limitações podem ser caracterizadas como usos mínimos da obra, formas de atender ao interesse público que não afetam sua exploração econômica ou causam algum prejuízo ao autor.

Segundo Manoel J. Pereira dos Santos, “o interesse público intervém para justificar as limitações (...) delimitando as hipóteses de uso lícito e gratuito destinadas a garantir à sociedade o acesso mínimo e indispensável à obra protegida”<sup>143</sup>

Com relação às limitações, Marisa Gandelman, no XXXVI Seminário Nacional de Propriedade Intelectual expõe a seguinte opinião:

(...) todo Direito tem na sua própria essência um não-direito, ou o outro lado da moeda.

(...) conclui-se que a regulação do não direito, através das limitações incluídas na lei, pretende atuar sobre o conflito entre interesse individual e coletivo a fim de alcançar aquelas finalidades e propósitos definidos pela sociedade como um todo.<sup>144</sup>

O autor tem o direito exclusivo de escolher a forma como sua obra será explorada, porém, essa liberdade muitas vezes entra em conflito com o interesse social de ter acesso à essa obra. A solução para essa colisão de direitos fundamentais passa pela esfera legislativa e

---

<sup>141</sup> HAMMES, Bruno Jorge. O Direito da Propriedade Intelectual. 3ª ed. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2002. P. 92.

<sup>142</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. A função social do direito autoral e as limitações legais. In ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva e WACHOWICZ, Marcos (coords.). Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. 3ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. P. 89.

<sup>143</sup> SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Direito de autor, direito de informação e internet. In SANTOS, Manoel J. Pereira dos, JABUR, Wilson Pinheiro, ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito autoral – São Paulo: Saraiva, 2014. P. 255 e 256.

<sup>144</sup> GANDELMAN, Marisa. Limitações aos Direitos Autorais. In Anais do XXVI Seminário Nacional de Propriedade Intelectual da ABPI – 2006. Painel IV – Direito Autoral – Limites à proteção. P. 122.

jurídica, “com o estabelecimento de limitações e da aplicação/interpretação das mesmas feitas pelos Tribunais”<sup>145</sup>. Helenara Braga Avancini ainda explica que “os motivos da imposição desses limites estão relacionados ao interesse público que o próprio Estado tem de conceder acesso das obras à sociedade”

Considerando que o autor, por si só, nem sempre iria permitir os usos previstos nos artigos 46 a 48 da Lei de Direitos Autorais, o legislador tratou de os colocar na lei, como forma do Estado garantir o atendimento ao interesse público e aos direitos de acesso à cultura e à informação.

Para Eduardo Vieira Manso, as exceções devem visar “à satisfação de um interesse social, a despeito dos caracteres do direitos autoral, sobrepõe-se ao indivíduo-autor, tendo-se em conta, especialmente, a própria função das obras intelectuais.”<sup>146</sup>

O indivíduo, apesar de viver em sociedade, nem sempre agirá em prol do coletivo, da mesma forma, nem sempre o autor terá a iniciativa de aceitar limitações ao seu direito como forma de servir melhor à sociedade, sendo assim é preciso que exista uma previsão legal de exceções para que haja um equilíbrio entre o direito de exclusiva do autor e o interesse público.

Segundo José de Oliveira Ascensão, as limitações são “um tema estratégico para uma visão do direito de autor atenta ao equilíbrio de interesses e às necessidades de acesso à cultura.” Para Ascensão, há outros valores tanto ou mais importantes que a atribuição ao autor do poder de proibir e entre eles está o acesso à cultura.<sup>147</sup>

Os limites, como ocorrência comum, modelam a atribuição realizada. É normalmente através deles que se dá abertura a exigências de interesses públicos ou gerais, como os que têm por finalidade a promoção da cultura ou da educação; ou de interesses do público em geral, como o uso privado. Mas há sempre na base dum limite, como na base de qualquer preceito legal, uma motivação de interesse geral.<sup>148</sup>

---

<sup>145</sup>AVANCINI, Helenara Braga. Os limites e exceções dos direitos autorais na sociedade da informação. *In* Revista da ABPI, nº 78, set/out 2005. P. 41.

<sup>146</sup>MANSO, Eduardo Vieira. Direito autoral: exceções impostas aos direitos autorais: derrogações e limitações – São Paulo: Bushatsky, 1980. P 270.

<sup>147</sup>ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito fundamental de acesso à cultura e direito intelectual. *In* SANTOS, Manoel J. Pereira dos. (coordenador). Direito de autor e direitos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2011. P 30.

<sup>148</sup>ASCENSÃO, José de Oliveira. O *Fair Use* no Direito Autoral. *In* Anais do XXII Seminário Nacional de Propriedade Industrial da ABPI – 2002. Terceira Sessão Plenária. P. 94.

Ascensão ainda explica, em outra obra de sua autoria, que há um interesse social em manter o que ele define como “zonas de liberdade”:

Então, não é a dignidade da produção intelectual que justifica a atribuição do exclusivo. Nada explicaria que o tivesse a expressão de ideia, em que a obra literária ou artística se traduz, e não o tivessem a criação de ideias ou a descoberta científica. A razão da diferença está antes no interesse social em manter zonas de liberdade, em que a criação ou a descoberta estão à disposição de todos, em contraste com outras zonas em que se pode atribuir ao agente (autor ou artista), um privilégio temporário, porque o diálogo social é compatível com esse exclusivo por prazo limitado. Sendo assim, se são as considerações sociais e econômicas que decidem da atribuição de direitos, já não se pode pretender que a outorga de exclusivos seja imposta em absoluto pela dignidade da atividade intelectual.<sup>149</sup>

Portanto, pode-se dizer que as limitações aos direitos de autor previstas na lei de Direitos Autorais se traduzem em usos mínimos que não afetam a exploração da obra, nem os interesses do autor, sendo formas de se garantir o atendimento ao interesse público e consequentemente o direito de acesso à cultura.

E desde pelo menos a gênese das convenções de Paris e Berna, instrumentos fundadores do sistema internacional de proteção à propriedade intelectual como o conhecemos, os limites impostos aos direitos exclusivos se guiam essencialmente pelo interesse público, princípio abstrato que no âmbito autoral se traduz na complicada busca pelo livre desenvolvimento e fruição das artes, da cultura e da ciência dentro de uma lógica economicamente sustentável. Nesse contexto é que se inserem as chamadas “limitações” aos direitos autorais, que são hipóteses em que uma determinada obra artística ou literária, ainda no prazo de proteção legal, pode ser livremente utilizada, sem anuência prévia de seu autor ou titular.<sup>150</sup>

Porém, algumas críticas a serem feitas ao rol presente nos incisos 46 a 48 apresentados acima é que eles são taxativos, não admitindo relativizações, e extremamente limitados, não atendendo de forma completa aos interesses sociais.

No caso da obra esgotada, objeto do presente estudo, era de se esperar que houvesse uma limitação no sentido de permitir ao menos a cópia integral para fins privados, já que essa permissão existia na lei anterior<sup>151</sup>. Porém a lei atual restringiu ainda mais as limitações, permitindo apenas a reprodução de pequenos trechos (art. 46, VIII), e não da obra como um todo.

---

<sup>149</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Fundamento do direito autoral como direito exclusivo. In SANTOS, Manoel J. Pereira dos, JABUR, Wilson Pinheiro, ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito autoral – São Paulo: Saraiva, 2014. P.25.

<sup>150</sup>VASCONCELOS, Claudio Lins de. As limitações, o fair use e a guinada utilitarista do direito autoral brasileiro. In Revista da ABPI, nº 119, jul/ago 2012. P. 49.

<sup>151</sup>Art. 49, II da Lei 5.988/73: Não constitui ofensa aos direitos do autor: (...) II- A reprodução, em um só exemplar, de qualquer obra, contando que não se destine à utilização com intuito de lucro;”

*Se verifica que la legislación brasileña es ardua en lo que dice respecto a las limitaciones del derecho de autor, tanto que ya existen propuestas y estudios para la alteración de determinados tópicos, como el de la copia privada, frente al total incumplimiento de las normas citadas.*

*En este aspecto vale destacar que, aunque para fines educativos, las limitaciones son muy severas y, algunas veces el cumplimiento de las leyes autorales colidan con otros derechos e intereses, cuales sean el derecho a la educación y a la cultura, siendo difícil encontrar un equilibrio para satisfacer los intereses (derechos) de los autores y/o titulares de derecho y los intereses (derechos) del público en general que tiene por objetivo el uso para fines de estudio.<sup>152</sup>*

De fato, a lei atual não faz distinção com relação à finalidade do uso que se deseja fazer da obra. Era de se esperar que no mínimo houvesse uma flexibilização, permitindo a cópia integral da obra, e não somente pequenos trechos, quando a destinação fosse o uso didático ou para fins de pesquisa. Nesse sentido, Guilherme Carboni se manifesta da seguinte forma em diferentes obras de sua autoria:

Diversos países já possuem normas que permitem a cópia integral em situações justificadas socialmente. No Brasil, entretanto, o artigo 46 da LDA permite apenas a reprodução de “pequenos trechos” e não da obra integral.<sup>153</sup>

Na Lei 9.610/98, não há qualquer previsão de que a reprodução integral de uma obra intelectual deveria ser permitida em determinadas situações, a serem definidas com base na finalidade da reprodução no seu impacto mercadológico. Se, no exame da sua finalidade, verificar-se que o interesse público deva prevalecer, o direito de autor – a nosso ver – deveria sofrer uma limitação.<sup>154</sup>

Manoel J. Pereira dos Santos<sup>155</sup> também faz uma crítica quanto ao rol das limitações ao falar de uma possível revisão da Lei de Direitos Autorais:

A problemática das limitações aos direitos autorais constitui um dos tópicos mais polêmicos dentro de uma eventual revisão da lei básica. Contudo, parece hoje inegável que o artigo 46 necessita de ajustes de caráter principiológico e redacional. (...) o dispositivo legal deveria conter, além das exceções expressas, uma cláusula geral permitindo outros tipos de usos que não prejudiquem a exploração comercial da obra nem causem prejuízos injustificados aos legítimos interesses dos titulares.

---

<sup>152</sup> Em tradução livre: “Verifica-se que a legislação brasileira é rígida no que diz respeito as limitações do direito de autor, tanto que já existem propostas e estudos para a alteração de determinados temas, como a cópia privada, tendo em vista a inaplicabilidade dessas regras. Neste aspecto interessante notar que, embora para fins educacionais, as limitações são muito graves e, por vezes, o cumprimento das leis autorais colidem com outros direitos e interesses, que são o direito à educação e a cultura, é difícil encontrar um equilíbrio para atender aos interesses (direitos) de autores e/ou titulares de direitos e interesses (direitos) para o público em geral que objetiva o uso didático.”

AVANCINI, Helenara Braga e MADRIGAL, Laura Sofia Gómez. Las limitaciones al derecho de autor en el ámbito universitario, legislaciones de Brasil y Mexico. *In* Revista da ABPI, nº 66, set/out 2003. P. 64.

<sup>153</sup>CARBONI, Guilherme. O Direito Autoral diante do interesse coletivo. *In* Anais do XXVII Seminário Nacional de Propriedade Intelectual da ABPI – 2007. Painel III. P. 118.

<sup>154</sup>CARBONI, Guilherme. Conflitos entre direito de autor e liberdade de expressão, direito de livre acesso à informação e à cultura e direito ao desenvolvimento tecnológico. *In* Revista da ABPI nº 85, nov/dez 2006. P. 46.

<sup>155</sup>SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Principais tópicos para uma revisão da lei de direitos autorais brasileira. *In* Revista da ABPI nº 100, mai/jun 2009. P.64.

Conforme já analisado anteriormente nesse trabalho, a supressão da permissão da cópia privada na aprovação da lei atual criou uma inadequação desta aos tempos atuais. Além de criar um sério problema em relação à obra esgotada, seus reflexos podem ser sentidos inclusive para obras que ainda estão disponíveis.

A Lei de Direitos Autorais, ao limitar a reprodução da obra à um pequeno trecho, estaria de certa forma limitando o acesso à informação e a cultura. No caso da obra esgotada, se o interessado consegue ter acesso à um exemplar, seja através do acervo de uma biblioteca ou por algum terceiro que lhe empreste, e dele deseja fazer uma cópia para que possa ter a obra consigo, já que não há exemplares à venda, por que deveria copiar apenas partes da obra? Nesse caso, não haveria outro meio de acessá-la que não fosse ir à biblioteca ou “pedir emprestado” sempre que precisasse. Então, por que não permitir que este interessado possa fazer uma cópia integral para si (que não irá afetar os interesses do autor) e desta forma tenha total acesso àquela obra. Essa seria a solução que atenderia de forma plena ao interesse público e iria satisfazer o direito de acesso à cultura de forma completa.

Nota-se claramente uma necessidade de revisão da lei para uma melhor adequação às situações de interesse público, restando claro que, apesar da existência de um rol de limitações na lei atual, este não é suficiente para atender na plenitude o interesse social.

Também nesse sentido, Maria Beatriz Leonardos<sup>156</sup> faz uma crítica à rigidez da lei: “a grande questão é que a atual legislação dos direitos autorais é muito rígida, não permitindo grande flexibilização, o que vem sendo objeto de críticas e debates, assim como propostas concretas para sua modificação”. A autora ainda faz uma análise, especificamente ao rol do artigo 46:

Esse rol restritivo torna-se, muitas vezes, um obstáculo aos direitos da sociedade de acesso à informação, educação e cultura, ao invés de facilitador do atendimento da função social do direito de autor, que poderia ser eficientemente atingido por um rol aberto de limitações regido por princípios gerais do direito.

Analisando as limitações e exceções previstas nos artigos 46 a 48 da Lei de Direitos Autorais é possível perceber uma discrepância entre as ferramentas que a sociedade dispõe para ter acesso aos bens intelectuais e a proteção que é concedida aos titulares de direitos autorais.

---

<sup>156</sup>LEONARDOS, Maria Beatriz. O conflito entre a proteção aos direitos autorais e o interesse da sociedade na livre disseminação de ideias., cultura e informação. *In* Revista da ABPI, nº 108, set/out 2010. P. 39.

O que se quer dizer é que a LDA não pode servir de obstáculo para o acesso da sociedade às obras intelectuais, sobretudo quando este acesso estiver pautado em interesses de cunho social, que em determinadas situações específicas acabam por superar o interesse individual do autor.

Nesses casos a utilização do bem imaterial, mesmo que ultrapassando o campo das limitações do artigo 46, não deve ser considerado ilícito, pois recebe respaldo constitucional abarcando a esfera da função social do direito de autor.<sup>157</sup>

Não se busca defender aqui uma desapropriação dos direitos de autor, nem a ausência de justa remuneração a aquele que detêm os direitos sobre a obra. Mas em casos excepcionais, como é o caso da obra esgotada, escopo deste trabalho, essas limitações e exceções que o legislador disponibilizou à população se mostram insuficientes.

Em se tratando de obras raras ou com edição esgotada a lei, ao proibir a cópia integral, acaba por cometer equívoco ainda maior. É sabido que obras desse porte, em sua maioria consideradas clássicas, são essenciais para a perpetuação e o aprimoramento do conhecimento. Assim, impedir a sua reprodução integral atenta contra o pleno exercício dos direitos culturais e contra a proteção e difusão do conhecimento e do patrimônio cultural nacional, como assegurados pela Constituição Federal nos artigos 215 e 216.<sup>158</sup>

Conforme já dito anteriormente, a permissão da cópia integral, mesmo que apenas para fins privados ou uso didático, seria uma forma de atender ao interesse público e garantir o acesso da população à obra cujos exemplares estão esgotados, e com ela o acesso à cultura.

#### **§4 – O princípio do “*fair use*”**

Em certas situações, a cópia integral da obra mostra-se a melhor solução para a satisfação do direito de acesso e do interesse público. Porém, uma vez que a Lei de Direitos Autorais brasileira não permite a reprodução total da obra sem a anuência do autor, inclusive para uso privado e sem o intuito de lucro, essa reprodução é considerada ilícita.

Assim, para que um direito seja satisfeito sem que ocorra a violação de outro, é importante que haja um equilíbrio entre ambos. Conforme visto no parágrafo anterior, as limitações aos direitos de autor, previstas nos artigos 46 a 48 da Lei de Direitos Autorais, trazem situações em que essa ilicitude é relativizada, em prol do atendimento ao interesse público. Porém, nem sempre as limitações previstas na Lei de Direitos Autorais mostram-se suficientes, alguns casos não se enquadram no rol taxativo dos mencionados artigos, sendo necessária uma flexibilização da Lei.

---

<sup>157</sup> PIRES, Eduardo. REIS, Jorge Renato dos. A Utilização das Obras Intelectuais Autorais Frente às Novas Tecnologias: Função Social ou Pirataria? - In Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul. Nº 34, Julho/Dezembro 2010. P.36.

Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/1809/1584> Consulta em 16/10/2016

<sup>158</sup> RODRIGUES, Daniela Oliveira. O sistema nacional da proteção dos direitos autorais e a promoção do acesso ao conhecimento. In Boletim científico ESMDU, Brasília a-10, nº 35. Jul/dez 2011. P. 44.

A Convenção de Berna traz em seu artigo 9º, item 2<sup>159</sup>, uma regra que permite o afastamento da ilicitude da reprodução quando a situação acumular três condições: (1) tratar-se de um caso especial, (2) que não prejudicar a exploração normal da obra e (3) não causar prejuízo injustificado aos interesses do autor.

Trata-se aqui da regra dos três passos que autoriza o chamado “*fair use*”, que pode ser traduzido como “reprodução não autorizada, porém justificada” da obra.<sup>160</sup>

Este princípio teve origem na justiça norte-americana<sup>161</sup> e foi posteriormente adotado pela Convenção de Berna.

Conforme Eduardo Vieira Manso:

Com base no princípio de que a cultura não há de ser privilégio de ninguém, mas um direito de todos, e tendo em conta que a exclusividade absoluta, em favor dos autores, causaria um atraso no desenvolvimento do próprio homem, a Justiça norte-americana concluiu que certas circunstâncias autorizariam o uso de obra alheia, independentemente de prévia, nem posterior licença do titular do copyright.<sup>162</sup>

Essa regra do *fair use* tem por objetivo assegurar tanto os direitos do titular da obra quanto os interesses legítimos de terceiros, buscando sempre um equilíbrio, já que permite apenas usos que não irão prejudicar injustificadamente os direitos do autor ou titular.

---

<sup>159</sup> Artigo 9º, item 2, do Decreto nº 75.699, de 6 de maio de 1975.: “Às legislações dos países da União reserva-se a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras em certos casos especiais, contanto que tal reprodução não afete a exploração normal da obra nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor.”

<sup>160</sup> “(...) a teoria do *fair use*, que os franceses traduziram como *usage loyale* que em português bem se poderia dizer uso razoável.”

MANSO, Eduardo Vieira. Direito autoral: exceções impostas aos direitos autorais: derrogações e limitações – São Paulo: Bushatsky, 1980. P 226.

<sup>161</sup> “*Perhaps the most well-known principle in flexible copyright law (if not copyright law in general) is the US fair use doctrine.*

(...)

*Instead of serving as individual pre-requisites, the factors of fair use are taken into account in a final balance of factors which determines whether the use is fair, and wherein the individual factors are also weighed against each other according to the circumstances of the case.*”

Em tradução livre: “talvez, o princípio mais conhecido na flexível lei do *copyright* (se não a lei do *copyright* como um todo) é a doutrina americana do *fair use*. (...) Ao invés de servir como pré requisitos individuais, os fatores do *fair use* são levados em conta num balanço final de fatores que determinam se se trata de *fair use* e onde os fatores individuais são confrontados de acordo com as circunstancias de cada caso.”

ÖSTLUND, Eric. Transforming European Copyright - Introducing an Exception for Creative Transformative Works into EU Law. Thesis in Intellectual Property Law, Autumn 2013. Faculty of Law, Uppsala University, Sweden. P. 30 e 31. Disponível em: <http://www.imk.uu.se/en-gb/publications/imcpaperseries.aspx> Consulta em 08/11/2016.

<sup>162</sup> MANSO, Eduardo Vieira. Direito autoral: exceções impostas aos direitos autorais: derrogações e limitações – São Paulo: Bushatsky, 1980. P 227.

No âmbito do copyright, o instituto do *fair use* (uso justo ou uso honrado) consiste numa cláusula geral de limitação ao direito de autor aplicável a situações não predeterminadas, aferindo-se a hipótese de caracterização ou não de violação aos direitos patrimoniais de autor, de acordo com o uso concreto da obra intelectual alheia, a partir de critérios construídos doutrinária e jurisprudencialmente, amoldando-se com mais facilidade às inovações tecnológicas.<sup>163</sup>

O *fair use*, perante às necessidades de atedimento da legislação autoral aos problemas atuais, se mostra mais adequado por permitir uma maior flexibilização, bem como uma adaptação à evolução dos usos das obras.

Nos dizeres de Helenara Braga Avancini:

(...) o artigo 9/2 da Convenção de Berna, de 1886, no que diz respeito ao direito de autor, é suficientemente amplo para permitir limitações ao direito de reprodução, sempre que se respeitem os “usos honrados” ou a regra dos três passos, ou seja, que se trate de casos especiais, expressamente tipificados e de interpretação restritiva, e que não atentem contra a exploração normal da obra nem causem prejuízo injustificado ao autor. E esta regra não se aplica somente ao direito de reprodução, mas a todos os direitos patrimoniais.<sup>164</sup>

Para harmonizar a aplicação dessa regra, os professores Christophe Geiger e Reto M. Hilty, e mais dois colaboradores coordenaram a elaboração, através do Instituto MaxPlanck<sup>165</sup>, de uma declaração intitulada “*A Balanced Interpretation Of The “Three-Step Test” In Copyright Law*”<sup>166</sup> na qual são feitas as seguintes considerações:

*The public interest is not well served if copyright law neglects the more general interests of individuals and groups in society when establishing incentives for rightholders. Where friction arises between the interests of rightholders and the general public, an effort must be made to bring them into equilibrium.*

(...)

*Limitations and exceptions are the most important legal instrument for reconciling copyright with the individual and collective interests of the general public.*

(...)

*The public interest is particularly clear in the case of those values that underpin fundamental rights. These values must be given special consideration when applying*

---

<sup>163</sup>SILVA, Michel César, NOGUEIRA, Roberto Henrique Porto, SOARES, Sávio de Aguiar. Direito de propriedade intelectual, tecnologia e interoperabilidade: estudo à luz das limitações aos direitos patrimoniais de autor. *In* Revista da ABPI, n° 101, jul/ago 2009, p. 53.

<sup>164</sup>AVANCINI, Helenara Braga. Breves considerações acerca do paradoxo da sociedade da informação e os limites dos direitos autorais. *In* Revista da ABPI, n° 63, mar/abr 2003. P. 18.

<sup>165</sup>“The aims of the Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law lie in fundamental research of current, future-oriented questions surrounding the protection of intellectual property, such as inventions or creations as well as the regulation of competition mechanisms and behavior.” Disponível em: <http://www.ip.mpg.de/en/research/intellectual-property-and-competition-law.html> Consulta em 09.08.16.

Em tradução livre: “Os objetivos do Instituto Max Planck para Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência tem por base a investigação fundamental das questões atuais e futuras que envolvem a proteção da propriedade intelectual, como invenções e criações, bem como a regulamentação dos mecanismos de concorrência e de comportamento.

<sup>166</sup>GEIGER C, HILTY R, GRIFFITHS J, SUTHERSANEN U (2010). Declaration A Balanced Interpretation Of The “Three-Step Test” In Copyright Law. *Jipitec*, Vol. 1. P 119 a 122. Disponível em: <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0009-29-26212> .Consulta em 08/08/16.

*the Three-Step Test. In addition, the public interest is served when the inevitable tendency of copyright law to restrict competition through the grant of exclusive rights is no greater than necessary.*<sup>167</sup>

Após as considerações iniciais, o documento traz alguns tópicos sobre como devem ser interpretados os três passos, entre eles os tópicos 4 e 6 são os que mais auxiliam na análise objeto deste trabalho:

*4. Limitations and exceptions do not conflict with a normal exploitation of protected subject matter, if they*

*– are based on important competing considerations or  
– have the effect of countering unreasonable restraints on competition, notably on secondary markets, particularly where adequate compensation is ensured, whether or not by contractual means.*

*6. The Three-Step Test should be interpreted in a manner that respects the legitimate interests of third parties, including*

*– interests deriving from human rights and fundamental freedoms;  
– interests in competition, notably on secondary markets; and  
– other public interests, notably in scientific progress and cultural, social, or economic development.*<sup>168</sup>

Pela leitura da declaração fica claro que pode haver diversas situações além daquelas previstas no rol dos artigos 46 a 48 da Lei de Direitos Autorais, o que mostra uma necessidade de relativizar a ilicitude da reprodução, principalmente quando houver interesses públicos, que tenham por objetivo o progresso científico e o desenvolvimento cultural, social ou econômico.

A questão objeto deste trabalho, a reprodução integral de um exemplar de uma obra que está esgotada, poderia se encaixar no conceito de *fair use* e nas situações previstas nos

---

<sup>167</sup> Em tradução livre: “O interesse público não é bem atendido se o direito de autor negligenciar os interesses gerais de indivíduos e grupos na sociedade ao estabelecer incentivos para o titular de direitos. Quando surgem conflitos entre os interesses dos titulares de direitos e o público em geral, deve ser feito um esforço para trazê-los a um equilíbrio.

(...)

Limitações e exceções são o instrumento legal mais importante para a conciliação do direito de autor com os interesses individuais e coletivos do público em geral.

(...)

O interesse público está particularmente claro no caso dos valores que sustentam os direitos fundamentais. A esses valores deve ser dada uma especial atenção ao aplicar o Teste dos Três Passos.

<sup>168</sup> Em tradução livre:

“4. Limitações e exceções não entrarão em conflito com a exploração normal da matéria protegida se:

- Estiverem fundadas em importantes interesses concorrenciais
- Tiverem o efeito de se contrapor a restrições concorrenciais não razoáveis, em especial em mercados secundários, particularmente quando a compensação adequada é assegurada, seja por via contratual ou não.

6. O Teste dos Três Passos deve ser interpretado de maneira a respeitar os legítimos interesses de terceiros, incluindo:

- Interesses derivados dos direitos humanos e liberdades fundamentais;
- Interesses concorrenciais, notadamente em mercados secundários;
- Outros interesses públicos, notadamente no progresso científico e no desenvolvimento cultural, social ou econômico.”

itens 4 e 6 da declaração, quando tratam de “restrições concorrenciais não razoáveis”, “interesses derivados dos direitos humanos e liberdades fundamentais”, entre outros. Nos dizeres de Carlos Eduardo Neves de Carvalho<sup>169</sup>: “(...) se uma obra intelectual não está disponível ao público ou por estar em edição esgotada ou pela dificuldade ao seu acesso, o sistema do fair use permite a livre utilização desta obra.”

No Brasil, a Convenção de Berna foi internalizada no ordenamento jurídico através do Decreto nº 75.699/75 e como o artigo 9º, item 2 reserva “às legislações dos países da União” a faculdade de permitir ou não a aplicação da regra dos três passos, alguns doutrinadores entendem que essa regra foi adotada pela Lei de Direitos Autorais, na redação dos artigos 46 a 48, mais explicitamente no inciso VIII do artigo 46.

Outros doutrinadores, no entanto, defendem que, embora os artigos da Lei que tratam das limitações possam ter como base a regra dos três passos, as previsões lá contidas não seriam suficientes para resolver todas as questões que poderiam se encaixar nessa regra. Estariam mais para uma permissão mínima de uso, principalmente pelo fato da lei não permitir uma cópia integral, mesmo que para uso privado, limitando essa reprodução à um pequeno trecho da obra, conforme expõe Maria Beatriz Leonardos<sup>170</sup>:

Isso não representa, propriamente, uma lista de casos especiais, mas uma permissão mínima de uso, afetando diretamente o interesse público que não é atendido, sendo evidente a necessidade de ampliação na definição desses casos especiais como forma de se alcançar a função social do direito autoral proporcionando-se, principalmente, um aumento do acesso à cultura e à educação.

Porém, embora seja necessária uma reforma na legislação autoral brasileira para que essas limitações sejam ampliadas a ponto de atender de maneira satisfatória o interesse público, enquanto ela não ocorre, a aplicação prática dessa relativização além dos limites dos artigos 46 a 48 (como por exemplo, além do que a lei entende por “pequeno trecho”) é considerada ilícita. Por essa razão, uma forma de garantir a aplicação da regra dos três passos em sua plenitude seria através de decisões do Judiciário, que analisaria as reivindicações caso a caso.

“(...) o fair use não se apresenta como uma lista fechada de hipóteses, mas como um conjunto de parâmetros hermenêuticos, cujas linhas gerais foram incorporadas ao direito escrito (statutory law) norte-americano em meados da década de 1970, mas

---

<sup>169</sup>CARVALHO, Carlos Eduardo Neves de. A doutrina do fair use nos EUA. *In* Revista da ABPI, nº 77, jul/ago 2005. P. 51.

<sup>170</sup>LEONARDOS, Maria Beatriz. O conflito entre a proteção aos direitos autorais e o interesse da sociedade na livre disseminação de ideias., cultura e informação. *In* Revista da ABPI, nº 108, set/out 2010. P. 48.

que têm origem na jurisprudência das cortes (case law) e são quase tão antigos quanto o próprio instituto jurídico do copyright.

Isso não quer dizer que, no ordenamento brasileiro, essencialmente civilista, direitos autorais não possam ser ponderados frente a outros direitos fundamentais, como a liberdade de expressão (incluindo a liberdade de imprensa), a livre participação na vida cultural, entre outros. Contudo – e em que pese a existência de respeitáveis opiniões em contrário –, quer nos parecer que tal ponderação não se confunde com uma autorização constitucional para a interpretação extensiva das limitações aos direitos autorais listadas no artigo 46 da Lei de Direitos Autorais ou para a afirmação correlata de que suas hipóteses sejam meramente exemplificativas. Circunstâncias de uso não expressamente previstas entre as limitações aos direitos do autor podem até ser interpretadas pelo Judiciário como justificáveis em face de uma ponderação principiológica de natureza constitucional. Mas isso não implica, necessariamente, na extensão ou restrição a qualquer dispositivo ou categoria de dispositivos em particular, pois qualquer dispositivo legal poderia ser objeto de interferência semelhante. Trata-se, em outras palavras, de uma relação horizontal, entre direitos do mesmo nível.<sup>171</sup>

No mesmo sentido, a Associação Brasileira de Propriedade Intelectual (ABPI), na Resolução 67<sup>172</sup>, analisando as limitações contidas no artigo 46 da Lei de Direitos Autorais, propõe uma nova redação ao referido artigo tendo como base a regra dos três passos e o *fair use* justificando que “na prática, as limitações incluídas no Art. 46 deste diploma legal (Lei 9.610) não são suficientes para abranger todas as situações fáticas que mereceriam sua aplicação”

Assim, o Brasil teria internalizado o instituto do *fair use* mas não o estaria aplicando em sua plenitude e, numa previsão hipotética, sua eficácia seria muito maior se houvesse um artigo na Lei que o replicasse com a mesma redação presente na Convenção.

A globalização e a necessidade de harmonização de conteúdos normativos que atingem o mercados global fazem com que o operador de direito de defronte não só com sua legislação interna mas com uma série de acordos e convenções internacionais para conseguir aplicar/interpretar um determinado tema, como é o caso específico dos limites dos direitos autorais.<sup>173</sup>

Considerando a possibilidade de aplicação do conceito de *fair use* sem restrições, será feita uma análise dos requisitos presentes em cada um dos três passos e a possibilidade de relativização da ilicitude da reprodução não autorizada de uma obra esgotada.

A primeira condição prevista na regra é ser um “caso especial”. E considerando uma situação em que é preciso tirar cópia de uma obra, pelo fato dos exemplares estarem esgotados, seria possível visualizar essa reprodução como um “caso especial” pois existe uma

---

<sup>171</sup>VASCONCELOS, Claudio Lins de. As limitações, o fair use e a guinada utilitarista do direito autoral brasileiro. *In* Revista da ABPI, nº 119, jul/ago 2012. P. 54.

<sup>172</sup>ABPI. Associação Brasileira da Propriedade Intelectual - Resolução nº 67 da ABPI.

<sup>173</sup>AVANCINI, Helenara Braga. Os limites e exceções dos direitos autorais na sociedade da informação. *In* Revista da ABPI nº 78, set/out 2005. P.44 e 45.

necessidade de acesso que não está sendo satisfeita, e as razões pelas quais surge essa necessidade pode caracterizá-la como especial.

Note-se que, conforme já examinado em tópico anterior, os casos que levam os exemplares à um esgotamento comumente são atípicos. Não é de se esperar que uma obra se esgote, e permaneça esgotada, muito menos quando há uma demanda, um interesse por ela. Trata-se, pois, de casos excepcionais, “especiais”, em que ocorre um comportamento que não era o esperado por parte do editor, do próprio autor, ou até mesmo de seus herdeiros, ensejando uma solução também atípica, ou seja, “especial”, para que o interesse público seja atendido.

A terceira condição também pode se aplicar ao caso, dependendo do motivo que levou ao esgotamento dos exemplares da obra. Se está claro que não se trata de arrependimento do autor, (que ocorre quando este tira as obras de circulação), é possível entender que o interesse do autor continua sendo de que sua obra permaneça circulando e que o esgotamento se deu por circunstâncias que não estão justificadas em seus direitos morais. Assim, uma vez que a exploração comercial está paralisada, conseqüentemente outras formas de acesso à obra deverão ser admitidas, entre elas a cópia. Logo, é possível entender que a reprodução, embora não autorizada, não é contrária aos interesses do autor, atendendo à terceira condição.

A segunda condição traz uma questão um pouco mais complexa, e por essa razão foi deixada por último na análise.

O dispositivo da Convenção dispõe que a reprodução não deve prejudicar a exploração normal da obra. No caso de obra cujos exemplares estão esgotados, é nítido que, por conta do esgotamento, a obra não está sendo explorada. Se a “exploração normal da obra” estivesse ocorrendo, não haveria que se falar em esgotamento, nem existiria uma situação de interesse em reproduzi-la de forma não autorizada, por não existir outra forma de adquirir um exemplar, já que a obra teria exemplares a venda e em circulação, ou seja, estaria disponível para aquisição pelos meios ditos “normais”.

Guilherme Carboni<sup>174</sup>, durante sua exposição no Seminário de Direitos Autorais e Acesso à Cultura sobre as limitações e exceções à Lei de Direitos Autorais, comenta sobre a

---

<sup>174</sup>CARBONI, Guilherme. Limitações e Exceções da Lei *In* Anais do Seminário Direitos Autorais e Acesso à Cultura. 27 e 28 de Agosto de 2008 – Brasília: Ministério da Cultura, Coordenação Geral de Direito Autoral, 2008. P. 23.

regra dos três passos observando que a interpretação para “normal” seria uma exclusividade de exploração que o autor espera, razoavelmente, poder realizar em condições normais, no momento de sua criação. Carboni comenta ainda sobre essa exploração dita como “normal” e a questão da cópia integral da obra esgotada:

Saber se uma utilização afeta ou não a exploração normal da obra significaria saber se tal utilização pode ser vista como substituta em relação à aquisição de um exemplar original.

(...)

Um outro exemplo: a obra que não esteja sendo, efetivamente, explorada e que esteja esgotada. Ao fazer uma cópia é impossível adquirir o original, porque ele está esgotado.

No mesmo entendimento, consta na Resolução 5.213 da Universidade de São Paulo (USP), (que tem por objetivo um posicionamento sobre reprografia e direitos autorais), o seguinte trecho: “De fato, estando a obra esgotada, conquanto persista o direito autoral abstrato, não há o aproveitamento econômico da obra naquele momento.”<sup>175</sup>

Ainda no mesmo sentido, Ascensão faz a seguinte observação:

O preceito segundo o qual a utilização não pode prejudicar a exploração normal da obra reproduzida, nem causar prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores, compreende duas condições distintas, embora correlatas. A primeira pressupõe que a utilização seja juridicamente irrelevante para o titular, já que não é de natureza a conflitar com as maneiras pelas quais o titular poderá usualmente explorar a obra intelectual. Assim sendo, determinado uso conflitará com a “exploração comercial” da obra se os autores forem destituídos de um mercado efetivo ou potencial de considerável importância econômica ou prática.

(...)

A segunda condição exige que a reprodução não cause prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores. Entende-se aqui que o interesse de que se trata é essencialmente o econômico, uma vez que os de natureza moral restam intactos.<sup>176</sup>

Dessa forma, entende-se que a reprodução de uma obra cujos exemplares estejam esgotados atenderia à segunda condição prevista pela Convenção, já que não estaria prejudicando a exploração normal da obra uma vez que o aproveitamento econômico não está sendo feito.

Porém é preciso refletir: embora a reprodução pretendida, mesmo que não autorizada, tenha sua ilicitude relativizada, até que ponto ela seria justa? A reprodução para uso privado,

---

<sup>175</sup> USP. Universidade de São Paulo. Resolução nº 5.213. P. 4.

<sup>176</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Fundamento do direito autoral como direito exclusivo. In SANTOS, Manoel J. Pereira dos, JABUR, Wilson Pinheiro, ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito autoral – São Paulo: Saraiva, 2014. P. 86 e 87.

quando não há exemplares à venda, parece estar inserida nessa relativização. Da mesma forma a reprodução para fins didáticos. Mas a reprodução de forma comercial, visando tomar para si a exploração da obra que não está sendo feita por quem teria esse direito, também se encaixaria nessa relativização?

Tendo em vista a necessidade de atendimento do direito de acesso à cultura e a existência de limitações e regras que relativizam o direito de exclusiva, é preciso observar em quais situações poderia o direito de autor ceder espaço ao direito de acesso, se é possível um equilíbrio entre eles ou se em todos os casos um deve prevalecer sobre o outro.

### **§5 - Direito de autor x Direito de acesso**

Conforme visto anteriormente, além de estar previsto na Constituição Federal, o direito de autor também está presente na Declaração Universal dos Direitos do Homem, inclusive no mesmo artigo que consagra o direito de acesso à cultura, artigo XXVII, no item 2: “Todo ser humano tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.”

Por estarem presentes tanto na Constituição Federal quanto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, parte da doutrina entende que o direito de autor e o direito de acesso à cultura, num primeiro momento, estariam num mesmo “patamar” legal, não existindo hierarquia entre eles e, no caso de conflito, haveria um choque entre direitos equivalentes.

Conforme explica Aires J. Rover:

Estas transformações provocadas pela revolução tecnológica, aliadas às próprias características da informação, põem em discussão um dos principais objetivos da Propriedade Intelectual: o equilíbrio entre os interesses particulares dos produtores e o interesse público, da sociedade. A Propriedade Intelectual sempre esteve apoiada na ideia de que aquele que cria uma obra deve receber um retorno sobre o seu esforço e dedicação, como incentivo para novas criações e a manutenção do desenvolvimento intelectual. Em contrapartida existe o interesse de que este conhecimento produzido seja divulgado e atinja o maior número de pessoas possíveis, garantindo-se assim que a sociedade se atualize.<sup>177</sup>

Ainda sobre o conflito entre direito de autor e direito de acesso à informação,  
Helenara Braga Avancini:

---

<sup>177</sup> ROVER, Aires J. O direito intelectual e seus paradoxos. In ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva e WACHOWICZ, Marcos (coords.). Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. 3ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. P 34.

A liberdade de acesso à informação é fundamento do Estado Democrático de Direito e, como tal, é reconhecida na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Constitui o direito que as pessoas têm de opinar, de expressar suas ideias, receber dar e procurar informações em todos os meios disponíveis, independente de fronteiras.

(...)

Da mesma forma, o direito autoral é respeitado dentro do Estado Democrático de Direito e, igualmente, reconhecido na Declaração dos Direitos do Homem como direito fundamental; portanto, o direito à informação se choca com o direito autoral (...) gerando um “conflito” entre dois direitos humanos fundamentais.<sup>178</sup>

Dessa forma, no caso de conflito entre esses direitos, é necessária uma ponderação de forma a buscar um equilíbrio e não uma predominância, já que teriam um mesmo “peso” no ordenamento jurídico.

Observa-se um possível conflito de direitos fundamentais visualizados na divergência de interesses individuais do autor com interesses coletivos da sociedade, mais especialmente um conflito do direito à propriedade e à personalidade do autor versus o direito à informação, cultura e educação da sociedade.

Sendo assim, o direito de autor mostra-se num primeiro momento em uma perspectiva voltada a um viés individualista em que se destaca o direito patrimonial e moral do autor, respectivamente na exploração econômica da obra e na proteção da personalidade de autor.

Em outro momento, entretanto, o direito do autor alcança sua finalidade maior, quando da destinação pública da obra, permitindo o acesso da coletividade à cultura, à educação, ao conhecimento e à informação, exurgindo-se, assim, como patrimônio nacional a ser protegido, pois seus efeitos determinam transformações no complexo intelectual da sociedade.<sup>179</sup>

Sobre ponderação Vidal Serrano Nunes Jr.<sup>180</sup>, ensina que quando o conflito se der entre direitos fundamentais, a solução mais indicada não é a comparação hierárquica entre eles. Direitos fundamentais devem sempre ser maximizados, buscando sua máxima efetividade. Sendo assim, no caso de colisão entre direitos fundamentais, deve-se buscar um ponto de convivência dos dois direitos, sem que um anule o outro.

Porém, conforme já citado neste trabalho, parte da doutrina entende que, embora o direito de autor esteja previsto como direito fundamental, numa eventual ponderação ele seria inferior ao direito de acesso à cultura, uma vez que se trata de um direito privado, enquanto o direito de acesso à cultura é revestido de um interesse público.

---

<sup>178</sup> AVANCINI, Helenara Braga. Breves considerações acerca do paradoxo da sociedade da informação e os limites dos direitos autorais. *In* Revista da ABPI, nº 63, mar/abr 2003. P. 18.

<sup>179</sup> PIRES, Eduardo. REIS, Jorge Renato dos. A Utilização das Obras Intelectuais Autorais Frente às Novas Tecnologias: Função Social ou Pirataria? - *In* Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul. Nº 34, Julho/Dezembro 2010. P. 34.

Disponível em <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/1809/1584> Consulta em 16/10/2016.

<sup>180</sup> NUNES JR., Vidal Serrano. A cidadania social na Constituição de 1988. São Paulo: Verbatim, 2009.

Nesse sentido, José de Oliveira Ascensão observa que, numa comparação do direito de acesso à cultura com o direito de autor, deve ser reconhecida a superioridade hierárquica do direito de acesso à cultura, já que ele está ligado a aspectos básicos da formação da pessoa, que é o fim e a justificação de todo o Direito. O acesso à cultura tem evidente fundamento de interesse social e desenvolvimento cultural do país. A proteção meramente patrimonial garantida ao direito de autor na Constituição Federal coloca-o em posição hierárquica inferior em comparação aos direitos relativos à promoção da cultura.<sup>181</sup>

Na verdade, estabelecendo-se a ponderação dos valores constitucionais contrapostos, por exemplo, de um lado, o direito à informação e à cultura e a liberdade de expressão e, de outro, o direito do criador à exploração de sua obra, deve-se aplicar o chamado princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, em virtude do qual se exige um critério de moderação na prevalência de um direito sobre outro quando ambos são igualmente garantidos, uma vez que a preponderância de um direito não pode significar o desaparecimento do outro. Assim sendo, a exclusividade reconhecida ao autor não deve impedir o exercício de outros direitos fundamentais, em especial o direito de acesso à informação e à cultura.<sup>182</sup>

Para Manoel J. Pereira dos Santos deve haver um equilíbrio entre os interesses, garantido pela previsão na Constituição dos princípios de acesso à informação e à cultura:

É clássica a noção de que o Direito de Autor deve estabelecer o equilíbrio ideal entre o interesse da coletividades, pela difusão e progresso do conhecimento, de um lado, e o interesse privado pela proteção de esforço criativo e do investimento realizado pelo autor. Por essa razão, a disciplina deste instituto contém geralmente regras destinadas a estabelecer limitações ao monopólio conferido ao titular do direito. O primeiro princípio constitucional objeto de conciliação é o da Liberdade de Informação. O inc. XIV do art. 5º da Constituição assegura a todos o acesso à informação. O art. 215 da Constituição também assegura, como interesse coletivo, o acesso às fontes da cultura nacional, entre as quais o Legislador Constituinte incluiu, como integrante do patrimônio cultural nacional, as criações científicas, artísticas e tecnológicas e outras formas de expressão (art. 216, incs. III e I).<sup>183</sup>

Fica claro que, embora o direito de autor também esteja previsto na Constituição, em caso de conflito com os direitos fundamentais de acesso à cultura e à informação, o direito de autor deve ceder lugar à eles, justamente como forma de se estabelecer um equilíbrio.

---

<sup>181</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito fundamental de acesso à cultura e direito intelectual. In SANTOS, Manoel J. Pereira dos. (coordenador). Direito de autor e direitos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2011. P 19.

<sup>182</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Fundamento do direito autoral como direito exclusivo. In SANTOS, Manoel J. Pereira dos, JABUR, Wilson Pinheiro, ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito autoral – São Paulo: Saraiva, 2014. P. 70 e 71.

<sup>183</sup> SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Princípios constitucionais e propriedade intelectual – o regime constitucional do direito autoral. In ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva e WACHOWICZ, Marcos (coords.). Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. 3ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. P 25 e 26.

Com o mesmo posicionamento, Maria Beatriz Leonardos<sup>184</sup> também explica que, apesar da Constituição Federal ter garantido a proteção ao direito exclusivo do autor, essa proteção deve ser relativizada perante os outros direitos fundamentais como o acesso à cultura e à educação, a liberdade de expressão e a função social da propriedade. Para a autora:

Quando se levanta a preocupação com a necessidade de reforço à cultura, um grande obstáculo é composto pelas questões dos direitos do autor em que os interesses privados se confrontam diretamente com os interesses públicos, e estes não são analisados profundamente na referida lei, o que pode dificultar o avanço no projeto de ampliação à difusão e desenvolvimento da cultura.

Esse conflito entre direitos também pode ser observado como um choque entre o direito privado, representado pelo direito de exclusiva do autor, e o interesse público, representado pelo direito de acesso à cultura. Sobre o caráter privado do direito do autor e o conflito com o interesse público, Fabio Ulhôa Coelho<sup>185</sup> faz a seguinte observação:

O direito autoral visa proteger os interesses privados do autor, mas apenas na exata medida em que sejam compatíveis com os da sociedade. A propriedade intelectual também deve ser exercida tendo em vista sua função social. Assim, quando incompatível a proteção do autor com a realização do interesse público, os direitos patrimoniais daquele cedem lugar a este.

Para ilustrar esse conflito podemos utilizar um exemplo concreto citado por Guilherme que menciona um projeto de digitalização do acervo de algumas discotecas municipais, que tem por objetivo proteger as obras musicais da deterioração dos discos. O autor explica que:

(...) apesar de ter sido previsto de forma genérica na Constituição Federal brasileira, o direito de acesso à informação e à cultura deve, ao nosso ver, ser invocado para garantir o acesso da população ao acervo da discoteca, apesar da Lei 9.610/98 não ter incluído tal hipótese nos seus artigos 46 a 48, que tratam das limitações ao direito de autor.<sup>186</sup>

Continuando sua análise sobre o confronto entre o direito de autor e o direito de acesso à informação e à cultura, Carboni faz a seguinte análise:

Em suma, entendemos que, não obstante o fato de o direito de acesso à informação e à cultura (que é um dos direitos que compõe os chamados “direitos culturais”) ter sido positivados como norma programática em nossa Constituição Federal e de o direito de autor não estabelecer a possibilidade de sua limitação na forma de um

---

<sup>184</sup>LEONARDOS, Maria Beatriz. O conflito entre a proteção aos direitos autorais e o interesse da sociedade na livre disseminação de ideias., cultura e informação. *In* Revista da ABPI, nº 108, set/out 2010. P. 39

<sup>185</sup>COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de direito civil, volume 4: direito das coisas, direito autoral. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>186</sup>CARBONI, Guilherme. Conflitos entre direito de autor e liberdade de expressão, direito de livre acesso à informação e à cultura e direito ao desenvolvimento tecnológico. *In* Revista da ABPI nº 85, nov/dez 2006. P. 46.

princípio geral em situações em que deva prevalecer, entendemos que esse direito deverá ser invocado em determinadas situações concretas (...) com base no princípio da proporcionalidade, sempre que o interesse público tiver de prevalecer sobre o interesse particular do autor.<sup>187</sup>

Ainda sobre a prevalência do direito de acesso sobre o direito de autor, Carboni menciona o entendimento da Declaração de Princípios da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação:

Verifica-se que a tendência apontada pela Declaração de Princípios da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação é no sentido da prevalência do direito de acesso à informação e a à cultura sobre o direito de autor, em determinadas circunstâncias, principalmente quando estiverem em jogo interesses sociais, econômicos e culturais de um povo.<sup>188</sup>

Dessa forma, fica claro que na ponderação dos dois direitos existe uma tendência em prevalecer o direito de acesso à cultura por seu caráter social, em defesa dos interesses públicos.

Conforme Denis Borges Barbosa<sup>189</sup>:

O estatuto constitucional dos direitos autorais tem outra vertente além da propriedade – o da liberdade de informação. E isso se dá de forma dupla: existe a tensão entre o direito à informação de terceiros e exclusividade legal do titular da obra (...).

(...)

Mas, seja através da aplicação de algum dos limites legais ao direito, seja através da interpretação da lei autoral, é preciso ficar claro que a propriedade intelectual não pode coibir, irrazoável e desproporcionalmente, o acesso à informação por parte de toda a sociedade, e o direito de expressão de cada um.

Porém é importante lembrar que nem sempre é necessária a prevalência do direito de acesso à cultura sobre o direito de autor, podendo haver um equilíbrio entre eles. O autor tem na exploração de sua obra uma forma de remuneração por seu trabalho, e por vezes a prevalência automática do interesse público, sem uma prévia análise ou justificativa, pode fazer com que não só essa remuneração seja prejudicada como também outros direitos do autor sejam violados.

Eduardo Vieira Manso possui uma visão diferente da maioria da doutrina em relação ao conflito entre o direito de autor e do direito de acesso à cultura:

---

<sup>187</sup>CARBONI, Guilherme. Conflitos entre direito de autor e liberdade de expressão, direito de livre acesso à informação e à cultura e direito ao desenvolvimento tecnológico. *In* Revista da ABPI nº 85, nov/dez 2006. P. 50.

<sup>188</sup>CARBONI, Guilherme. O Direito Autoral diante do interesse coletivo. *In* Anais do XXVII Seminário Nacional de Propriedade Intelectual da ABPI – 2007. Painel III. P. 118.

<sup>189</sup>BARBOSA, Denis Borges. Bases constitucionais da propriedade intelectual. *In* Revista da ABPI, nº 59, jul/ago 2002. P.38.

Confrontam-se, dessa forma, dois interesses legítimos, igualmente inafastáveis, que o Estado deve atender de maneira igualmente satisfatória para ambos (...). Como membro dessa sociedade, o autor não pode opor-lhe seu próprio interesse pessoal, em detrimento do interesse superior da cultura; e como mantenedora da ordem, não pode a sociedade subjugar o indivíduo, em seu exclusivo benefício, retirando-lhe aquelas mesmas prerrogativas que o seu governo confere ao autor<sup>190</sup>

Plínio Cabral analisou em artigo da ABPI a opinião de Eduardo Manso citada acima, e se posiciona no seguinte sentido:

O que a lei pretende é instituir um justo equilíbrio entre o aproveitamento social e cultural da obra e o respeito aos direitos patrimoniais do autor, isto é, uma utilização que não lhe cause um prejuízo injustificado.<sup>191</sup>

Assim, diante do conflito entre direito de autor e direito de acesso à cultura é necessário primeiro uma busca pelo equilíbrio, pela satisfação e respeito a ambos os direitos para depois, de modo subsidiário, não havendo outra forma de solucionar o impasse, considerar a prevalência do direito de acesso à cultura em relação ao direito de autor por sua justificativa social.

Nas palavras de René David: “O equilíbrio entre interesses opostos e a regulamentação da justiça que o direito se propõe realizar podem, em direitos diferentes, ser obtidos por vias diversas”.<sup>192</sup>

Ainda do ponto de vista filosófico, é preciso considerar a necessidade de se encontrar um ponto de equilíbrio entre os dois direito em conflito, uma solução que respeite a natureza de ambos: “os que desejam viver em liberdade devem buscar amplo esclarecimento do conflito entre forças existências que se opõem. Através desse conflito vêm abrir-se oportunidade de se relacionarem com seus oponentes na humanidade que se ambos contém.”<sup>193</sup>

Portanto, a legislação brasileira previu o uso de boa-fé, a necessidade de facilitar os meios tecnológicos àqueles que buscam a informação e o acesso ao conhecimento – pensamento hoje universalmente aceito de que é fundamental, na sociedade contemporânea, a massificação da cultura, fator único de verdadeiro progresso e paz. (...)

---

<sup>190</sup> MANSO, Eduardo Vieira. Direito autoral: exceções impostas aos direitos autorais: derrogações e limitações. São Paulo: Bushatsky, 1980. P. 90.

<sup>191</sup> CABRAL, Plínio. Limitações ao Direito Autoral na Lei 9.610. In Revista da ABPI, nº 37, nov/dez 1998. P. 8

<sup>192</sup> DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Tradução Hermínio Carvalho. 4ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 16.

<sup>193</sup> JASPERS, Karl. Introdução ao pensamento filosófico. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Edição Cultrix. 1965. P. 83.

O que se deseja não é minimizar a utilização da ferramenta tecnológica, diminuir as extensões da informação humana ou enclausurar a cultura para torná-la privilégio de elites. Apenas regulamentar a reprografia, protegendo, assim, os direitos autorais daqueles que criam e de alguma forma comunicam conhecimento e emoções.<sup>194</sup>

Analisando essa questão do ponto de vista da reprodução de obra esgotada, é necessário ponderar o interesse público presente no direito de acesso à obra, como parte do acervo cultural da sociedade, e o direito de autor que no momento impede que esse interesse e acesso sejam satisfeitos.

É preciso observar as condições que circundam o esgotamento dos exemplares, os direitos envolvidos e como se daria uma ponderação entre eles e os direitos fundamentais de acesso à cultura e ao conhecimento.

### **Capítulo 3 – Reprodução como forma de acesso**

Neste capítulo busca-se inicialmente avaliar se outras formas de acesso à obra tais como os acervos disponíveis ao público e a oferta de exemplares usados atenderiam de forma plena o interesse público e o direito de acesso à cultura.

Finalizada essa avaliação, será feita uma análise sobre a possibilidade de reprodução integral da obra, mesmo que não autorizada, para cada situação de esgotamento levantada na primeira parte do trabalho. Também será analisada essa possibilidade com base no uso que se pretende fazer da obra, como a finalidade didática e o uso privado.

#### **§1 – O acesso através de acervos e do comércio de exemplares usados**

Quando se fala em acesso, é fácil pensar nas bibliotecas como uma solução possível para obras que estejam fora de catálogo. Porém, é preciso lembrar que este trabalho não trata apenas das obras literárias, mas de todas aquelas passíveis de reprodução em exemplares, como CDs, DVDs, ou até mesmo os vinis, fitas K7, VHS entre outros suportes que já não são tão comuns atualmente.

Entre os estudantes, acadêmicos, pesquisadores e intelectuais frequentar uma biblioteca é uma prática comum, mas é preciso ressaltar que a maioria da população não tem esse hábito. Bibliotecas particulares são acessíveis a uma pequena parcela e, exceto nas

---

<sup>194</sup> GANDELMAN, Henrique. De Gutenberg à internet: direitos autorais na era digital – 5ª ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Record, 2007. P. 59.

escolas, universidades e ambientes acadêmicos ou de pesquisa em que a existência de uma biblioteca é praticamente obrigatória, nem sempre é possível achar uma biblioteca pública de fácil acesso pelos bairros ou até mesmo municípios. Um indivíduo residente no município de São Paulo não consegue consultar, por exemplo, a biblioteca do Supremo Tribunal Federal. A extensão territorial causa problemas de logística. Além disso, nem todas as bibliotecas públicas possuem um acervo abrangente, amplo, tendo na maioria das vezes, um acervo precário, somente com as obras consideradas mais “clássicas” ou populares.

“O problema da obra esgotada não é a falta de circulação, é a falta de acesso.”<sup>195</sup>

Embora existentes, também são raras as discotecas e videotecas, além de ser quase inexistente entre a população o hábito de visitá-las. Pensando que vivemos numa época em que as videolocadoras praticamente sumiram dos bairros, é difícil imaginar que alguém que esteja buscando ouvir um CD ou assistir uma obra audiovisual, o faça indo até um desses (raros) acervos disponíveis ao público.

## **I – O depósito legal**

Um instituto do direito que poderia ajudar na solução da equação entre a reprodução como forma de acesso em contraponto a proibição legal é o depósito legal.

O depósito legal garante que toda produção intelectual literária, musical, ou audiovisual seja depositada na biblioteca nacional, a qual serviria como acervo base de toda a produção intelectual do país. Nesse aspecto, em caso de esgotamento da obra, o Estado teria um exemplar disponível.

*El deposito legal (...) consiste en la entrega de un ejemplar de la obra publicada por parte del impresor y otro ejemplar por parte del editor o del autor que edita por sí mismo, de un ejemplar de la misma con destino a la Biblioteca Nacional.*<sup>196</sup>

---

<sup>195</sup> BARBOSA, Denis Borges. Painel VI - Obra Sob Encomenda - Licenças não-voluntárias. In WACHOWICZ, marcos (org.) e SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Estudos de direito de autor e a revisão da lei dos direitos autorais. Anais do III Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. P. 192.

<sup>196</sup> Em tradução livre: “O depósito legal (...) é a entrega de um exemplar da obra publicada por parte da gráfica responsável pela impressão, outro exemplar por parte do editor ou do autor que a editou por si mesmo, de um exemplar da mesma com destino à Biblioteca Nacional.” MISERACHS, Antonio. El Copyright Norteamericano. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1946. P. 136 e 137.

Porém, o instituto do depósito legal não se sustenta sozinho, depende do ordenamento jurídico local para que, em conjunto com outras leis, se torne uma ferramenta útil na satisfação do interesse público.

O principal e mais difundido modelo é aquele que estabelece o depósito legal através de lei especial, prevendo-se o seu procedimento mediante regulamento. Este é o modelo adotado na África do Sul, Brasil, França, Grécia, Indonésia, Noruega, Portugal e Suécia, dentre outros. Um segundo modelo é aquele que incorpora o depósito legal nas normas de direito de autor, como é o caso de Austrália, Reino Unido e Estados Unidos da América. Já nos ordenamentos jurídicos do Canadá, Japão e Nigéria, um terceiro modelo pode ser encontrado, no qual o depósito legal contempla-se dentro das disposições legais que regem as bibliotecas nacionais.<sup>197</sup>

Como referência, podemos citar o ordenamento jurídico espanhol. A primeira Lei a dispor sobre o depósito legal é datada de 1616, e atualmente a Lei que trata do tema (Lei nº 23/2011 de 29 de Julho de 2011) traz em seu preâmbulo a seguinte explicação do instituto:

*El patrimonio bibliográfico, sonoro, visual, audiovisual y digital de las culturas de España es uno de los más ricos y representativos del mundo y debe ser preservado en beneficio de las generaciones presentes y futuras. Para que éste pueda ser accesible a todos los ciudadanos y contribuya al desarrollo cultural, social y económico de España como sociedad libre y democrática, es preciso contar con la colaboración de editores, impresores, productores, así como del mundo bibliotecario, cuya actuación conjunta resulta imprescindible para conservar ese patrimonio, en unos casos, cediendo en depósito a las Administraciones Públicas ejemplares o copias de todos los recursos de información creados en cualquier soporte o medio que se distribuya públicamente, y en otros, gestionando la accesibilidad universal a esos recursos.*

*Inicialmente concebido sólo como una figura de control bibliográfico nacional, el depósito legal ha pasado a configurarse en los Estados democráticos como un servicio público gratuito al sector editorial para suministrar originales de obras en dominio público, y como una garantía de la libertad de expresión y del acceso a la información de los ciudadanos y, con el advenimiento de la sociedad del conocimiento, como una pieza del desarrollo económico y social de un país.*

*La figura del depósito legal fue introducida en España por primera vez en 1616 para las obras impresas en la Corona de Aragón y en 1619 para las obras impresas en la Corona de Aragón y el Reino de Castilla, cuando Felipe III, por Real Decreto de 12 de enero, concede a la Real Biblioteca de El Escorial el privilegio de recibir un ejemplar de cuantos libros se imprimiesen. Felipe V amplía este privilegio mediante Real Cédula de 26 de julio de 1716, a la recién fundada Librería Real, hoy Biblioteca Nacional de España.<sup>198</sup>*

---

<sup>197</sup> FAZIO, Iracema. Papel e eficácia do registro de direito de autor e do depósito legal –II. In Revista da ABPI, nº 105, mar/abr 2010. P. 4.

<sup>198</sup>Em tradução livre: O patrimônio bibliográfico, sonoro, visual, audiovisual e digital das culturas da Espanha é um dos mais ricos e representativos do mundo e deve ser preservado em benefício das gerações presentes e futuras. Para que isto possa ser acessível a todos os cidadãos e contribuir para o desenvolvimento cultural, social e econômico da Espanha como uma sociedade livre e democrática, é necessário contar com a colaboração de editores, impressoras, produtores, bem como o bibliotecário, cuja ação conjunta é essencial para o mundo a conservar esse patrimônio, em alguns casos, rendendo no depósito para o exemplar das administrações públicas ou cópias de todos os recursos de informação criados em qualquer formato ou meio que é distribuído publicamente e em outros, gerenciando a acessibilidade universal a esses recursos.

Inicialmente concebido apenas como uma figura de controle bibliográfico nacional, o depósito legal nos Estados democráticos tornou-se um serviço público gratuito para o setor de publicação para a fonte original das obras em

E ainda, no corpo da própria Lei, em seu artigo 1º demonstra seu claro objetivo.

*Artículo 1. Objeto de esta ley.*

*La presente ley tiene por objeto regular el depósito legal, que se configura como la institución jurídica que permite a la Administración General del Estado y a las Comunidades Autónomas recoger ejemplares de las publicaciones de todo tipo reproducidas en cualquier clase de soporte y destinadas por cualquier procedimiento a su distribución o comunicación pública, sea ésta gratuita u onerosa, con la finalidad de cumplir con el deber de preservar el patrimonio bibliográfico, sonoro, visual, audiovisual y digital de las culturas de España en cada momento histórico, y permitir el acceso al mismo con fines culturales, de investigación o información, y de reedición de obras, de conformidad con lo dispuesto en esta ley y en la legislación sobre propiedad intelectual.<sup>199</sup>*

No país, atuando em conjunto com o depósito legal, há a Lei de Propriedade Intelectual espanhola, que prevê a cópia privada mediante compensação equitativa<sup>200</sup>. Para realização da cópia privada é necessário cumprir cumulativamente dois requisitos<sup>201</sup>: (i) que seja feita por uma pessoa física sem finalidade profissional, empresarial ou comercial. (ii) que a obra a ser reproduzida seja acessada de forma lícita.

Assim entende-se que o depósito legal atenderia o segundo requisito, sendo meio legítimo de ter acesso a um exemplar da obra, eventualmente esgotado, do qual se pretende obter uma cópia.

Nesta realidade do Estado espanhol, há mecanismos legais que garantam a proteção do seu patrimônio cultural, bem como políticas públicas que não inviabilizem os indivíduos de terem acesso a qualquer tipo de obra.

---

domínio público e como garantia da liberdade de expressão e do acesso à informação dos cidadãos e, com o advento da sociedade do conhecimento, como parte do desenvolvimento econômico e social de um país.

A figura do depósito legal foi introduzida na Espanha pela primeira vez em 1616 para obras impressas em 1619 na coroa de Aragão e o Reino de Castela, quando Felipe III, por decreto real de 12 de Janeiro, dá a biblioteca de El Escorial o privilégio de receber uma cópia de alguns livros de imprimisse. Felipe V estende esse privilégio por Decreto Real de 26 de julho de 1716, para a recém-fundada Biblioteca Real, hoje Biblioteca Nacional de Espanha.”

<sup>199</sup>Em tradução livre: “Artigo 1. Objeto desta lei.

A presente lei tem por objeto regular o depósito legal, que é configurado como a instituição jurídica que permite a administração geral do estado e as comunidades autônomas coletar exemplar de publicações de todo o tipo produzidas em qualquer classe de suporte e concebida por qualquer procedimento para a sua distribuição ou comunicação pública, seja gratuita ou onerosa, com o objetivo de cumprir com o dever de preservar o patrimônio bibliográfico, sonoro, visual, audiovisual e digital das culturas da Espanha em cada tempo histórico e permitir o acesso aos mesmos com fins culturais, de pesquisa ou informação e reedição de obras, em conformidade com os dispostos nesta lei e na legislação sobre propriedade intelectual.”

<sup>200</sup>Artículo 25. Compensación equitativa por copia privada

<sup>201</sup>Artículo 31. Reproducciones provisionales y copia privada. [...] 2. Sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, no necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, sin asistencia de terceros, de obras ya divulgadas, cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias, constitutivas del límite legal de copia privada: a) Que se lleve a cabo por una persona física exclusivamente para su uso privado, no profesional ni empresarial, y sin fines directa ni indirectamente comerciales. b) Que la reproducción se realice a partir de obras a las que haya accedido legalmente desde una fuente lícita

Portanto, no modelo espanhol que determina o depósito legal e permite a cópia privada, qualquer cidadão que tenha o interesse na obra tem a garantia que existe ao menos um exemplar disponível para seu acesso e conseqüente reprodução.

Também em alguns países latino-americanos o depósito legal existe, sendo inclusive de caráter obrigatório, o que assegura a preservação das obras como patrimônio cultural:

*la legislación y el carácter obligatorio del depósito legal aseguran la recolección y la preservación de la herencia nacional de publicaciones, y por ende, de una importante parte de la riqueza cultural de un país.*<sup>202</sup>

No Brasil também existe a figura do depósito legal<sup>203</sup>. Entretanto a legislação brasileira é recente (Lei nº 10.994/2004<sup>204</sup> e Lei nº 12.192/2010<sup>205</sup>) demonstrando claramente que não há o costume de proteção do patrimônio cultural nacional. Um exemplo desse descaso é o fato de que a primeira legislação brasileira que versou sobre o assunto é datada de 1907, e veio a ser atualizada apenas em 2004. Além disso, até 2010 o depósito só era obrigatório para obras impressas, sendo as obras musicais e audiovisuais incluídas na obrigatoriedade apenas através dessa segunda lei<sup>206</sup>.

É importante assinalar que o instituto do depósito deve ser trabalhado tendo em conta razões de ordem prática e administrativa, especialmente, fundamentadas em três pilares: a garantia da preservação do patrimônio nacional publicado, a compilação de uma bibliografia nacional e a garantia de acessibilidade à coleção nacional do país, quer para investigadores nacionais como estrangeiros, quer para o público em geral, em condições mais amplas e gratuitas possíveis.

(...)

pode-se identificar como o papel do depósito legal criar e preservar uma coleção nacional de material publicado de modo a garantir: a defesa e preservação dos valores da língua e cultura de uma nação; o registro e guarda da produção intelectual

---

<sup>202</sup> Em tradução livre: “a legislação e o caráter obrigatório do depósito legal asseguram a recolocação e preservação da herança nacional de publicações e, portanto, de uma parte da riqueza cultural de um país.”

URIBE, Richard e STEENKIST, Robert Max. El depósito legal en los países de Latinoamérica en 2005.

Su vigencia y normatividad. Estadísticas comparativas. P. 5

Disponível em: [http://www.cerlalc.org/secciones/libro\\_desarrollo/Deposito\\_Legal.pdf](http://www.cerlalc.org/secciones/libro_desarrollo/Deposito_Legal.pdf)

<sup>203</sup> “As origens da legislação sobre o depósito legal no Brasil, como é óbvio, andam a par e passo com a portuguesa e remontam a novembro de 1807, quando o príncipe regente dom João, a rainha dona Maria I, toda a família real e grande parte da corte, diante da invasão de Portugal pelas tropas francesas, deixaram Lisboa com destino ao Brasil, trazendo consigo todo o acervo da Livraria Real, com cerca de 60.000 peças, entre livros, manuscritos, estampas, mapas, moedas e medalhas.”

FAZIO, Iracema. Papel e eficácia do registro de direito de autor e do depósito legal –II. In Revista da ABPI, nº 105, mar/abr 2010. P .5.

<sup>204</sup> Lei nº 10.994/2004 - Dispõe sobre o depósito legal de publicações, na Biblioteca Nacional, e dá outras providências.

<sup>205</sup> Lei nº 12.192/2010 - Dispõe sobre o depósito legal de obras musicais na Biblioteca Nacional.

<sup>206</sup> “No caso de obra audiovisual, resultante da utilização de recursos incentivados ou que merecer prêmio em dinheiro concedido pelo governo federal, o ordenamento jurídico brasileiro regula a obrigatoriedade do depósito legal na Cinemateca brasileira, através do artigo 8º da Lei nº 8.685, de 1993.”

FAZIO, Iracema. Papel e eficácia do registro de direito de autor e do depósito legal –II. In Revista da ABPI, nº 105, mar/abr 2010. P .5.

nacional; a produção e divulgação da bibliografia nacional corrente; o estabelecimento da estatística das edições nacionais; o enriquecimento de bibliotecas dos principais centros culturais do país; e a constituição de importantes e riquíssimos fundos bibliográficos para as gerações futuras.<sup>207</sup>

Discrepante da realidade do país europeu, ou dos países latino-americanos, no Brasil não há mecanismos legais ou políticas públicas que garantam o acesso as obras publicadas e comercializadas em solo nacional. Somando-se a este atraso na legislação o fato da proibição existente na lei brasileira da possibilidade da cópia integral.

## **II – Comércio de exemplares usados**

Também não é possível considerar como acessíveis os exemplares “usados” disponíveis em sebos ou em sites de compra e venda entre particulares. Algumas obras cujos exemplares não estejam mais sendo comercializados pelo editor podem sim ser encontrados à venda, novos ou usados, através de outros meios de comércio, muitas vezes com valores inflacionados devido à sua escassez. Porém, se a própria lei considera que 10% de uma tiragem (de presumidamente 3 mil exemplares, ou seja, 300) não é um número suficiente para atender à demanda, os poucos exemplares que restaram à venda também não serão uma solução adequada e suficiente, para atender ao interesse público de forma satisfatória.

Assim, entende-se que tanto acesso aos acervos disponíveis quanto possibilidade de compra de exemplares usados não são a melhor forma de solucionar o problema da obra esgotada. Ambos atendem apenas a uma pequena parcela da população, seja pelo número limitado de exemplares disponíveis, seja pela localização geográfica.

Nesse sentido, para Eliane Abrão:

A lei 9.610/98 não distingue entre livros postos à disposição do público e os retirados de circulação. Livros, discos ou obras de qualquer natureza, de grande valor histórico, cultural e científico, são muitas vezes encontrados apenas em distantes bibliotecas públicas ou acervos particulares. Essa carência na disponibilização da obra é prejudicial ao desenvolvimento das artes, ciências e cultura, que é objeto declarado dos direitos de autor. Entretanto, a solução normativa para isso não existe, necessitando de esforços dos legisladores no encontro de uma fórmula satisfatória, que garanta maior acesso do público à obra, sem prejuízo de seus titulares.<sup>208</sup>

Analisando o exposto, é possível entender que, embora seja possível o acesso à obra esgotada por outros meios, a melhor forma de atender ao interesse público satisfatoriamente

---

<sup>207</sup> FAZIO, Iracema. Papel e eficácia do registro de direito de autor e do depósito legal –II. *In* Revista da ABPI, nº 105, mar/abr 2010. P. 9.

<sup>208</sup> ABRÃO, Eliane Y. Direitos de autor e direitos conexos. São Paulo: Editora do Brasil, 2002. P. 148 e 149.

com relação ao acesso à obra, ou seja, sem restrições quando à localização ou disponibilidade dos exemplares, de forma igualitária à toda população que tenha interesse, seria a possibilidade de reproduzir o conteúdo da obra de forma integral.

## **§2 – Reprodução da obra esgotada e relativização da proibição legal**

É preciso considerar que as obras diferenciam-se umas das outras pelo seu grau de erudição, mas todas, desde as mais clássicas até as mais populares, integram o acervo cultural da sociedade e têm algo a acrescentar. Além disso, a necessidade de se falar sobre o tema “esgotamento de exemplares” surge não por uma ou outra obra estar esgotada, mas pelo ordenamento jurídico ser silente em relação ao assunto. Uma, duas ou tantas quantas estiverem com seus exemplares esgotados, não há na legislação uma solução para o prejuízo ao acesso à cultura que esse esgotamento causa.

É necessário avaliar então quais medidas poderiam ser tomadas pelo legislador ou pelo Estado como forma de garantir o acesso à cultura e o atendimento ao interesse público e à função social dos direitos autorais.

Conforme já fora analisado, a reprodução integral como forma de acesso à obra mostrou-se uma solução adequada para atender ao interesse público de modo pleno. Resta analisar quais os institutos ou instrumentos podem ser utilizados na relativização desta reprodução tida como não autorizada e, de certa forma ilícita, no caso de uma obra que esteja esgotada.

Como se sabe, a lei brasileira de direitos autorais, Lei 9.610/98 (doravante designada LDA), é tida pelos especialistas no assunto como uma das mais restritivas de todo o mundo. Ao proibir a cópia integral de obra alheia, condutas que se afiguram corriqueiras no mundo contemporâneo são, a rigor, contrárias à lei.<sup>209</sup>

Como já dito anteriormente, a Universidade de São Paulo (USP) possui uma resolução aprovada por seu Conselho Universitário (Resolução nº 5.213) que permite a fotocópia integral quando se tratar, entre outras hipóteses, de obras esgotadas há mais de 10 anos<sup>210</sup>. Consta na justificativa que a Resolução pautou-se na Constituição Federal, buscando equilibrar o direito de autor, presente no artigo 5º, XXVII, o direito à informação (artigo 5º, XIV), o direito à cultura, (artigo 215) e o caráter social das criações (artigo 216).

---

<sup>209</sup> LEMOS, Ronaldo; BRANCO JUNIOR, Sérgio Vieira. Copyleft, Software Livre e Creative Commons: A Nova Feição dos Direitos Autorais e as Obras Colaborativas. P. 1. Disponível em: <<http://virtualbib.fgv.br/dspace/handle/10438/2796?show=full>> (acesso em 15.11.2016)

<sup>210</sup> Resolucao 5.213 da USP.

Apesar da solução trazida pela Resolução ser aplicável, conforme consta em seu próprio texto, apenas no contexto específico do ensino e da pesquisa, e presumidamente para obras impressas, já que trata de reprografia, esta parece ser uma solução adequada, e que poderia ser aplicada de forma geral ao caso das obras cujos exemplares estão esgotados.

Solidamente baseada nos direitos fundamentais presentes na Constituição, e buscando um claro equilíbrio entre o direito de autor e o interesse público, essa orientação poderia ser absorvida pelo ordenamento jurídico para relativizar a proibição da cópia integral quando se tratar de obra esgotada, seja na forma de entendimento jurisprudencial ou reforma na lei, de forma a se tornar aplicável à sociedade como um todo. Analisando o prazo em si, 10 anos parece ser um tempo razoável para que fique claro se há interesse do titular em voltar a publicar a obra ou não.

Sendo essa solução tida como adequada ao caso, é necessário analisar um outro ponto: o direito de remuneração do titular. Discute-se se haveria, por parte do interessado, um dever de remuneração por reprodução efetuada. A princípio parece ser o mais adequado, já que se a obra estivesse em circulação seria necessário pagar por sua aquisição, sendo assim, a cada cópia efetuada, o interessado pagaria um valor que ficaria disponível ao titular como remuneração pelo uso de sua obra.

Nos Estados Unidos, estando a obra esgotada ou não, é possível fazer uma fotocópia de uma obra mediante pagamento de uma taxa, que é repassada aos titulares de direito autorais pelo Copyright Clearance Center.

Nos USA, o Copyright Clearance Center é uma instituição sem fins lucrativos fundada em 1978 que tem como finalidade servir de intermediária entre escritores e usuários. A instituição, mediante o pagamento de uma taxa, autoriza a fotocópia de uma obra e repassa o valor arrecadado aos detentores de direitos autorais que tiveram suas obras reproduzidas.

O Copyright Clearance Center recolhe as taxas de licença de duas maneiras. Primeiro, o Transactional Reporting System trabalha em âmbito individual e depende de um pedido feito pelo interessado ao Clearance Center. A segunda maneira é através do Annual Authorization Service, na qual um modelo de preenchimento fica na máquina de xerox e um modelo estatístico estima a taxa devida toda vez que uma reprodução for feita. Tendo por base um modelo estatístico, a taxa anual de licença é baseada na quantidade de cópias feitas por um determinado segmento da indústria e pela média cobrada pelas editoras detentoras dos direitos autorais.<sup>211</sup>

---

<sup>211</sup> CARVALHO, Carlos Eduardo Neves de. A doutrina do fair use nos EUA. *In* Revista da ABPI, nº 77, jul/ago 2005. P. 53.

Desta forma, ainda que não seja ideal, trata-se de um meio pelo qual há o pagamento de uma remuneração pela cópia privada. Para David Coimbra de Paula:

(...) a compensação equitativa em contrapartida da cópia privada foi o mecanismo encontrado pelos pensadores jus autorais para colocar em equilíbrio, por um lado, os interesses dos titulares dos direitos de propriedade intelectual e, por outro, o interesse, chamemos-lhe público, do utilizador<sup>212</sup>

Para o caso de obra esgotada é possível citar como exemplo a Alemanha, onde é lícita a cópia integral de obra, em hipóteses bastante restritas e com condições muito claras, desde que esta esteja fora do catálogo por pelo menos dois anos.<sup>213 214</sup>

A Associação Brasileira de Direitos Reprográficos (ABDR), quando perguntada<sup>215</sup> sobre a questão do direito autoral de um livro que tenha sua edição esgotada se posiciona no seguinte sentido, baseada nos ensinamentos de Ascensão:

(...) de acordo com José de Oliveira Ascensão, (In “Direito Autoral”, Ed. Renovar, 2º ed., pág. 268), em caso de obras já divulgadas, mas que não estão mais no mercado, deveria haver a possibilidade de reprodução para fins justificados que ultrapassem o uso privado. Além disso, esclarece que os fins não seriam justificados se a ausência da obra fosse temporária e as necessidades permitissem esperar pela publicação da obra. No entanto, o ilustre autor adverte: em qualquer caso, porém, deveria ser imposta a remuneração adequada.

Embora ainda tímido, é possível perceber que existe um movimento, com relação aos exemplares esgotados, em permitir a reprodução integral, desde que os fins estejam justificados. Tanto a USP quanto a ABDR buscam equilibrar a situação com o direito de

---

<sup>212</sup> PAULA, David Coimbra de. A cópia para uso privado e a compensação equitativa. Dissertação de Mestrado orientada pela Dra. Ana Eduarda Santos, LL.M. Lisboa, Agosto de 2013. P. 24.

Disponível em <http://hdl.handle.net/10400.14/15619> Consulta em 14/11/2016.

<sup>213</sup>Anais do XXVI Seminário Nacional de Propriedade Industrial da ABPI – 2006. Painel IV – Direito Autoral – Limites à proteção. P. 123.

<sup>214</sup> §53 *Vervielfältigungen zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch*

(...)

(2) *Zulässig ist, einzelne Vervielfältigungsstücke eines Werkes herzustellen oder herstellen zu lassen*

(...)

4. *zum sonstigen eigenen Gebrauch,*

(...)

**b) wenn es sich um ein seit mindestens zwei Jahren vergriffenes Werk handelt.**

*(Grifo Nosso)*

Em tradução livre:

Artigo 53: Reprodução para uso pessoal e outros fins pessoais.

(...)

(2) É autorizada a realização de cópia única de uma obra ou ter ela feita.

(...)

4. Para outros fins pessoais.

(...)

**b) Em caso de a obra estar fora do catálogo por pelo menos dois anos.**

**(grifo nosso)**

<sup>215</sup> Disponível em: [http://www.abdr.org.br/site/perguntas\\_respostas.asp](http://www.abdr.org.br/site/perguntas_respostas.asp) consulta em 30/06/2016.

autor, a primeira justificada pelo fim didático/acadêmico e a segunda através de uma remuneração adequada.

Ainda sobre a necessidade de remuneração é preciso citar um entendimento contrário, pelo qual não haveria necessidade de remunerar o titular, tendo em vista que a obra não está sendo comercializada. Conforme já analisado anteriormente, a maioria dos casos de esgotamento se dá pela inércia do titular. Assim, ao manter a obra esgotada, o titular de certa forma externa sua intenção de não mais explorar comercialmente a obra. Com base nesse comportamento, seria possível afirmar que o titular estaria abdicando de seu direito à remuneração?

Eduardo Lycurgo Leite, em palestra proferida no Seminário sobre Direitos Autorais e Acesso à Cultura, realizado em 2008 pelo Ministério da Cultura, se manifesta no seguinte sentido sobre a reprodução sem autorização do titular e a previsão de remuneração da lei americana:

(...) ela teria uma reparação econômica igual a zero, ou quase isso, porque a reparação econômica que o titular teria direito a receber seria aquela reparação econômica estipulada com base na venda da obra no momento em que ela foi utilizada. Como a obra não é explorada comercialmente isso seria equivalente a zero.<sup>216</sup>

## **I - Inércia ou recusa injustificada do titular dos direitos.**

Conforme analisado na primeira parte deste trabalho, na maioria das situações em que o estoque de uma obra se mantém esgotado por um longo período houve uma inércia do titular em fazer valer seu direito de explorá-la comercialmente, seja notificando a editora para que cumpra o contrato, seja renovando ou firmando novos contratos com outras editoras.

Sendo assim, é possível resumir quase todas as situações analisadas a uma só: a inércia por parte do titular. Dessa forma, a análise desse comportamento, suas consequências e conflitos com o interesse público podem ser analisadas de forma única e aplicadas a todas as situações em que o esgotamento tenha como razão a falta de agir por parte do autor.

---

<sup>216</sup> LYCURGO, Eduardo. Domínio Público e obra orfã. *In* Anais do Seminário Direitos Autorais e Acesso à Cultura. 27 e 28 de Agosto de 2008 – Brasília: Ministério da Cultura, Coordenação Geral de Direito Autoral, 2008. P. 90.

O titular do direito de autor tem a faculdade de explorar a obra da forma como entender melhor para seus objetivos, podendo inclusive escolher não explorá-la ou até disponibilizá-la gratuitamente.

Porém, por vezes, essas atitudes em relação à obra podem colidir com direitos baseados em interesses públicos, como o direito de acesso à cultura e ao conhecimento. O autor cria a obra em sua esfera privada, íntima, mas ao torná-la pública ela passa a integrar o acervo cultural da sociedade.

Il diritto di riproduzione rappresenta, specie per le opere letterarie e scientifiche, un assai importante attributo dell'autore. L'opera dell'ingegno, per il fatto della pubblicazione, ha cessato di essere un bene proprio dell'autore, ed è entrata nel dominio commerciale, il cui sfruttamento avviene con le altre facoltà consentite all'autore, e cioè con la riproduzione, la rappresentazione, l'esecuzione, ecc. Dal momento della pubblicazione, il diritto personale dell'autore, che era prima assoluto, cede il campo al diritto patrimoniale; ma non totalmente, perché, come abbiamo visto, esso si conserva anche dopo la pubblicazione, e finanche dopo che l'opera sia caduta in dominio pubblico. Le due categorie di diritti coesistono adunque; ma, a misura che il giorno della pubblicazione si allontana, si attenuano i diritti personali più che i patrimoniali, perché l'opera è entrata a far parte di quello che costituisce il patrimonio intellettuale dell'umanità.<sup>217</sup>

Assim, é esperado que o autor tenha, a partir da disponibilização de sua criação, uma atitude responsável para com sua obra e seu público, já que ela terá uma finalidade social, cultural e, por vezes, educativa.

Publicada, a obra adquire dimensões de um bem público, cuja utilização estritamente cultural, por isso, foge do controle de seu autor, inclusive para ser fonte de inspiração de outras obras, o que é uma de suas mais fecundas virtudes. O autor é livre para publicar ou não sua obra, segundo razões que somente dizem respeito ao seu foro íntimo. Todavia, dada à luz (tal como no parto da mulher), o novo ser terá existência própria, devendo seguir em busca de ser destino (de sucesso ou não, pouco importa) em cujo caminho cumprirá sua importante função social.<sup>218</sup>

---

<sup>217</sup>Em tradução livre: O direito de reprodução representa especialmente para a obra literária e científica um importante atributo do autor. A obra de engenho pelo fato da publicação deixa de ser um bem próprio do autor e adentra no domínio comercial, cuja exploração consiste na reprodução, representação e execução, etc. A partir do momento da publicação, o direito pessoal do autor, que era inicialmente absoluto, cede espaço ao direito patrimonial, mas não totalmente, porque, como havíamos visto o direito pessoal do autor se conserva mesmo depois da publicação e também mesmo depois da obra cair em domínio público. As duas categorias de direito coexistem. Porém, a medida que o tempo da data de publicação se alonga, se atenua o direito pessoal do autor mais que o patrimonial, tendo em vista que a obra passa a fazer parte do patrimônio intelectual da humanidade. STOLFI, Nicola. *La Proprietà intellettuale - Volume Secondo*. Torino - Tipografia dell'Unione Tipografico - Editrice Torinese - 1917. Disponível em: <https://archive.org/details/laproprietintel00stolgoog> Consulta em 15/10/2016. Página 111.

<sup>218</sup> MANSO, Eduardo Vieira. *Direito autoral: exceções impostas aos direitos autorais: derogações e limitações* – São Paulo: Bushatsky, 1980. P. 24.

Guilherme C. Carboni<sup>219</sup> explica que a função social do direito de autor permite que sejam aplicáveis a ele restrições quanto ao exercício do direitos, tais como a função social da propriedade e dos contratos, a teoria do abuso de direito e as regras para desapropriação no caso de divulgação ou reedição das obras intelectuais protegidas, de forma a corrigir distorções, excessos e abusos praticados por particulares no gozo do direito e garantir a promoção e o desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico da sociedade.

Para ele, o abuso de direito por parte do autor se daria quando este impede a continuação da divulgação de sua obra, ou a reedição, por mero capricho pessoal. Deve sempre se respeitar os direitos morais do autor de manter a obra inédita e de arrependimento e retirada de circulação, mas se a recusa do autor estiver baseada em outros motivos que não seja nos direitos morais, entende Carboni que seria possível uma ação de desapropriação para divulgação ou reedição da obra, pela aplicação da função social da propriedade ao direito de autor, sempre que houver interesse público envolvido.

No mesmo sentido, Clovis Bevilacqua também cita a desapropriação do direito de autor:

O Código Civil estabelece também os limites destes direitos centrados no autor. Bevilacqua posiciona-se alertando para as diversas limitações incidentes, que devem ser observadas: “Outras limitações soffre o direito immaterial. Interesses da humanidade, por exemplo, permitem que se executem obras musicas em concertos de beneficencia, ou em festas populares, sem attenção ao direito exclusivo do autor. O interesse collectivo, sobrepujando o individual, autoriza a desapropriação do direito immaterial. Dadas certas circunstancias, um direito immaterial pode ser condemnado por abusivo.”<sup>220</sup>

Ascensão também faz o seguinte comentário: “Há a teoria do abuso de direito como forma de limitar o exercício do monopólio legal do titular, aplicada nos sistemas de *copyright* e de direito de autor.”<sup>221</sup>. E explica, em outra obra de sua autoria, que o direito de autor está submetido ao Direito Constitucional como qualquer outro ramo do direito, estando

---

<sup>219</sup>CARBONI, Guilherme. Aspectos gerais da teoria da função social do direito de autor. In WACHOWICZ, Marcos e SANTOS, Manoel J. Pereira dos (organizadores). Estudos de direito de autor e interesse público. Anais do II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. P. 87 e 101.

<sup>220</sup>BEVILAQUA, Clovis. Código civil dos Estados Unidos do Brasil commentado. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1953. v. 3. P. 205.

<sup>221</sup>ASCENSÃO, José de Oliveira. Fundamento do direito autoral como direito exclusivo. In SANTOS, Manoel J. Pereira dos, JABUR, Wilson Pinheiro, ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito autoral – São Paulo: Saraiva, 2014. P. 65 e 66.

subordinado aos princípios gerais do Direito, mais precisamente aos princípios gerais do Direito Privado, como o abuso de direito e a limitação pela função social<sup>222</sup>.

Para Manoel J. Pereira dos Santos:

(...) o princípio do “*abuso de direito*”, eventualmente enquadrado como uma prática anticoncorrencial. O art. 187 do novo Código Civil acolhe o conceito de que “*também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes*”.<sup>223</sup>

Sobre o abuso de direitos de propriedade intelectual, o texto do artigo 8, item 2, do acordo TRIPS permite a adoção de medidas necessárias para contornar essa situação:

Desde que compatíveis com o disposto neste Acordo, poderão ser necessárias medidas apropriadas para evitar o abuso dos direitos de propriedade intelectual por seus titulares ou para evitar o recurso a práticas que limitem de maneira injustificável o comércio ou que afetem adversamente a transferência internacional de tecnologia.<sup>224</sup>

#### **a) Desapropriação**

O instituto da desapropriação é o ato pelo qual o Estado despoja alguém de sua propriedade e a toma para si. Trata-se de um ato unilateral do Poder Público que necessita de interesse público, necessidade e utilidade.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>225</sup>:

“(...) *desapropriação se define como o procedimento através do qual o Poder Público, fundado em necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, compulsoriamente despoja alguém de um bem certo, normalmente adquirindo-o para si, em caráter originário, mediante indenização prévia, justa e pagável em dinheiro (...)*”

Podem ser objetos de desapropriação os bens e coisas passíveis de direito de propriedade, ou seja, todo bem móvel ou imóvel, público ou privado, corpóreo ou incorpóreo, incluindo-se aqui até mesmo direitos autorais.

---

<sup>222</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. A função social do direito autoral e as limitações legais. In ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva e WACHOWICZ, Marcos (coords.). Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. 3ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. P. 110.

<sup>223</sup> SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Princípios constitucionais e propriedade intelectual – o regime constitucional do direito autoral. In ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva e WACHOWICZ, Marcos (coords.). Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. 3ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. P. 29.

<sup>224</sup> Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>. Consulta em 10.08.2016

<sup>225</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. P. 711.

A Lei nº 3.365 de 1941, que dispõe sobre desapropriações por utilidade pública, prevê em seu artigo 5º quais são os casos em que são considerados de utilidade pública, incluindo nesse rol “a reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária”<sup>226</sup>.

Além da previsão legal, o instituto da Desapropriação também é matéria constitucional<sup>227</sup>, inclusive, relacionando o instituto à manutenção do patrimônio cultural<sup>228</sup> nacional quando necessário.

Sua aplicação no Direito Autoral é matéria controversa, pois para uma parte da doutrina, a legislação de 1998 teria revogado o dispositivo da Lei sobre desapropriações por utilidade pública nos casos de reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária.

Entretanto, deve-se observar que não há uma revogação expressa e, portanto, ainda seria possível a utilização do instituto de desapropriação quando se tratar de matéria autoral nos casos em que há o descumprimento da função social da obra e abuso de direito.

Tanto a matéria é controversa que, em 1917, Nicola Stolfi já discutia a aplicação do instituto da desapropriação no direito europeu:

*Espropriazione per pubblica utilità*  
*Si disputa se sia ammissibile in questa materia la espropriazione per pubblica utilità, cioè la più alta forma di coercizione sui beni, Astrattamente, e specie nella scuola francese, è contestata l'applicabilità di tale procedimento esecutivo alla proprietà intellettuale. Si adduce infatti che manca nella legge speciale la norma che autorizzi l'espropriazione; che non vi provvede neanche la legge sull'espropriazione per pubblica utilità, la quale riflette unicamente i beni*

---

<sup>226</sup> Art. 5º Consideram-se casos de utilidade pública:

(...)

o) a reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária;

<sup>227</sup> Artigo 5º, XXIV: “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.

<sup>228</sup> Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

§ 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

*material. Si aggiunge altresì che l'interesse generale non exige, nella subbietta materia, la violazione dei diritti dell'autore o dei suoi eredi.*<sup>229</sup>

O questionamento que se deve fazer é, sendo os direitos de cunho moral do autor irrenunciáveis<sup>230</sup>, e no exercício desses direitos o autor mantém o esgotamento e impossibilita o acesso à sua obra, poderia o Estado realizar a desapropriação<sup>231</sup>?

A única previsão legal dos direitos morais do autor que eventualmente pode manter/causar o esgotamento da obra é o direito de arrependimento, o qual lhe garante o direito de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem.

Salvo os casos públicos e notórios, o Estado não tem a possibilidade de tomar conhecimento do arrependimento do autor, por isso desde logo, ao seguir o rito de desapropriação o Estado notificará o autor para que se manifeste acerca do fato, momento o qual deve ser alegado o direito de arrependimento, caso contrário ocorrerá uma preclusão tácita.

Eventual alegação de arrependimento posterior à consumação da desapropriação poderia ensejar eventual entendimento de enriquecimento ilícito, haja vista que o autor apenas resolve se arrepender depois de devidamente indenizado, atitude que não o fez quando havia todo o tempo ao seu dispor.

Importante observar que somente o Estado tem legitimidade para propor a medida de desapropriação. Mas e nos casos em que o Estado não possui o interesse na desapropriação, e mesmo assim a obra está esgotada ou fora do alcance do público?

---

<sup>229</sup> Em tradução livre: “Expropriação por utilidade pública

Discute-se a admissibilidade da matéria de expropriação por utilidade pública como a mais alta forma de coerção contra a propriedade.

Abstratamente, e, especialmente, na escola francesa, contesta-se a aplicabilidade de tais atos à propriedade intelectual. Alegando que, de fato, falta na legislação autorização a expropriação por utilidade pública, matéria que reflete apenas os bens materiais. Em contrapartida argumenta-se que o interesse público não exige, em matéria específica, a violação dos direitos de autor ou seus herdeiros”.

STOLFI, Nicola. La Proprietà intellettuale - Volume Secondo. Torino - Tipografia dell'Unione Tipografico - Editrice Torinese - 1917. P 196. Disponível em: <https://archive.org/details/laproprietintel00stolgoog> Consulta em 15/10/2016.

<sup>230</sup> Art. 27. Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis.

<sup>231</sup> “Ainda com relação ao objeto da desapropriação, cabe lembrar que determinados tipos de bens são inexpropriáveis; é o caso dos direitos personalíssimos, como o direito pessoal do autor, o direito à vida, à imagem, aos alimentos etc.”

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28 ed. – São Paulo: Atlas, 2015. P. 213.

## **b) Licença compulsória**

Apesar de num primeiro momento Carboni ter mencionado a ação de desapropriação como solução para situações em que há abuso de direito por parte do autor, ele posteriormente explica que para o momento atual a licença compulsória tem se mostrado um instituto mais adequado:

A desapropriação não é o instituto jurídico adequado para determinar que uma obra deva ser compulsoriamente explorada por alguém. Para isso, existe a figura da “licença compulsória”, que já é prevista nos tratados internacionais e na legislação interna de alguns países e que – na nossa concepção – poderia ser adotada pela legislação brasileira, para a reedição ou divulgação de obras protegidas, desde que respeitados os direitos de inédito e de arrependimento, quando devidamente fundamentados pelo autor.

Ainda sobre licença compulsória, Carboni, em outra obra de sua autoria, explica um pouco mais a respeito do instituto: “a implementação de mecanismos de licenciamento compulsório seria de grande valia para incrementar a produção e circulação de bens intelectuais, pois traria segurança jurídica para a utilização de diversas “obras injustificadamente mantidas fora do alcance do público”<sup>232</sup>.

Ascensão também discorre sobre a situação de recusa injustificada por parte do autor de comercializar sua obra e a licença compulsória como solução mais adequada, em detrimento da ação de desapropriação:

(...) E há que se discutir a situação da recusa de acesso quando o titular do direito de autor, sem razão justificativa, não comercializa obra intelectual, prejudicando o direito de acesso à cultura. Não se trata de desapropriar o direito (...), mas de impor uma licença compulsória.

Caso particular é o de haver uma obra esgotada que o titular não reedita, igualmente sem razão atendível. Pensamos que da mesma forma a licença compulsória deve ser admitida, para conciliar com o direito de acesso à cultura.<sup>233</sup>

Por licença compulsória, ou licença não-voluntária como preferem alguns doutrinadores, entende-se a permissão dada para a utilização da obra que não seja pelo autor ou titular. Diante da recusa, inércia ou ausência deste para autorizar o uso ou acesso à obra e configurada uma situação em que há interesse público pelo conteúdo da obra, pelo instituto da licença compulsória uma autoridade, seja um magistrado, legislador, ou qualquer outra

---

<sup>232</sup>CARBONI, Guilherme. (coordenador). Direitos autorais e internet, propostas legislativas para fomentar o desenvolvimento e o acesso ao conhecimento. In Brasília: Revista Jurídica da Presidência, v. 10, nº 90, abr/mai 2008. P. 01 a 22. Disponível em: [www.planalto.gov.br/revistajuridica](http://www.planalto.gov.br/revistajuridica) . Consulta em 23.07.15

<sup>233</sup>ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito fundamental de acesso à cultura e direito intelectual. In SANTOS, Manoel J. Pereira dos. (coordenador). Direito de autor e direitos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2011. P 37.

investida de competência, permite que se faça o uso desejado, podendo inclusive impor condições, como remuneração ou outro encargo.

Sobre as características da licença compulsória, Delia Lipsyc faz a seguinte enumeração:

*Requisitos de las licencias no voluntarias.*

*1) Las licencias no voluntarias pueden conferir unicamente un derecho exclusivo.*

*2) Son incesibles.*

*3) No deben lesionar, en ningún caso, el derecho moral del autor.*

*4) Deben asegurar el derecho del autor a recibir una remuneración equitativa mediante la fijación de tarifas o bien instituyendo una instancia judicial o arbitral encargada de establecerlos en caso de que las partes no arriben a un acuerdo amistoso.*

*5) Sus efectos se limitan al país que las ha establecido<sup>234</sup>*

Assim, pelo instituto da licença compulsória, havendo uma recusa injustificada do autor em manter a obra esgotada, e dessa forma inacessível, seria possível a reprodução integral da obra como forma de atender ao interesse público, sem que essa reprodução seja considerada ilícita.

Sobre a licença compulsória, alguns doutrinadores fazem outras divisões, nomeadas como licença legal e obrigatória, divergindo algumas vezes quanto ao significado destas. Nesse sentido, Helenara Braga Avancini:

Consideram-se licenças não-voluntárias ou compulsórias, pois há a utilização das obras sem a autorização do autor, mas com a obrigação de remunerar, compensar economicamente o autor e/ou titular dos direitos. Subdividem-se em licença legal e licença obrigatória.

(...)

Em termos gerais, as utilizações compulsórias referem-se à remuneração por cópia privada, por licenças não-voluntárias para a reprodução mecânica<sup>235</sup>

Do mesmo modo, Carlos Alberto Bittar nomeia como licença legal o instituto, definindo como uma solução para sobrepor a vontade da lei à vontade do autor quando esta se mostrar um obstáculo ao acesso à obra.

---

<sup>234</sup> Em tradução livre: "Requisitos das licenças não voluntárias:

1) licenças não voluntárias podem conferir unicamente um direito exclusivo

2) Sem a possibilidade de cessão

3) Não devem lesionar, em nenhum caso, o direito moral do autor

4) Devem assegurar o direito do autor de receber uma remuneração equitativa mediante a fixação de tarifas ou a instituição de um tribunal ou órgão arbitral encarregado de estabelecer-la se as partes não chegarem a um acordo amigável

5) Seus efeitos se limitam ao país que a estabeleceu

LIPSZYC, Delia. Derecho de autor y derechos conexos. Unesco, 2003. P. 240 e 241.

<sup>235</sup> AVANCINI, Helenara Braga. Os limites e exceções dos direitos autorais na sociedade da informação. In Revista da ABPI nº 78, set/out 2005. P. 44.

Dai a instituição da licença legal, em muito países, para certos usos (como gravações em fitas e videofitas), recolhendo-se, previamente, o valor fixado como retribuição correspondente aos direitos autorais, em que a vontade a lei substitui a do autor, em prol da garantia do efetivo recolhimento do valor correspondente<sup>236</sup>

Em outra obra de sua autoria, Bittar também escreve que:

(...) estão sendo sufragados, até legislativamente, regimes especiais de licenças, outorgadas pelo Poder Público a interessados, para a utilização de obras protegidas, principalmente em países em desenvolvimento, mas também nos desenvolvidos e, nestes, sob pressão dos diferentes mecanismos de reprodução e de representação de obras intelectuais, que a técnica de comunicações vem introduzindo e aperfeiçoando continuamente.

São as denominadas “licenças legais” ou “obrigatórias”, ou “compulsórias”, que ante a fatores vários ditados pelo interesse público, acabam por institucionalizar-se vertendo-se o produto da arrecadação para os autores, por meio de mecanismos estatais de distribuição e, com isso, abrindo-se mais exceções ao regime de exclusividade.

(...)

Com essas licenças, retira-se ao autor a outorga da autorização, que passa à entidade estatal designada na lei, como forma de conciliação entre os interesses em causa, ficando, em princípio, qualquer interessado habilitado a promover a utilização da obra, mediante requerimento, ou não, conforme o caso, mas sempre sujeito ao pagamento do valor nela estipulado como contrapartida.

Quando prevista na legislação a respectiva fórmula, à entidade competente caberá definir a licença, com o caráter de não exclusividade, aos requerentes, que ficam com o direito de utilizar a obra, nos termos ajustados, recebendo o autor a remuneração obtida, deduzidas as despesas de administração.

Por isso que há autores (...) que distinguem licença “legal” de licença “obrigatória”, divisando a existência da primeira quando baste a permissão legal para a utilização, e caracterizando a segunda quando esta dependa de decisão administrativa ou de ato de negociação.<sup>237</sup>

Da mesma forma, Fabio Ulhoa Coelho<sup>238</sup> entende que sempre que a lei precisar prestigiar valores de maior envergadura, suspenderá a tutela conferida ao autor da obra, criando uma licença legal, que autoriza a utilização da obra intelectual por qualquer pessoa que se encontre na situação descrita na norma, não dependendo de prévia oitiva do autor. Porém, diferentemente de Bittar, Fabio Ulhoa entende por licença legal as limitações contidas na Lei de Direitos Autorais e para este caso não vê necessidade remuneração:

São exemplos de licença legal no direito brasileiro: citação para fins de estudo, apanhado de lições, reprodução por pintura, desenho ou foto de obra permanentemente exposta em logradouro público, reprodução de textos em Braille feitas sem fins lucrativos e outros.

---

<sup>236</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor – 4ª ed.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. P. 68.

<sup>237</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Contornos atuais do direito de autor.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992. P 125 e 126.

<sup>238</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito civil, volume 4: direito das coisas, direito autoral.* 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Nos ensinamento de Fabio Ulhoa, o que Bittar nomeou como de licença legal seria para o autor a licença obrigatória:

*A licença legal difere da licença obrigatória. Nesta última, dispensa-se a prévia autorização o autor, mas ele continua titular do direito à remuneração. Na licença obrigatória, o licenciado pode usar a obra sem pedir autorização do autor, mas deve pagá-lo por isso. No Brasil, assim como na generalidade dos países com direitos filiados ao sistema *droit d'auteur*, não há nenhuma hipótese de licença obrigatória, que não se ajusta bem com o respeito aos direitos morais de autor.*

Sobre a licença obrigatória, Frédéric Pollaud-Dulian, ensina que:

*Ce système du droit exclusif se sépare des systèmes de licences forcées, dans lesquels celui qui veut exploiter une oeuvre déjà divulguée n'a pas besoin d'obtenir l'accord de son auteur.*

*Une fois l'oeuvre publiée, chacun peut, dans un régime de licence obligatoire, utiliser ou exploiter librement l'oeuvre, sous réserve de verser à l'auteur une rémunération, que l'on appelle "rémunération équitable".*

(...)

*D'abord, le législateur français a été amené à admettre des hypothèses de licence obligatoire, mais afin de résoudre des situations où l'exercice du droit exclusif était illusoire, parce que le contrôle des utilisations et la perception des rémunérations étaient pratiquement impossibles ou insatisfaisants.*

(...)

*Dans de tels cas, la licence obligatoire apparaît comme un moindre mal, puisqu'elle permet de rendre le droit à rémunération effectif.<sup>239</sup>*

Também para Jose de Oliveira Ascensão a licença legal seriam as limitações previstas na lei, preveem a utilização livre, sem o prévio consentimento do autor, e justifica chamá-la de “legal” porque nesse caso a lei se substitui ao autor, admitindo genericamente a autorização.<sup>240</sup>

Ascensão ainda explica que, de forma diferente, a licença compulsória se dá quando houver necessidade de intervenção de um órgão administrativo ou judicial, que decidirá sobre sua outorga. Para Ascensão, a licença compulsória seria um meio de aperfeiçoado defesa social perante a vontade autoritária e injustificada do autor.

---

<sup>239</sup>Em tradução livre:

Este sistema separa o direito exclusivo do sistemas de licenças forçadas, em que a pessoa que quer explorar uma obra já divulgada não precisa obter o consentimento do seu autor.

Uma vez publicada a obra, todos podem, através de uma licença obrigatória, utilizar ou explorar a obra livremente, sujeito a pagar ao autor uma remuneração, que é chamada de "remuneração equitativa".

(...)

Em primeiro lugar, o legislador francês teve de admitir hipóteses de licenças obrigatórias, mas para lidar com situações em que o exercício do direito exclusivo foi ilusória, porque o controle dos usos e da percepção da remuneração eram virtualmente impossível ou insatisfatória .

(...)

Em tais casos, o licenciamento obrigatório aparece como um mal menor, uma vez que permite o direito a uma compensação eficaz.

POLLAUD-DULIAN, Frédéric. *Le droit d'auteur*. Paris: Economica, 2005. P. 456.

<sup>240</sup>ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral – 2ª ed., ref. e ampl.* Rio de Janeiro: Renovar, 1997. P. 258.

Se um autor de primeiro plano proíbe a utilização da obra no Brasil, por inimizade ou por outra razão arbitrária, não haverá maneira de remediar a perda cultural que isso acarreta?

(...)

Também se alguém, por ganância, não explora um direito de maneira a satisfazer as necessidades razoáveis do público, porque, por qualquer razão, assim teria mais lucros, a sociedade não tem nenhum meio de defesa.<sup>241</sup>

Eduardo Vieira Manso também escreve sobre as diferentes formas de licença, fazendo inclusive uma crítica ao uso da palavra “licença” para nomear o intituito, já que licença implicaria em um ato de vontade do titular, o que é justamente contrário ao caso:

As expressões “licença obrigatória” e “licença legal” são verdadeira petição de princípio: a noção de licença implica a de contrato, isto é, acordo de vontades; sendo “obrigatória” ou “legal”, a autorização para utilizar obra alheia não se há de falar, com acerto lógico, em licença. A licença obrigatória, todavia, ainda contém algum elemento da licença propriamente dita, eis que a vontade do titular de direitos autorais pode ser manifestada no tocante ao ajuste da remuneração a lhe ser paga. Nisso ela difere da licença legal. Esta, ao contrário, nenhum momento abre para que o titular de direitos autorais manifeste sua vontade, seja para conceder a autorização, seja para ajustar a remuneração dos direitos autorais. A licença legal, assim, é uma violência que somente seria admissível para atender interesses sociais relevantes, eis que implica verdadeira desapropriação temporária (se é que se pode assim dizer) da titularidade patrimonial sobre a obra intelectual. Na licença legal, além de ficar desde sempre autorizada a utilização da obra intelectual, sem atenção alguma à vontade de seu titular, fica também “legalmente” pré-fixada a remuneração respectiva.<sup>242</sup>

Denis Borges Barbosa se manifesta em relação à licença não voluntária, principalmente quando há falta de acesso, ao comentar sua própria proposta para mudança da Lei de Direitos Autorais e a implementação de cinco tipos de licença: “A primeira delas é a de falta de acesso, quando, já dada à obra o conhecimento público há mais de cinco anos, ela não estiver acessível para satisfazer as necessidades do povo.”<sup>243</sup> O mesmo autor<sup>244</sup> também fala que a licença não voluntária seria uma solução para os casos de abuso de direito por parte do titular e propõe o que chama de “licença geral de abuso”: “(...) licença geral de abuso, que seria, necessariamente, objeto de decisão judicial. (...) é sempre didático dizer que direitos autorais podem ser abusados, como quaisquer outros direitos”

---

<sup>241</sup>ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral – 2ª ed., ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. P. 166.

<sup>242</sup>MANSO, Eduardo Vieira. Direito autorais: exceções impostas aos direitos autorais: derrogações e limitações – São Paulo: Bushatsky, 1980. P 345 e 346.

<sup>243</sup>BARBOSA, Denis Borges. Painel VI - Obra Sob Encomenda - Licenças não-voluntárias. In WACHOWICZ, marcos (org.) e SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Estudos de direito de autor e a revisão da lei dos direitos autorais. Anais do III Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. P. 191.

<sup>244</sup>BARBOSA, Denis Borges. Painel VI - Obra Sob Encomenda - Licenças não-voluntárias. In WACHOWICZ, marcos (org.) e SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Estudos de direito de autor e a revisão da lei dos direitos autorais. Anais do III Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. P. 192.

Independentemente do nome adotado pela doutrina, ao se analisar o instituto da licença compulsória, ele parece ser o mais adequado para as situações excepcionais, como é o caso dos exemplares esgotados, uma vez que apresenta uma solução prática ao impasse, trazendo benefícios tanto para o titular, que não deixará de ser remunerado, como para o interessado na obra, que não deixará de ter acesso.

(...) bastaria exigir daqueles que exploram a obra intelectual no âmbito acadêmico e comercial o pagamento de uma contribuição pecuniária adequada em razão das cópias que efetuam, e não simplesmente impedir-se as reproduções por meio de métodos arcaicos de controle de utilização. Assim, estariam satisfeitos o autor, o comerciante e o acadêmico.<sup>245</sup>

Resta saber então se o instituto serviria somente para os casos de maior relevância social, como o uso didático ou de pesquisa ou também para casos em que há um interesse comercial na obra. Poderia uma editora, vendo o potencial econômico e o interesse social que há numa obra que está esgotada, requerer sua exploração através de licença compulsória para coloca-la novamente em circulação e atender às necessidades do público, remunerando o titular através de royalties, tal qual o praticado na licença compulsória já existente para patentes?

Voltando às situações analisadas no início deste trabalho, caberia a licença compulsória para os casos em que, findo o contrato, a editora deseja dar continuidade à publicação de novas edições da obra, mas o autor se mantém silente?

## **II - Direito de arrependimento**

Conforme já visto anteriormente, o direito de arrependimento é um direito moral e personalíssimo do autor, devendo sempre ser respeitado.

(...) no caso de a obra a ser transcrita já ter sido publicada, mas ter sido objeto de arrependimento do seu autor, que determinou o recolhimento dos exemplares em estoque, sendo tal arrependimento do conhecimento público, a transcrição não será mais tolerável, em princípio.<sup>246</sup>

---

<sup>245</sup>TESSER, Leonardo Gonçalves. Reprodução de livros no ambiente acadêmico: a necessária limitação dos direitos autorais. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 15, nº 2653, 06.10.2010. P. 4. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17542>. Consulta em: 30.06.2016.

<sup>246</sup>MANSO, Eduardo Vieira. Utilização de obras intelectuais alheias para organização de antologias e compilação justapostas a obra original. In Revista dos Tribunais, volume 589, novembro de 1984. P. 39 e ss.

Da mesma forma ensina Henri Desbois<sup>247</sup>:

*Ainsi, une symétrie apparaît entre les modalités du droit de divulgation et celles du retrait: l'auteur n'a pas à démontrer les ressorts de son repentir, de même qu'il n'a pas à motiver le refus de procéder à une publication, aussi surprenante que son abstention ou sa rétractation paraissent.*

(...)

*le droit de repentir est intimement lié au droit moral du créateur intellectuel. C'est là une question délicate, car l'exercice du droit risque de léser l'exploitant. (...) Il est évident qu'en traitant avec un éditeur ou un marchand de tableaux, l'auteur ne prévoit pas toujours le jugement que l'opinion portera sur sa production, non plus que celui qu'il se formulera par la suite à lui-même. On doit laisser l'auteur maître du destin de son oeuvre, quitte à prévoir, au profit de l'exploitant, une juste indemnité.*

Assim, é preciso respeitar o direito que o autor tem de mudar de opinião sobre sua obra, porém, como observa Desbois, caso esse arrependimento traga prejuízos ao editor, este deve ser indenizado de forma justa.

Porém, Desbois faz uma ressalva quanto ao motivo do arrependimento. Conforme já dito, não é questionável o motivo do arrependimento, sendo assunto de foro íntimo do autor. Mas se ficar demonstrado que o autor usou desse argumento para outro fim, como para por fim a um contrato desvantajoso, ele estaria cometendo um abuso de direito.

*Toutefois, l'interprète ne dénaturera pas l'esprit de l'institution s'il sous-entend une réserve. l'auteur est habilité à faire état de son repentir, c'est-à-dire d'un état d'esprit qui ressortit à l'ordre intellectuel, affectif ou moral; le droit moral a pour seule raison d'être d'introduire dans les relations juridiques l'incidence des idées, des sentiments qui sont propres à l'écrivain ou à l'artiste. Un abus, un détournement en est commis, si l'intéressé s'en sert comme d'un simple prétexte, pour dissimuler des mobiles d'une tout autre nature. Par hypothèse, loin d'éprouver un remords en présence d'une oeuvre dont son évolution psychologique lui inspire le désaveu, il regrette d'avoir conclu un contrat peu avantageux et s'efforce de rompre les liens qui le gênent, afin d'accepter des propositions plus favorables.*<sup>248</sup>

---

<sup>247</sup>Em tradução livre: “Assim, uma simetria aparece entre as modalidades do direito de divulgação e as da retirada: o autor não tem a demonstrar saltar de som arrepende-se, assim como não tem a fundamentar a recusa de proceder à uma publicação, tão surpreendente que a sua abstenção ou sua retratação pareça.

(...)

O direito de arrependimento está intimamente ligado ao direito moral do criador intelectual. Esta é uma questão delicada, porque o exercício do direito corre o risco de lesar o empresário. (...) É evidente que tratando com um editor ou um revendedor, o autor não prevê o julgamento ou opinião que terá sobre a sua produção, não mais que isso, ele irá fazê-lo mais tarde sobre si mesmo. Deixamos ao autor soberano o destino da sua obra, até mesmo para prever um benefício ao editor, uma compensação justa.

DESBOIS, Henri. Droit d'auteur en France, Le. 3. ed. Paris: Dalloz, 1978. P. 484 e 487.

<sup>248</sup>Em tradução livre: “É cometido um abuso, um desvio se o interessado usa como simples pretexto para esconder movimento de outra natureza Por hipótese, longe de sentir remorso na presença de uma obra que a sua evolução psicológica inspira recusa, ele se arrepende de ter assinado um contrato desvantajoso e tenta romper os laços que dificultam, para aceitar propostas mais favoráveis.”

DESBOIS, Henri. Droit d'auteur en France, Le. 3. ed. Paris: Dalloz, 1978. P. 487 e 488.

Concluindo, quando se tratar de motivo injustificado ou abuso de direito por parte do autor, seria possível a reprodução da obra através do instituto da licença compulsória ou da desapropriação, conforme vistos anteriormente. Porém, invocando o autor seu direito de arrependimento e retirando a obra de circulação, essa atitude deverá ser respeitada, não cabendo a relativização em prol do interesse público por se tratar de um direito moral do autor.

### III - Inércia dos herdeiros

De acordo com o exposto na primeira parte do trabalho, a posição do herdeiro não pode ser assimilada à do autor, trata-se de uma posição mais restrita, com uma característica funcional. Assim, o descaso ou ambição do herdeiro pode prejudicar o direito de acesso à cultura.<sup>249</sup>

Os herdeiros devem agir de modo a garantir a manutenção do legado do autor da mesma forma que este o faria se estivesse vivo, ou seja, não é permitido aos herdeiros comportamentos contrários aos interesses do autor. Se era clara a vontade do autor em manter a exploração comercial de sua obra, não poderão os herdeiros criar obstáculos à livre circulação e comercialização desta.

Para Eliane Abrão<sup>250</sup>, ocorre um abuso de direito quando “os herdeiros impedem o uso regular das obras criadas pelo autor impondo ônus excessivos ou embaraços à livre circulação do bem cultural”

Denis Borges Barbosa<sup>251</sup>, comentando sua proposta reforma da Lei de Direitos Autorais e a inclusão de cinco tipos de licenças não voluntárias, fala sobre a licença que propôs quando há negativa de acesso por parte dos titulares, comentando inclusive sobre o direito de arrependimento que é personalíssimo ao autor: “O segundo tipo é a negativa de acesso, quando os titulares recusarem ou quando forem criados obstáculos não-razoáveis à exploração da obra. (...) eu dava ao autor o direito de recusar-se. Só a terceiros titulares é que esse direito de recusar-se seria negado.”

---

<sup>249</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito fundamental de acesso à cultura e direito intelectual. In SANTOS, Manoel J. Pereira dos. (coordenador). Direito de autor e direitos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2011. P 28

<sup>250</sup> ABRÃO, Eliane Y. Direitos de autor e direitos conexos. São Paulo: Editora do Brasil, 2002. P. 218.

<sup>251</sup> BARBOSA, Denis Borges. Paineis VI - Obra Sob Encomenda - Licenças não-voluntárias. In WACHOWICZ, marcos (org.) e SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Estudos de direito de autor e a revisão da lei dos direitos autorais. Anais do III Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. P. 192.

Sobre o direito de arrependimento, não podem os herdeiros decidirem pela retirada da obra de circulação, uma vez que se trata de direito moral e personalíssimo do autor e não se transmite aos herdeiros com o seu falecimento.

Isso significa que os direitos de modificar a obra, de retirá-la de circulação e de ter acesso a exemplar único e raro da obra são de gozo personalíssimo do autor, não havendo sua transferência aos sucessores. Extinguem-se, portanto, ao menos em interpretação literal da LDA, com a morte do autor.<sup>252</sup>

Assim, a conduta dos herdeiros que inviabilize ou dificulte o acesso à obra pode ser caracterizada como abuso de direito, sendo aplicáveis as mesmas medidas cabíveis quando do abuso de direito por parte do autor, conforme visto anteriormente.

Vale ressaltar que a conduta do herdeiro pode ser considerada até mais grave que a do autor, possuindo em algumas legislações previsões específicas para sua punição, como é o caso da lei de propriedade intelectual espanhola que, em seu artigo 40<sup>253</sup>, permite que o Estado ingresse judicialmente contra os herdeiros caso estes atentem contra o interesse público, embasado pela previsão constitucional do acesso a cultura, presente no artigo 44<sup>254</sup> da Constituição da Espanha.

Portanto, aos herdeiros cabe a continuidade da vontade do autor em vida, devendo manter a obra em circulação, se este for o desejado. Nos casos de esgotamento de exemplares por inércia dos herdeiros, entende-se mais uma vez que seria possível a reprodução da obra através do instituto da licença compulsória, como forma de atender ao objetivo inicial do autor e dar ao público o acesso que lhes é de direito.

#### **IV - Obra órfã e esgotamento de estoque**

Conforme já dito anteriormente na primeira parte do trabalho, a situação de orfandade

---

<sup>252</sup>BRANCO, Sergio. A sucessão dos direitos morais de autor. In ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva e WACHOWCZ, Marcos (coordenadores). Direito da Propriedade Intelectual: Estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Vol. 2, Curitiba: Juruá, 2014. P. 80.

<sup>253</sup>Artículo 40. *Tutela del derecho de acceso a la cultura.*

*Si a la muerte o declaración de fallecimiento del autor, sus derechohabientes ejerciesen su derecho a la no divulgación de la obra, en condiciones que vulneren lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución, el Juez podrá ordenar las medidas adecuadas a petición del Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales, las instituciones públicas de carácter cultural o de cualquier otra persona que tenga un interés legítimo. (Real Decreto legislativo 1/1996)*

<sup>254</sup>Artículo 44 - *1.Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho. 2.Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general.*

pode ser um obstáculo ao acesso à obra, pois cria uma incerteza quanto ao domínio público, além de não atender ao interesse público, pois uma obra sem a presença de seu titular tem sua circulação “engessada” pela impossibilidade de se obter autorizações para sua exploração:

*This article defines "orphan work" as a work for which the rightsholder cannot be located after a reasonable search in good faith. (...)orphan works undermines the purpose of copyright law, which is "to promote the Progress of Science" in order to ensure "broad public availability of literature, music, and the other arts." The orphan works problem stifles this goal by putting a large swath of the public domain in doubt and by making it practically impossible to locate many rightsholders to license their works<sup>255</sup>*

Com relação à chamada “obra órfã”, criações protegidas pela Lei de Direitos Autorais mais cujo titular é praticamente impossível de localizar, Manoel J. Pereira dos Santos<sup>256</sup> traz duas soluções para o problema.

Para o autor, uma vez que nessa circunstância não há como obter a autorização prévia e expressa exigida pela lei, uma das soluções seria descaracterizar essa hipótese como de uma reprodução fraudulenta. O usuário de boa-fé estaria isento das sanções legalmente aplicáveis e sujeito apenas ao pagamento de uma remuneração equitativa a ser arbitrada judicialmente.

Outra solução dada por ele seria a concessão da licença compulsória, desde que o interessado comprovasse ter empregado todos os meios para identificar o titular e negociar a autorização necessária. Essa licença seria concedida de forma onerosa e sem exclusividade, sempre limitada a finalidades específicas e de forma temporária.

Essa ultima solução seria, do ponto de vista do autor, a que traria maior segurança jurídica, porém, exigiria a implementação de um mecanismo legal mais complexo, inexistente no ordenamento jurídico brasileiro atualmente.

Como exemplo prático pode ser citada a licença concedida pelo *Copyright Board*<sup>257</sup>,

---

<sup>255</sup> Em tradução livre: “Este artigo define "obra órfã" como uma obra para a qual o titular de direitos não pode ser localizado após uma pesquisa razoável de boa fé. (...) obras órfãs prejudicam o propósito da lei de direitos autorais, que é "promover o progresso da ciência", afim de assegurar "ampla disponibilidade pública de literatura, música e outras artes". O problema das obras órfãs reprime este objetivo colocando em dúvida uma grande parcela do domínio público e tornando praticamente impossível localizar muitos titulares de direitos para licenciar suas obras.

BRITO, Jerry e DOOLING, Bridget. An orphan works affirmative defense to copyright infringement actions. 12 Mich. Telecomm. Tech. L. Rev. 75 (2005) P. 77 e 113. Disponível em: <http://www.mttl.org/voltwelve/brito&dooling.pdf> Consulta em 29/10/16.

<sup>256</sup> SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Principais tópicos para uma revisão da lei de direitos autorais brasileira. In Revista da ABPI nº 100, mai/jun 2009. P.66.

<sup>257</sup> *The Copyright Board is an economic regulatory body empowered to establish, either mandatorily or at the request of an interested party, the royalties to be paid for the use of copyright works, when the administration of*

em tradução livre o “Conselho de Direito de Autor”, órgão existente no Canadá e regulamentado pelo artigo 77 do *Copyright Act* canadense, responsável por avaliar situações em que há interesse no uso da obra órfã e autorizar seu uso através de licenças não exclusivas e remuneração devida ao autor.

“Refira-se, ainda, que se tem anotado o papel de relevo que o registro pode desempenhar na problemática das “obras órfãs”, ou seja, daquelas que não se consegue localizar o seu autor. Uma das questões apresentadas por esta problemática reside no dato da imposição de cargas inapropriadas aos utilizadores das obras protegidas pelo direito de autor, especialmente no que diz respeito aos criadores de obras derivadas em relação às obras originais cujo titular do direito de autor apresenta-se impossível de encontrar.”

(...)

“Assim alguns ordenamentos jurídicos estabelecem uma licença de utilização dessas obras. No Canadá, a legislação de direito de autor contém uma disposição específica que permite a qualquer pessoa, que solicite autorização para fazer uso de certas faculdades do direito de autor sobre uma obra e não obtém êxito na localização do titular do direito de autor dessa obra, pedir uma licença ao Conselho de Direito de Autor.”<sup>258</sup>

O Parlamento Europeu, em documento que trata sobre as bibliotecas digitais, abordou o tema das obras órfãs da seguinte forma:

20. Recorda, por conseguinte, a conveniência de distinguir as obras que são de domínio público das obras sujeitas a direitos, incluindo as obras órfãs e as obras esgotadas, bem como a necessidade de prever modelos diferentes para cada uma delas que estejam adaptados a cada sector de actividade;

21. Aprova a instituição do citado grupo de peritos de alto nível e apoia nomeadamente as suas propostas no sentido de registrar as obras órfãs e esgotadas e elaborar mecanismos que facilitem a procura dos titulares dos direitos: (...).<sup>259</sup>

---

*such copyright is entrusted to a copyright collective society. The Board also has the right to supervise agreements between users and licensing bodies and has the power to issue licences for the use of works when the copyright owner cannot be located.*

*So, if you wish to use a published work in which copyright subsists and if you satisfy the Board that you have made reasonable efforts to locate the copyright owner and the owner cannot be located, the Board can issue a non-exclusive licence authorizing you to do what you wish to do.*

Disponível em: <http://www.cb-cda.gc.ca/unlocatable-introuvables/brochure2-e.html> Consulta em 11.08.2016

Em tradução livre: O Conselho de Direitos de Autor é uma entidade reguladora econômica que tem o poder de estabelecer, de ofício ou a pedido de uma parte interessada, os royalties a serem pagos pelo uso de obras protegidas, quando a administração desses direitos é confiada a uma sociedade coletiva de direitos de autor. O Conselho também tem o direito de supervisionar os acordos entre usuários e órgãos de licenciamento e o direito de emitir licenças para utilização das obras quando o titular dos direitos não pode ser localizado.

Então, se você quiser usar uma obra publicada protegida por direitos autorais e provar ao Conselho que fez esforços razoáveis para localizar o titular e ele não pode ser localizado, o Conselho poderá emitir uma licença não exclusiva que autoriza você a fazer o uso que deseja com a obra.

<sup>258</sup>FAZIO, Iracema. Papel e eficácia do registro de direito de autor e do depósito legal –II. *In* Revista da ABPI, nº 105, mar/abr 2010. P. 14.

<sup>259</sup>i2010: Para uma biblioteca digital europeia. Disponível em

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-20070416+0+DOC+XML=V0/PT>

Sobre o acervo das bibliotecas e as obras órfãs o *International Federation of Library Associations and Institutions (IFLA)*<sup>260</sup> publicou um posicionamento no *WIPO Standing Committee on Copyright and Related Rights*<sup>261</sup> no seguinte sentido:

*Culture and knowledge are not just about money. If they were, a work deemed unlikely ever to yield any commercial value would be abandoned.*

*This is the case of orphan works, where the author or other relevant rights-holders is either unknown or cannot be contacted, let alone issue a license. In other words, where there is no available rights-holder, no 'parent'.*

*Fortunately, we have libraries and archives, the adoptive parents. To serve the public interest, they must be permitted to proactively seek to collect these orphans – books, websites, records and other sources – and give the public access. They do this not for money, but for the benefit of humanity.*

*Orphan works pose a serious problem. They make up up to 30% of some library collections and 70% of some archive collections. These materials constitute a rich and growing source of information most importantly digital, which can support and inspire understanding, science, education and creativity.*<sup>262</sup>

Além disso, embora as soluções defendidas pelo autor sejam claramente as mais adequadas neste caso, ainda é preciso analisar algumas questões em relação ao tema deste trabalho, que é a possibilidade de reprodução da obra quando seus exemplares estão esgotados.

Embora a descaracterização da reprodução como ilícita e a licença compulsória sejam as soluções encontradas, elas seriam aplicáveis à qualquer interessado na reprodução da obra “órfã” esgotada, ainda que de boa-fé? Poderia, no caso, a editora com quem o contrato se encerrou, ou uma outra editora interessada, fazer uso dessas soluções para colocar a obra

---

<sup>260</sup> *The International Federation of Library Associations and Institutions (IFLA) is the leading international body representing the interests of library and information services and their users. It is the global voice of the library and information profession.* (<http://www.ifla.org/about/more>).

Em tradução livre: “A Federação Internacional das Associações de Bibliotecas e Instituições (IFLA) é o principal órgão internacional que representa os interesses das de bibliotecas e dos serviços informação e seus usuários. É a voz global dos profissionais de bibliotecas e serviços de informação.”

<sup>261</sup> IFLA attended the 32nd meeting of the WIPO Standing Committee on Copyright and Related Rights on 9-13 May 2016, alongside a number of partner organisations. (<http://www.ifla.org/node/10936>)

Em tradução livre: “O IFLA participou, do 32º encontro do Comitê Permanente da OMPI sobre Direitos Autorais e Direitos Conexos, de 9 a 13 de maio de 2016, ao lado de várias organizações parceiras.

<sup>262</sup> Em tradução livre: “Cultura e conhecimento não são apenas dinheiro. Se fossem, uma obra considerada impossibilitada de ter qualquer valor comercial seria abandonada.

É o caso das obras órfãs, em que o autor ou outros titulares de direitos são desconhecidos ou não podem ser contactados, muito menos emitir uma licença. Em outras palavras, quando não há um detentor de direitos disponível, nenhum "pai".

Felizmente, temos bibliotecas e arquivos, os pais adotivos. Para servir ao interesse público, devem ser permitidos proativamente a procurar e recolher estes órfãos - livros, websites, registros e outras fontes - e dar o acesso público. Eles fazem isso não por dinheiro, mas para o benefício da humanidade.

As obras órfãs representam um problema sério. Constituem até 30% de algumas coleções de bibliotecas e 70% de algumas coleções de arquivos. Esses materiais constituem uma fonte rica e crescente de informações sobretudo digitais, que podem apoiar e inspirar compreensão, ciência, educação e criatividade.

([http://www.ifla.org/files/assets/clm/statements/ifla\\_statement\\_on\\_orphan\\_works.pdf](http://www.ifla.org/files/assets/clm/statements/ifla_statement_on_orphan_works.pdf))

novamente em circulação? Ou o interesse esperado nesse caso é apenas o privado, pra uso pessoal? Ou uma utilização única, sem a confecção de diversos exemplares?

José de Oliveira Ascensão<sup>263</sup> parece concordar com a possibilidade de reedição da obra órfã conforme o seguinte posicionamento:

Todos sentem que impedir a reedição por invocação do dogma da autorização prévia do autor é um mau serviço ao interesse coletivo, portanto à cultura; e provavelmente também ao próprio autor, cuja remuneração poderia ficar garantida em caso de ser concedido o direito de se proceder à reedição.

Denis Borges Barbosa<sup>264</sup> também se manifesta em relação a obra órfã da seguinte maneira:

A análise econômica mostra que a obra órfã não é só um problema de acesso; é um problema de custo de transação; para viabilizar a economia de obras expressivas você tem que diminuir o custo de transação. Em outras palavras, diminuir a burocracia para que a gente possa investir mais no uso, na exploração, versões, fazer novelas - o que seja - dessas obras que estão com o titular indetectável. Se o custo de descobrir quem é o titular dos direitos é tão grande que não permita a exploração da obra a ser derivada ou editada, há uma perda objetiva na economia, e uma restrição ao bem-estar social

O mesmo autor<sup>265</sup> também vê na licença não voluntária uma solução para a situação da obra órfã, comentando sua proposta de reforma da Lei de Direitos Autorais e a inclusão de 5 tipos de licença não voluntária, ele explica que: “O terceiro tipo é, convencionalmente, as obras órfãs, quando não se sabe quem é o titular que possa autorizar. Essa licença, então, garante o direito fundamental de acesso em face de um anônimo. Alguém tem que autorizar essa anônimo e resolver o impasse.”

Concluindo, caracterizada a situação de obra órfã e estando seus exemplares esgotados, entende-se que a melhor solução seria a já adotada por outros países como Estados Unidos e Canadá, onde se permite a reprodução integral da obra mediante remuneração previamente estabelecida.

---

<sup>263</sup>ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito fundamental de acesso à cultura e direito intelectual. In SANTOS, Manoel J. Pereira dos. (coordenador). Direito de autor e direitos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2011. P 29

<sup>264</sup>BARBOSA, Denis Borges. Direitos Autorais e Acesso à Cultura. Sítio do Denis Borges Barbosa, Rio de Janeiro, agosto de 2008. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/novidades/orfas.pdf>/ Consulta em 01/07/2016.

<sup>265</sup>BARBOSA, Denis Borges. Painel VI - Obra Sob Encomenda - Licenças não-voluntárias. In WACHOWICZ, marcos (org.) e SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Estudos de direito de autor e a revisão da lei dos direitos autorais. Anais do III Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. P. 192.

## V - Obra Digital

Com a tecnologia avançando a cada dia, tem se tornado cada vez mais comum as obras digitais<sup>266</sup>. O acesso à internet e aos conteúdos digitais vem crescendo entre a população, aumentando a migração do suporte físico para o digital com realação à maioria das obras.

Atualmente, o acesso as obras digitais dispensa até mesmo o uso do computador ou notebook, já é possível ler um livro, ouvir um álbum inteiro ou até mesmo assistir um filme pela tela do smartphone, o que torna o suporte digital muito mais frequente no dia-dia das pessoas<sup>267</sup>.

O meio informático e a digitalização trouxeram como consequência um fenômeno que se denominou de desmaterialização das criações intelectuais. Com efeito, os suportes tradicionais de informação (impressos, magnéticos, fotossensíveis, etc.) perderam muito de sua importância para os suportes digitais.<sup>268</sup>

Porém, com a facilidade do acesso torna-se fácil também a propagação de cópias<sup>269</sup>. A reprodução no meio digital é muito mais simples e rápida do que no “mundo físico”. Enquanto para se efetuar a cópia integral de um livro, ou até digitalizá-lo, é necessário escanear página por página, no ambiente digital bastam um ou dois “cliques” e o arquivo está copiado. Com o álbum fonográfico também não é diferente, em muitos computadores basta inserir o CD que o sistema já inicia automaticamente a cópia. Com isso, é comum que os usuários tenham a falsa sensação de que o meio digital é uma “terra sem lei”, onde tudo é permitido, inclusive a cópia integral de obras.

---

<sup>266</sup> “com as novas conquistas tecnológicas, a obra de criação pode ser fixada num corpo intangível. Ela estará presente, gerando direitos, criando obrigações, dependendo apenas de algo que a torne perceptível a qualquer dos nossos sentidos, mesmo sendo sua base de inserção algo intangível.”

CABRAL, Plínio. Problemas relativos a direitos autorais na obra multimídia. *In* Revista da ABPI, nº 42, set/out 1999. P. 40.

<sup>267</sup> A digitalização da informação e o desenvolvimento das redes de computadores propuseram um novo desafio para o atual sistema social, com implicações fundamentais no que diz respeito ao acesso e uso da informação global, tendo em vista que na atualidade nenhum produto é mais valioso do que a informação.

AVANCINI, Helenara Braga. Breves considerações acerca do paradoxo da sociedade da informação e os limites dos direitos autorais. *In* Revista da ABPI, nº 63, mar/abr 2003. P. 18.

<sup>268</sup> SANTOS, Manoel J. Pereira dos. A Proteção e o exercício dos direitos autorais sobre obras intelectuais e fonogramas no comércio eletrônico. *In* Revista da ABPI, nº 42, set/out 1999. P. 50.

<sup>269</sup> “Ao contrário da tecnologia analógica, a tecnologia digital permite que se faça uma cópia do original potencialmente tão perfeita quanto este, posto que não possui a característica de degeneração entre gerações.

Sendo uma cópia digital uma cópia potencialmente perfeita, é possível criar desta geração de cópias outras cópias tão perfeitas quanto os originais e assim por diante.

(...)

A noção de degeneração presente nos processos de cópias analógicas desaparecerá com a cópia digital, posto que neste tipo de tecnologia a milésima geração de cópias será tão perfeita quanto a original.”

LEITE, Eduardo Lycurgo. Direitos autorais nas mídias digitais. *In* Revista da ABPI nº 49, nov/dez 2000. P. 8.

Lo novedoso de la técnica de la multimedia es que al adicionar a la capacidad del manejo de datos, propia de la informática, la posibilidad de tratar “internamente” como datos elementos de información que el usuario percibirá “externamente” como imágenes y sonidos, las técnicas multimedia permiten al público acceder a esas imágenes y sonidos con la misma mecánica la misma aptitud que el usuario de la informática utiliza los programas y explota los archivos. El concepto de “público” propio del derecho de autor, se transforma a través de la tecnología de la multimedia en “usuario”, ya no hay un espectador pasivo sino un partícipe activo que a través de un programa preparado para facilitar la comunicación, dialoga con el sistema.”

(...)

“A partir de las redes de comunicación con el Internet, los productos multimedia tal como sucede con las obras audiovisuales y fonográficas se han descorporizado permitiendo su comunicación/distribución sin depender de la entrega de un soporte físico, y creando para el usuario la posibilidad de copiar los archivos puestos a su disposición en el disco rígido de sus computadoras y a su vez reproducirlos en “floppydiscs” u otros soportes materiales.”<sup>270</sup>

Se o meio digital traz essa facilidade de cópia e acesso, com o exemplar esgotado não haveria de ser diferente. Ao longo deste trabalho, por diversas vezes se falou em permissão de cópia integral como solução para a situação de esgotamento e a possibilidade de se digitalizar um exemplar esgotado parece ser uma medida que facilitaria muito o acesso à obra, tendo em vista que romperia barreiras de distância ou multiplicidade de exemplares, como no caso das bibliotecas<sup>271</sup>.

---

<sup>270</sup> Em tradução livre: “A novidade da técnica multimedia é adicionar a capacidade de gestão de dados, própria da informática, a possibilidade de tratar “internamente” como dados informações que recebe “externamente”, como imagens e sons. As técnicas multimídia permitem que o público possa acessar essas imagens e sons com a mesma mecânica e a mesma capacidade com que o usuário utiliza programas de computador e explora os arquivos. O conceito de “public ‘ auto copyright “público”, próprio do direito de autor, se transforma através da tecnologia multimedia em “usuário e não há espectador passivo, mas um participante ativo que através de um programa destinado a facilitar a comunicação, dialoga com o sistema.

(...)

“A partir de redes de comunicação com a Internet, produtos multimídia como as obras audiovisuais e fonográficas tem se “descorporificado”, permitindo a comunicação/distribuição sem depender da entrega de mídia física, e criando para o usuário a possibilidade de copiar arquivos disponíveis no disco rígido do seu computador e reproduzi-los por sua vez em “floppydiscs” ou outro suporte material.”

EMERY G., Miguel Angel. Copyright related problems in multimedia works. *In* Revista da ABPI, nº 44, jan/fev 2000. P. 14.

<sup>271</sup> “Importa frisar, desta feita, quanto ao depósito legal, a preocupação crescente de muitos editores e produtores com a facilidade que oferecem as novas tecnologias de comunicação na consulta e reprodução do material publicado. Neste sentido, algumas reações contra o sistema de depósito legal vêm-se apresentando, especialmente no que diz respeito às bibliotecas digitais.

É evidente que estes titulares de faculdades patrimoniais do direito de autor temam a difusão sem controle das obras veiculadas por meio eletrônico e queiram proteger seus legítimos interesses comerciais, conferindo, portanto, apenas um acesso limitado. Porém, se ao público somente é permitido consultar as obras no lugar físico em que se encontra a coleção do depósito legal, sem embargo, o acesso estará consideravelmente reduzido e, em última análise, mitigará o papel que visa desempenhar o depósito legal, sendo certo também, que não restaria por alcançar alguns dos objetivos aos quais se propõem as legislações nacionais de depósito legal.”

FAZIO, Iracema. Papel e eficácia do registro de direito de autor e do depósito legal –II. *In* Revista da ABPI, nº 105, mar/abr 2010. P. 15 e 16.

Porém é preciso observar que o meio digital pode tanto facilitar quanto prejudicar, pois uma vez disponível na internet, o rastreamento do arquivo e o controle do número de exemplares torna-se praticamente impossível. Dessa forma, se fosse permitida a cópia integral porque uma obra está esgotada, mesmo que o autor voltasse a publicá-la posteriormente, essa disponibilização da obra no meio digital poderia ser um caminho sem volta, e a nova edição teria que “concorrer” com os arquivos gratuitos disponíveis.

*Chiunque abbia minime conoscenze informatiche e abbia la possibilità di accedere ad Internet, può oggi mettere a disposizione i frutti della sua creatività ad un numero indefinito di fruitori. Non solo: dal momento in cui le opere dell'ingegno possono essere convertite in un formato digitale, non vi è più bisogno di procedimenti industriali per la loro duplicazione. Ogni opera, sia essa testuale, sonora o grafica, una volta digitalizzata appare come un comune file, che può essere duplicato da qualsiasi computer (o altro apparecchio idoneo) un numero infinito di volte, e soprattutto senza perdere qualità e definizione. In questo modo il sistema tradizionale di copyright, basato appunto sulla possibilità esclusiva di riprodurre e diffondere copie, è stato minato proprio alla base.<sup>272</sup>*

Não é demais ressaltar que na internet, embora o rastreamento e controle sejam mais difíceis, a lei se aplica da mesma forma, ou seja, o autor continua a ter seus direitos e a cópia integral de obra continua a ser ilícita.

(...) a utilização das interpretações, execuções ou fonogramas em formato digital e o seu armazenamento em um meio eletrônico, no ambiente digital, constituem ato de reprodução e, portanto, estão sujeitas ao direito exclusivo de seus titulares. Resumindo, as obras, interpretações ou execuções e os fonogramas, na Sociedade da Informação, que navegam pela Internet, não estão desprovidos de proteção jurídicas ao autor e/ou titular de direitos, que continuam exercendo seus direitos exclusivos no referente às suas obras, interpretações ou execuções e fonogramas.

(...)

“Os limites dos direitos autorais constituem um dos maiores desafios da Sociedade da Informação, pois implicam mudanças de conceitos do próprio direito autoral, desafiando o operador do direito a compreender e buscar os limites deste paradoxo através de uma interpretação sistêmica da problemática apresentada.

Como direitos humanos fundamentais, reconhecidos em acordos internacionais e nas Constituições de vários países, os direitos autorais e a liberdade de acesso à informação exercem juntos um importante papel no desenvolvimento da educação, cultura e progresso da sociedade. O respeito a estes direitos humanos constituem regras básicas que devem ser obedecidas por todos, a fim de que haja uma convivência pacífica e harmônica da humanidade.

(...)

---

<sup>272</sup> Em tradução livre: “Qualquer pessoa com conhecimento mínimo em computação e capaz de acessar a Internet, hoje em dia pode disponibilizar os frutos de sua criatividade a um número indeterminado de usuários. Não só: a partir do momento em que a obra original pode ser convertida para um formato digital, não há mais necessidade de processos industriais para a sua duplicação. Cada obra, seja texto, som ou desenhos, uma vez digitalizada, aparece como um arquivo comum que pode ser duplicado a partir de qualquer computador (ou outro dispositivo adequado) por um número infinito de vezes, e, especialmente, sem perder a qualidade e definição. Desta forma, o sistema de copyright tradicional, baseado precisamente sobre a capacidade única de reproduzir e distribuir cópias, tem sido prejudicado na base.

ALIPRANDI, Simone. *Capire Il Copyright - Percorso guidato nel diritto d'autore*. Editado da: Ledizioni, 2012. P. 46. Disponível em: [http://www.aliprandi.org/capire-copyright/intro\\_capirecopyright.pdf](http://www.aliprandi.org/capire-copyright/intro_capirecopyright.pdf). Consulta em: 10/10/2016.

O foco todo está em saber qual destes direitos humanos fundamentais deve prevalecer em relação ao outro no ambiente digital, na hipótese de conflito entre ambos. Este é o grande desafio jurídico que se presencia nos dias atuais, pois a Internet aumentou em progressões geométricas a colisão entre a liberdade de acesso à informação e os direitos autorais.<sup>273</sup>

Da mesma forma que ocorre com os exemplares físicos, a questão possibilidade de reprodução da obra esgotada no meio digital enfrenta o mesmo conflito entre o direito de autor e a defesa do interesse público e o atendimento ao direito de acesso à cultura.

(...) não se pode descurar da necessidade de conciliar-se a tecnologia com os direitos fundamentais do homem. Cumpre seja controlada e regulamentada a utilização de tecnologia, como, por exemplo, nas áreas de informação e de comunicação, que que se usam obras intelectuais protegidas pelo Direito de Autor.<sup>274</sup>

É preciso encontrar uma solução para a esse conflito, tendo em vista que, embora a lei de direitos autorais seja a mesma, os suportes são distintos e para o meio digital é necessário medidas diferentes, mais eficazes para esse ambiente. Seriam novas medidas para velhos problemas:

Assim sendo, o que os titulares de Direitos Autorais pretendem é que a ação repressiva se realize mediante intervenção no processo de disponibilização e acesso aos recursos da Internet, por intermédio do controle do fluxo de *downloads* de obras protegidas. O que está em discussão nesse caso é, preliminarmente, se esse controle configura uma ameaça à liberdade de expressão na Internet e, por outro lado, de que maneira esse “direito de atenção” deve ser estabelecido de forma a não criar uma “obrigação geral de vigilância” por parte do provedor.<sup>275</sup>

Se com relação aos suportes físicos já há dificuldade em se encontrar um equilíbrio entre o direito de autor e o direito de acesso à cultura, nos meios digitais que são, relativamente, novos, a dificuldade é ainda maior. As soluções encontradas ou são muito rígidas com relação à circulação das obras, a ponto de prejudicar o acesso<sup>276</sup>, ou são muito brandas a ponto de permitir a violação aos direitos de autor.

---

<sup>273</sup> AVANCINI, Helenara Braga. Os limites e exceções dos direitos autorais na sociedade da informação. *In* Revista da ABPI nº 78, set/out 2005. P.46, 16 e 17.

<sup>274</sup> BITTAR, Carlos Alberto. Contornos atuais do direito de autor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992. P 157.

<sup>275</sup> SANTOS, Manoel J. Pereira dos. O controle on-line para coibir violações de direitos autorais. *In* SANTOS, Manoel J. Pereira dos, JABUR, Wilson Pinheiro, ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito autoral – São Paulo: Saraiva, 2014. P. 288.

<sup>276</sup> “Constata-se a existência de uma tendência para o fortalecimento da Propriedade Intelectual, em especial o Direito de Autor, com o objetivo de assegurar o controle de conteúdos que circulam no novo ambiente digital, sobretudo a internet, o que pode configurar uma situação de superproteção, que colocaria em risco direitos e liberdades públicas fundamentais.

(...) a utilização de ferramentas tecnológicas de restrição ao acesso de objetos digitais, cuja proteção é propugnada pelos Tratados da OMPI de 1996 e cujas normas já foram incorporadas ao direito interno de diversos

“Sem dúvida, as mudanças ocorridas na Sociedade da Informação, pelo advento da tecnologia digital (Internet), aumentaram os problemas já existentes no ambiente analógico, afetando diretamente os direitos exclusivos dos autores, artistas intérpretes/ executantes, organismos de radiodifusão e produtores de fonogramas, pois com a digitalização das obras (re)surgiu o conflito existente entre dois direitos humanos fundamentais consagrados tanto na esfera nacional como na internacional: o direito exclusivo dos autores e o direito de acesso e uso da informação.”<sup>277</sup>

Assim, a medida que aumenta a discussão, cresce proporcionalmente a necessidade da reforma da legislação<sup>278</sup> atual, pois a cada momento que passa, ao não acompanhar as novas tecnologias, a lei torna-se obsoleta e inaplicável, caminho contrário às legislações sobre o tema em outros países<sup>279</sup>.

Com base nessa dificuldade em relação a obra em ambiente digital a União Européia se posicionou com a publicação de uma Diretiva<sup>280</sup>, onde, entre outros posicionamentos, sugere que haja uma harmonização, mas com elevado nível de proteção para os direitos de autor, já que “sua protecção contribui para a manutenção e o desenvolvimento da actividade criativa”, para a Diretiva o apoio à difusão cultural não deve sacrificar a proteção dos direitos, nem tolerar formas ilegais de distribuição, cujo arquivo seja proveniente de atividade de contrafação ou pirataria.

Cabe aqui uma observação: é claro que quando se fala em permitir a cópia integral de obras, no caso desde trabalho as esgotadas, tem-se que o exemplar que será utilizado para efetuar a cópia fora adquirido licitamente, de uma forma legal e remunerada ou

---

países, inclusive o Brasil, podem acarretar uma limitação excessiva ao direito de acesso à informação pela coletividade.”

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Princípios constitucionais e propriedade intelectual – o regime constitucional do direito autoral. In ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva e WACHOWICZ, Marcos (coords.). Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. 3ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. P 28

<sup>277</sup> AVANCINI, Helenara Braga. Breves considerações acerca do paradoxo da sociedade da informação e os limites dos direitos autorais. In Revista da ABPI, nº 63, mar/abr 2003. P. 18.

<sup>278</sup> (...) considerando o avanço tecnológico, representado principalmente pelo advento da Internet, e o grande valor que a informação e a cultura passam a agregar para o desenvolvimento da sociedade como um todo, surge no cenário contemporâneo a necessidade de uma reavaliação acerca do direito de autor, especialmente no que tange as suas limitações e exceções, pois atualmente elas mostram-se insuficientes para que estabeleça o tão buscado equilíbrio de direitos, sob a ótica da função social do direito de autor.” PIRES, Eduardo. REIS, Jorge Renato dos. A Utilização das Obras Intelectuais Autorais Frente Às Novas Tecnologias: Função Social ou Pirataria? - In Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul. Nº 34, Julho/Dezembro 2010. P. 31

Disponível em <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/1809/1584> Consulta em 16/10/2016

<sup>279</sup> Now, however, copyright protection has been extended to intellectual property services or to works which are not fixed or not fixed permanently on a material support, as for example the memory of a computer.

Em tradução livre: “Agora, no entanto, a proteção dos direitos de autor foi estendida para os serviços de propriedade intelectual ou para as obras as quais não foram fixadas em suporte ou não fixadas de modo permanente, como por exemplo a memória de um computador.

STAMATOUDI, Irini A. Copyright and Multimedia Works, A Comparative Analysis. Cambridge University Press, 2002. P. 08.

<sup>280</sup> Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV%3A126053>

voluntariamente doada pelo titular, como no caso das bibliotecas. Para que exista a cópia digital, da qual se fala neste tópico, é preciso que o suporte físico tenha sido de alguma forma digitalizado ou que se tenha feito o download de algum site, e o que se defende aqui é que em ambos os casos o suporte, seja físico ou digital, tenha sido adquirido de forma lícita<sup>281</sup>, ou seja, o titular fora devidamente remunerado ou a tenha distribuído espontaneamente de forma gratuita. De qualquer forma, o arquivo dito como “pirata”, fruto de contrafação, não deve nunca ser tolerado, e da mesma forma não se deve permitir que dele se façam cópias, pois seria uma forma de dar continuidade a atitude ilícita que o originou.

Retomando a análise da Diretiva europeia, esta faz também uma comparação entre a cópia no suporte digital e a cópia dita analógica, ressaltando que a cópia digital tem um impacto significativo na sociedade da informação, já que tem uma divulgação muito maior. É preciso uma adaptação das limitações e exceções existentes atualmente no direito de autor para o ambiente digital. Nesse sentido, Alexandre Libório Dias Pereira tem a seguinte opinião:

Em matéria de exceções, lê-se nas Declarações Acordadas que as Partes Contratantes podem “continuar e estender apropriadamente no ambiente digital as limitações e exceções nas suas leis nacionais que têm sido consideradas aceitáveis ao abrigo da Convenção de Berna. Em termos idênticos, estas disposições devem ser interpretadas no sentido de permitir às Partes Contratantes configurar novas exceções e limitações que são apropriadas no ambiente de rede digital.” Esta Declaração é da máxima importância, pois permite às Partes Contratantes adequar o direito de autor à sua política cultural, educativa e científica, instituindo novas exceções e limites no ambiente de rede digital.<sup>282</sup>

Embora a Diretiva preze pela difusão cultural, há em seu texto uma permissão para que os titulares de direitos utilizem medidas tecnológicas destinadas a impedir ou restringir atitudes de terceiros não autorizadas. Sobre essa permissão, discute-se se não seriam abusivas, criando obstáculos inclusive para usos lícitos.

(...) trata-se de um documento que, apesar de buscar o equilíbrio nas liberdades do mercado interno, no respeito aos princípios fundamentais do direito e em especial os direitos autorais e a liberdade de informação, acabou por favorecer as indústrias dos direitos autorais, pois se atém especificamente às exceções e limitações dos direitos autorais e às medidas de caráter tecnológico para proteção.

(...)

A maioria destas limitações, apesar de contemplar um benefício e, prol da cultura e da educação, está condicionada a uma compensação equitativa e submetida a medidas de caráter tecnológico, através do acesso controlado, da encriptagem,

<sup>281</sup> “Colocada num CD, a obra está à venda; colocada na Internet, o acesso dependerá de pagamento ao provedor, ou pelo sistema que se instituir, ajustado pelo número ou pelo tempo de acesso.” CABRAL, Plínio. Problemas relativos a direitos autorais na obra multimídia. *In* Revista da ABPI, nº 42, set/out 1999. P. 42.

<sup>282</sup> PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Da internacionalização da propriedade intelectual: um olhar europeu sobre o acordo ADPIC/TRIPS. *In* Revista da ABPI, nº 73, nov/dez 2004. P 55 e 56.

codificação ou qualquer outro dispositivo tecnológico que impeça o acesso à obra, ainda que a finalidade seja humanitária.<sup>283</sup>

Ainda sobre a Diretiva, está também prevê a remuneração do titular como forma de compensação equitativa pelo uso da obra no ambiente digital: “Deve dar-se aos Estados-Membros a faculdade de preverem uma exceção ou limitação ao direito de reprodução mediante uma equitativa compensação (...) para compensar o prejuízo causado aos titulares dos direitos.”.

Conforme já analisado anteriormente, para cópias realizadas em suporte físico existem mecanismos para remunerar o autor a cada reprodução, como forma de compensá-lo pela utilização. Porém questiona-se se no meio digital essa medida seria eficiente, ou se haveria outra forma mais eficaz, condizente com o ambiente digital. Além disso, em relação às obras esgotadas, existe a dúvida da necessidade de remuneração do titular, pois teria ele abdicado do seu direito à remuneração ao demonstrar desinteresse em retomar a circulação da obra ou esse direito estaria mantido para todos os usos mesmo que a obra não esteja mais disponível?

Embora existam previsões legais e posicionamentos doutrinários, o ambiente digital ainda é uma seara relativamente nova, onde não se tem ainda uma regulamentação concreta. Por ser um meio dinâmico e imaterial, o ambiente digital apresenta uma dificuldade de controle muito maior do que no mundo físico. Nesse meio, a linha entre o uso lícito, baseado no interesse público e com a finalidade de se atender o direito de acesso a cultura e o uso ilícito, que vai além das exceções e limitações aceitas e que infringe direitos é muito tênue, e as ferramentas para fiscalização são ainda precárias. Mas por outro lado, não se pode restringir o fluxo de informação no ambiente digital, deixando de permitir os usos lícitos, que visam o atendimento de um interesse público apenas para deter as violações que possam vir a ocorrer.

## **V - Uso didático**

Quando se pensa na inacessibilidade de uma obra pelo esgotamento dos exemplares, fica claro que a parcela da população mais prejudicada é a composta pelos estudantes e pesquisadores.

---

<sup>283</sup> AVANCINI, Helenara Braga. Os limites e exceções dos direitos autorais na sociedade da informação. *In* Revista da ABPI nº 78, set/out 2005. P.48.

Com efeito, há o incontestável interesse coletivo na difusão de obras intelectuais; existe a necessidade de acesso de diferentes camadas populacionais – principalmente professores, estudantes e pesquisadores – aos textos e obras públicas; e impõe-se a expansão da cultura como esteio do desenvolvimento geral da nação.<sup>284</sup>

O ambiente escolar e universitário é onde mais se concretiza o direito fundamental de acesso ao conhecimento. É claro que a falta de exemplares de uma obra pode prejudicar a todos na sociedade, mas a falta de um livro didático específico, fundamental para o aprofundamento de certa matéria, causa prejuízo a toda uma turma de estudantes de uma única vez.

É interessante observar o que diz Miguel Reale<sup>285</sup>, na introdução à 2ª edição de seu livro “O direito como experiência”, ao comentar o uso e a confecção de cópias por alunos e pesquisadores, mesmo durante o período em que a obra ficou esgotada (antes da publicação da 2ª edição). Nota-se que o autor, longe de criticar ou condenar a feitura das cópias, se sente comovido com a utilidade da obra como fonte de estudo do direito.

O que me comove é saber que, depois de tantos anos, estando o livro esgotado, dele se faziam fotocópias para pesquisas de seminários, ou para atender àqueles que cuidam da história das idéias jurídicas no Brasil, onde é sem dúvida crescente o interesse pelos problemas de Filosofia Social e Jurídica, não somente em razão de novos cursos universitários que conduzem à interdisciplinariedade, mas também em virtude da insegurança que reina em nosso ordenamento jurídico positivo, impondo o exame de seus alicerces.

Ao se apreciar a questão da reprodução da obra intelectual no âmbito acadêmico, não se deve partir da prerrogativa da prévia autorização, mas do prisma da finalidade científico-educacional que motiva a reprodução.<sup>286</sup> Bruno Jorge Hammes defende a existência de uma limitação ao direito de autor fundamentada no uso didático: “Um ponto em que nossa legislação deixa a desejar é o referente às limitações em favor do ensino. (...) O acesso à cultura é um direito de todo cidadão. E este direito do cidadão justifica algumas limitações ao direito de autor.”<sup>287</sup>

Para Denis Borges Barbosa também “o sistema jurídico *autoral* brasileiro, em comparação com os de outros países, é particularmente negativo quanto ao acesso à educação.

---

<sup>284</sup> BITTAR, Carlos Alberto. Contornos atuais do direito de autor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992. P 117.

<sup>285</sup> REALE, M. O direito como experiência. 2ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2002. P. XIV

<sup>286</sup> TESSER, Leonardo Gonçalves. Reprodução de livros no ambiente acadêmico: a necessária limitação dos direitos autorais. In Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 15, nº 2653, 06.10.2010. P. 2. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17542>. Acesso em: 30.06.2016.

<sup>287</sup> HAMMES, Bruno Jorge. O Direito da Propriedade Intelectual. 3ª ed. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2002. P. 110.

Questionável, por isso, em face dos dispositivos constitucionais relativos ao acesso à educação e aos bens culturais.”<sup>288</sup>

*Legislation in most countries expressly from copyright liability small numbers of copies made for purposes of research. The U.K. Act excuses “fair dealing with literary, dramatic, musical or artistic work for the purposes of research or private study.” The Japanese Act makes copying within a Family or similarly limited circle permissible, so long as it does not employ publicly available automatic copiers. The German Act exempts single copies for a variety of private or personal uses. The Italian legislation allows copying for a reader’s personal use “when made by hand or by a means of reproduction unsuitable for circulating or diffusing the work in public.*

*U.S. copyright law provides no categorical exemption for copies made for purposes of scholarship. The principal source of such a privilege lies in the fair use doctrine.*<sup>289</sup>

Segundo Ascensão<sup>290</sup>: “Ninguém pensa que um instituto de pesquisa, antes de fazer uma reprodução para os seus trabalhos, anda à procura de um tal de Nielsen que publicou um artigo sobre corrosão sob tensão para lhe pedir licença (...) Aquela previsão é e destina-se a ser letra morta.”

No mesmo sentido, Antônio Chaves faz uma observação semelhante:

As exigências do ensino, da pesquisa e da cultura, ao ritmo trepidante da vida moderna, que não permite sequer um momento de pausa para verificar se existe, quem é onde está o titular do direito de autor, tornam cada vez mais utópico e distante o dogma, até há poucos anos indiscutível, da exigência do consentimento do autor a qualquer aproveitamento de sua obra.

Como conciliar os interesses do criador e da coletividade?<sup>291</sup>

Conforme já dito e analisado anteriormente, para fins acadêmicos e de pesquisa a Resolução 5.213 da USP<sup>292</sup>, é inovadora ao permitir a reprodução reprográfica de obras

---

<sup>288</sup> BARBOSA, Denis Borges. Domínio público e patrimônio cultural. In ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva e WACHOWICZ, Marcos (coords.). Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. 3ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. P. 148.

<sup>289</sup> Em tradução livre: “A legislação na maioria dos países que utilizam expressamente o sistema *Copyright*, permite-se apenas um pequeno número de cópias feitas para fins de pesquisa. A Lei do Reino Unido permite “o tratamento justo de obras literárias, dramáticas, musicais ou artísticas para fins de pesquisa ou estudo particular”. A lei japonesa permite a cópia dentro do âmbito familiar ou de um círculo social semelhante e limitado, desde que não empregue copiadoras automáticas publicamente disponíveis. A lei alemã permite cópias únicas para uma variedade de usos pessoais ou privados. A legislação italiana permite a cópia para uso pessoal do leitor “quando feita à mão ou por meios de reprodução que não permitam a circulação ou difusão do trabalho em público”.

A lei de direitos autorais dos EUA não prevê nenhuma isenção categórica para cópias feitas para fins de pesquisa. A principal fonte de tal privilégio reside na doutrina do *fair use*.”

GOLDSTEIN, Paul. International Copyright. Principles, law and practice. New York: Oxford University Press, 2001. P. 297.

<sup>290</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral – 2a ed., ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. P. 252.

<sup>291</sup> CHAVES, Antônio. Nova lei brasileira de direito de autor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. P. 79.

<sup>292</sup> USP. Universidade de São Paulo. Resolução nº 5.213

esgotadas sem republicação há mais de 10 anos. Embora atualmente aplicável apenas para as obras impressas, a Resolução destaca-se pela atitude inovadora de buscar uma solução para a questão dos exemplares esgotados. Cabe lembrar que a Resolução está em desacordo com a Lei de Direitos Autorais em vigor atualmente por permitir a reprodução integral de obra, mas é possível entender que, justamente por esse motivo, talvez ela demonstre que a permissão da reprodução integral, ou a flexibilização de sua ilicitude, nesses casos de esgotamento, seria a solução ideal que se busca. O fato de uma universidade pública, de alto renome e prestígio no meio acadêmico e inclusive fora dele, admitir em uma Resolução uma solução contrária à legislação atual só faz demonstrar que talvez a legislação atual é que esteja inadequada às necessidades da sociedade, pois a solução que está sendo aplicada “fora da lei” não está causando prejuízos injustificados, danos ao patrimônio dos autores ou criando situações de deturpação. Pelo contrário, mostra que mesmo não estando sob o manto da lei, essa permissão funciona, como já funcionou em legislações anteriores, e pode trazer um equilíbrio muito maior e ter um efeito melhor do que as soluções, por vezes precárias, prevista na legislação atual.

(...) Iniciativa recente da principal universidade brasileira, no entanto, estabeleceu política institucional com vistas a um reequilíbrio de interesses, de forma mais compatível com o sistema constitucional, embora sob o risco de questionamento a luz da LDA.<sup>293</sup>

Além da discussão sobre a possibilidade de reprodução de uma obra esgotada para fins didáticos, outro ponto também deve ser observado: a questão da remuneração, ou não, do titular da obra.

Conforme já abordado nos tópicos anteriores, mesmo que seja relativizada a necessidade de autorização do autor, por estar a obra esgotada, este continua a fazer jus à sua remuneração, como uma forma de compensação. Não é justo que, além da liberdade de utilizar a obra sem oposição pelo autor, o faça de maneira gratuita.

No caso do uso didático porém, há uma nova discussão sobre a necessidade de remuneração do autor. Tem-se que nesse ambiente o uso da obra servirá para a ampliação do conhecimento e a criação de novas obras, sendo o ambiente acadêmico ao mesmo tempo consumidor e criador de obras autorais. Seria uma forma de o próprio autor retribuir à sociedade o conhecimento do qual usufruiu para criar sua obra. Sendo assim, alguns autores,

---

<sup>293</sup> BARBOSA, Denis Borges. Domínio público e patrimônio cultural. In ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva e WACHOWICZ, Marcos (coords.). Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. 3ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. P. 148.

entre eles Helenara Braga Avancini<sup>294</sup>, defendem que não há necessidade de remuneração do autor.

La copia privada es un caso muy común en las Instituciones de Educación Superior, pues muchas veces los alumnos por iniciativa propia o incluso a instancia de sus profesores consideran más rentable sacar fotocopias a un libro que comprarlo.

(...)

Se considera que en aras de la educación y en busca de un bien común, las limitaciones a los Derechos de Autor deben abarcar todo el sector educativo y todas las modalidades, pero entonces nos encontramos con un desequilibrio entre la protección jurídica que se contempla para los autores y/o titulares del derecho y la sociedad ávida de aprender, pues si en absolutamente todos los casos hubiera de pagarse remuneración entonces la educación no estaría al alcance de todos, rompiendo con esto una parte del espíritu que el Derecho de Autor tiene, que sea devuelta a la sociedad lo que de ella se ha tomado para poder crear.

Já outros autores, como Denis Borges Barbosa<sup>295</sup>, defendem que mesmo sendo para uso didático, há sempre o dever de remuneração do autor. Este inclusive cita uma jurisprudência alemã para ilustrar seu posicionamento:

O equilíbrio contrastante dos direitos, levando em conta o interesse constitucional da informação, foi analisado pelo Tribunal Constitucional Alemão no caso *Schulbuchprivileg* (BverfGE 31, 229 de 7/7/1971), em que se discutia o balanceamento entre o direito de propriedade do autor e os dispositivos da lei autoral alemã que permitem que as escolas copiem obras para fins didáticos sem autorização do autor e sem pagamento de *royalties*.

(...)

A conclusão do Tribunal foi que o balanceamento dos interesses compreenderia o direito de publicar sem autorização, atendendo assim à liberdade de informação e de aprendizado; mas não se estenderia à isenção de pagamento, considerada como um excesso, e por isso mesmo, em violação ao direito de propriedade. Pelo menos no caso de um país desenvolvido como a Alemanha, o direito à informação não exigiria a gratuidade no uso da obra.

Portanto, quando o uso da obra tiver finalidade didática e esta tiver seus exemplares esgotados, entende-se ser necessária a relativização da proibição legal para a cópia integral da obra, com a equitativa remuneração do autor, como forma de atender ao direito de acesso à cultura além de colaborar com o fomento da educação.

---

<sup>294</sup> Em tradução livre: “A cópia privada é um caso muito comum nas instituições de ensino superior, porque muitas vezes os alunos, por sua própria iniciativa ou a pedido de seus professores, consideram mais econômico fotocopiar um livro do que comprá-lo.

(...)

Considera-se que, no interesse da educação e na busca de um bem comum, as limitações de direitos de autor deve cobrir todo o setor educativo e todos os tipos, mas encontramos aí um desequilíbrio entre a proteção jurídica prevista para autores e/ou titulares do direito e da sociedade ávida por aprender, porque se absolutamente em todos os casos fosse paga uma remuneração, então a educação não seria acessível à todos, rompendo com isso uma parte do espírito do Direito de Autor, que é a devolução à sociedade do que o autor dela tomou para criar.”

AVANCINI, Helenara Braga e MADRIGAL, Laura Sofia Gómez. Las limitaciones al derecho de autor en el ámbito universitario, legislaciones de Brasil y México. *In* Revista da ABPI, nº 66, set/out 2003. P. 65.

<sup>295</sup> BARBOSA, Denis Borges. Bases constitucionais da propriedade intelectual. *In* Revista da ABPI, nº 59, jul/ago 2002. P.21.

## VII – Cópia Privada

A cópia privada pode ser definida como a reprodução de um exemplar para uso próprio, sem intuito de lucro ou divulgação<sup>296</sup>. Podendo ser dividida em duas características principais. Numa o indivíduo é proprietário da obra, noutra o indivíduo procura por um exemplar para que possa realizar uma cópia para si.

No ambiente particular o proprietário da obra é livre para utilizar a obra do jeito que bem entender, podendo realizar cópias para fins de preservação, alteração de suporte, etc. Nesse espaço privado não há fiscalização, e nem deve haver, pois se trata do exercício regular da posse e propriedade. Todavia, há de se ressaltar que em nenhum momento esses atos devem visar o intuito de lucro, já que tal conduta se enquadraria no ilícito penal.

Em contrapartida, na situação que interessa ao presente estudo, o indivíduo não possui um exemplar da obra que deseja ter para si e reproduz a partir de uma “obra base” uma cópia para seu uso pessoal. No caso da obra esgotada, pode-se considerar que a cópia privada seja a medida mais simples e fácil de conseguir ter acesso à obra indisponível.

Nota-se que o exemplar que servirá de base para a cópia da obra deve ter sido adquirido de forma lícita, ou seja, o autor já fora remunerado por aquela obra. Ao efetuar a reprodução, mesmo que para uso privado, a partir de uma obra adquirida de forma ilícita, a cópia também será ilícita, o que não deve ser admitido.

Apesar de no Brasil a legislação não permitir a reprodução integral sem a autorização do autor, é possível imaginar facilmente uma situação em que, tendo conhecimento de que

---

<sup>296</sup> “O conceito de *reprodução*, tal como originariamente previsto na Convenção de Berna, teve de ser ampliado, porquanto se tornou necessário assimilar pelo menos em alguns casos o acesso eletrônico aos atos tidos como de reprodução.

(...)

A reformulação dos conceitos de reprodução e distribuição acabaram por determinar a necessidade de uma revisão do conceito de *cópia e uso privado*.

(...)

qualquer pessoa pode, através da Internet e dos correios eletrônicos, colocar gratuitamente à disposição de todos obras literárias, obras audiovisuais e toda a variedade de produções contendo criações intelectuais ou informações. A exceção de cópia e uso privado permitiria que o usuário da Internet pudesse não apenas consultar mas também copiar em seu computador obras intelectuais disponibilizadas através da Internet, ainda quando protegidas pelo Direito de Autor.”

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. A Proteção e o exercício dos direitos autorais sobre obras intelectuais e fonogramas no comércio eletrônico. *In* Revista da ABPI, nº 42, set/out 1999. P. 50.

alguém próximo possui o exemplar desejado, ou que ele está disponível para empréstimo em alguma biblioteca, o interessado tome-o emprestado e faça uma cópia integral para seu uso pessoal.

As atitudes privadas escapam às legislações, uma vez a fiscalização é praticamente impossível. Além disso, é preciso pensar que, estando o exemplar esgotado para venda, mesmo que o interessado quisesse não teria meios de adquirir um exemplar original, sendo assim, a cópia integral é a forma mais próxima que se pode chegar de um exemplar que ele certamente compraria se estivesse disponível.

Ademais, vale lembrar que se o *animus* do autor (ou titular dos direitos) é manter a obra indisponível para comercialização, presume-se que o próprio autor não tem interesse na exploração comercial dessa obra. A cópia integral feita para uso privado não irá ferir os interesses do autor/titular ou muito menos trazer-lhe algum tipo de prejuízo. Nesse caso, estará muito mais atendendo à função social do direito de autor e garantindo o acesso do interessado ao conteúdo presente naquela obra do que infringindo algum direito ou trazendo prejuízo a alguém por conta da sua ilicitude. Eduardo Vieira Manso<sup>297</sup> dispõe:

(...) chegou-se a uma concepção praticamente universal de que os domínios dos direitos autorais têm sua fronteira natural ali onde começa a circunscrição do que é de âmbito privado. Em decorrência, o uso privado da obra intelectual há de estar fora do alcance das prerrogativas de seu autor, as quais lhe atribuem o direito de difundi-las, ou seus exemplares, ao público, valendo-se de todas as maneiras lícitas de explorá-las economicamente. Assim, desde que o uso privado não extravase o círculo privado e que não importe em utilização econômica da obra intelectual, deve ser livre e tolerado, visto que nenhum prejuízo acarreta ao autor.

Soma-se a isso o advento de novas tecnologias que permitem a reprodução da obra de forma rápida. No ambiente digital, por exemplo, um simples comando “Ctrl C + Ctrl V” é suficiente para a cópia de conteúdo. A multiplicação de exemplares no meio digital se difunde a cada dia mais, haja vista que a nossa legislação obsoleta ao assunto não coíbe e tampouco regulamenta a matéria.<sup>298</sup>

“Impõe-se amparar a possibilidade da reprodução para uso privado e da garantia ao beneficiário do direito de acesso às obras, ainda que as utilizações consistam em reproduções em suportes digitais. O direito autoral perante a nova realidade tecnológica opera igualmente em vista do necessário equilíbrio de interesses sob o

---

<sup>297</sup> MANSO, Eduardo Vieira. Direito autoral: exceções impostas aos direitos autorais: derrogações e limitações – São Paulo: Bushatsky, 1980. P 218

<sup>298</sup> SILVA, Michel César, NOGUEIRA, Roberto Henrique Porto, SOARES, Sávio de Aguiar. Direito de propriedade intelectual, tecnologia e interoperabilidade: estudo à luz das limitações aos direitos patrimoniais de autor. *In* Revista da ABPI, nº 101, jul/ago 2009, p. 54.

qual se sustenta esse ramo do direito, tendo-se, de um lado, o direito de acesso da coletividade à informação e à cultura e, do outro, a tutela dos interesses patrimoniais e morais dos titulares de direitos autorais.”

Existem obras digitais que possuem sistemas de segurança que impedem a sua reprodução. Porém, no caso das obras com exemplares esgotados, mais do que proteger o arquivo de usos indevidos, o sistema de segurança acaba por frustrar o objetivo do interessado em realizar uma cópia, mesmo que sem o intuito de lucro, o que prejudica o atendimento ao direito de acesso. Nesse sentido, Alexandre Libório Dias Pereira<sup>299</sup>:

“As opções tecnológicas disponíveis para proteger as obras digitais (por exemplo, os envelopes criptográficos), bem como o arsenal já adoptado de tutela jurídica dessas barreiras tecnológicas, permitiriam satisfazer convenientemente os interesses dos titulares de direitos através da instituição de uma compensação equitativa pela reprodução privada de obras em suportes informáticos, tal como, aliás, parece resultar da directiva sobre direito de autor na sociedade da informação (artigo 5º, 2-a). Todavia, essa directiva permite a reprodução electrónica ou digital “para uso privado de uma pessoa singular e sem fins comerciais”, na medida em que “os titulares de direitos obtenham uma compensação equitativa que tome em conta a aplicação de medidas de carácter tecnológico” (artigo 5º - b), mais acrescentando que tal exceção só será permitida “em certos casos especiais que não entre em conflito com uma exploração normal da obra ou outro material e não prejudiquem irrazoavelmente os legítimos interesses do titular do direito”(artigo 5º, 5).

De novo, esta referência à regra dos três passos parece contraditória com a concretização da cópia privada como caso especial segundo a Convenção de Berna.”

Não pode se levar como regra que os indivíduos preferem praticar o ato ilícito ao lícito. A difusão da pirataria tem sido reduzida conforme os novos serviços e meios de acesso tem se tornado frequente. No mais, a cópia privada sem o intuito de lucro, apenas para uso pessoal, demonstra claramente que o ato de vontade ocorre pela falta de opção, falta de acesso à obra pelas formas comerciais e com a devida remuneração do autor, caracterizando-se, portanto, inexigibilidade de conduta diversa.

Assim, necessário admitir que a cópia integral é uma realidade, nunca deixou de ser mesmo com o advento da lei e, portanto, é mais fácil que o ordenamento jurídico se atualize diante dessa situação do que tentar coibir uma prática que foge à restrição legal.

Essa regulação tem o intuito de acompanhar a sociedade, independente da corrente adotada pelo país (*Copyright* ou *Droit d'auteur*). Em resposta a consulta pública a *Academy of Intellectual Property, Marketing and Competition Law (IMC)*<sup>300</sup>, da Universidade de

---

<sup>299</sup> PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Da internacionalização da propriedade intelectual: um olhar europeu sobre o acordo ADPIC/TRIPS. *In* Revista da ABPI, nº 73, nov/dez 2004. P 56 e 57.

<sup>300</sup> Em tradução livre:

Na sua opinião, é necessário esclarecer, a nível da União Européia, o âmbito e a aplicação das exceções de cópia e reprografia privadas no ambiente digital?

Uppsala, Suécia, por meio de seus professores Sanna Wolk and Kacper Szkalej demonstra a necessidade de regulação da matéria:

*In your view, is there a need to clarify at the EU level the scope and application of the private copying and reprography exceptions in the digital environment?  
One main reason is to fully harmonize the frameworks concerning permitted acts, especially that the digital environment is borderless, and services are increasingly becoming available (or accessible) in several Member States.  
Secondly, it is yet unclear what private copying actually entails. If the creation of back-up copies on any medium, or the right to transfer a copy to another device in one's possession falls under a private copying exception, then the landscape of rights needs adjusting as imposing levies on storage media may seem unfounded since it will fall outside the rights of rightholders where the purpose of copying is clearly private. It will also affect service providers' rightholders' [legal] capability to use technological protection measures (TPM) without regard to the legitimate interests of users, since if by default a user has a right to make copies or transfer copies to their other devices, then the exercise of such a right cannot be excluded.  
In Sweden the private use exception (Chapter 2, §12 Act on Copyright in Literary and Artistic Works) only permits the making of "one or a few" copies of works, however with regards to literary works (excluding computer programs) in written form only limited parts of such works may be copied. Computer programs and compilations in digital form are expressly excluded from the provision.  
By virtue of §26g anyone may make back-up copies of the program "if this is necessary for the intended use of the program"*

Outro ponto que se destaca da matéria gira em torno da necessidade de eventual remuneração pela realização da cópia privada. Para os outros usos fica clara a necessidade do autor ser remunerado, porém no caso da cópia privada, por mais que pareça coerente remunerá-lo, a efetivação desta necessidade é de difícil implementação, pelos mesmos motivos que tornam difícil o controle da circulação e reprodução das obras no âmbito privado.

---

Um dos principais motivos é a plena harmonização dos quadros relativos aos atos permitidos, pois sabidamente o fato de o ambiente digital não ter fronteiras e os serviços estarem cada vez mais disponíveis (ou acessíveis) em vários Estados-Membros.

Em segundo lugar, ainda não está claro o que a cópia privada realmente implica. Se a criação de cópias de segurança em qualquer meio ou o direito de transferir uma cópia para outro dispositivo na sua posse recaia sob uma exceção de cópia privada, então o cenário de direitos precisa ser ajustado, já que a imposição de taxas sobre os meios de armazenamento pode parecer infundada, não serão abrangidos pelos direitos dos titulares de direitos, quando a finalidade da cópia for claramente privada. Também afetará a capacidade [legal] dos prestadores / titulares de direitos de utilizar medidas tecnológicas de proteção (TPM) independentemente dos interesses legítimos dos usuários, uma vez que, por direito, o usuário tem o direito de fazer cópias ou transferir cópias para os outros dispositivos. O exercício de tal direito não pode ser excluído.

Na Suécia, a exceção de cópia para utilização privada (Capítulo 2, §12 da Lei sobre o direito de autor em obras literárias e artísticas) só permite a realização de "uma ou algumas" cópias de obras, no entanto, no que se refere a obras literárias somente partes limitadas de tais trabalhos podem ser copiadas. Programas de computação e compilações em formato digital são expressamente excluídos desta previsão.

Por força do §26g qualquer pessoa pode fazer cópias de segurança do programa "se isto for necessário para o uso pretendido do programa".

The Academy of Intellectual Property, Marketing and Competition Law (IMC) - Public Consultation on the review of the EU copyright rules. Faculty of Law, Uppsala University, Sweden. Disponível em: <http://www.imk.uu.se/en-gb/dokument/yttrandenochremissvar.aspx> Consulta em 08/11/2016.

Numa avaliação geral, é possível entender que o uso privado da obra distoa dos demais usos pelo aspectos pessoal e íntimo em que ocorre, não havendo intuito de lucro ou divulgação. O interessado busca obter uma cópia integral da obra já que não há meios de adquirir um exemplar original. Dessa forma, conclui-se que a melhor solução seria o retorno da previsão legal da legislação anterior, que permitia a cópia em um único exemplar e sem o intuito de lucro. Porém, enquanto a legislação atual não é reformada, outra possibilidade seria a relativização da proibição legal com base no princípio do *fair use*, já que a obra não está sendo explorada e a utilização privada não fere os interesses do autor.

## **Conclusão**

A legislação deve acompanhar à sociedade a qual ela regula, devendo o poder legislativo deve estar atento às mudanças de hábitos e necessidades para que não tenha problemas com legislações obsoletas e inaplicáveis, ou até mesmo com falhas<sup>301</sup>.

No Brasil, ao se analisar todo o conjunto normativo, verifica-se que não há atualmente previsões legais que permitam a relativização da reprodução não autorizada de obra esgotada. O que existem são direitos e princípios, como o interesse público e o direito de acesso à cultura, que unidos e interpretados de acordo com o entendimento doutrinário permitem relativizar e flexibilizar a lei de direitos autorais com o intuito de eventualmente afastar o ato ilícito.

Soma-se a isso o fato da legislação de direitos autorais ser datada de 1998, tendo iniciado seu trâmite no Congresso Nacional, no ano de 1990, o que permite deduzir que os

---

<sup>301</sup> Um tempo futurista: para um legislador utilitarista e reformador, a lei é menos um reflexo do que um instrumento da mudança desejada. Tomando de empréstimo a forma do imperativo, ela é feita num espírito de perpetuidade – uma perpetuidade que, contudo, não se estende como irrevogabilidade: a lei mudará, desde que suas razões de ser tenham mudado. Em todos os ramos do direito, é esta preocupação em assegurar as antecipações racionais no cálculo utilitarista que prevalece: assim, por exemplo, o objeto do direito civil é garantir um progresso contínuo na felicidade, garantido, antes de tudo, a segurança, que é a extensão dada no caso de tempo a todos os bens aos quais ela se aplica. Em direito penal, as penas não visarão tanto punir o fato passado, mas prevenir os delitos semelhantes, sendo o alarme o verdadeiro mal a ser combatido: o caso passado não passa de um ponto; o futuro é infinito, escreverá ele. OST, François. O tempo do direito. Tradução Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005, p. 217.

objetivos e anseios do legislador naquela época não se aplicam à sociedade atual<sup>302</sup>. Seu texto não é atemporal<sup>303</sup>.

Conforme visto no início do trabalho, a supressão da permissão da cópia integral na lei atual criou um problema com relação à obra esgotada e ao direito de acesso, razão pela qual se faz necessária uma atualização da legislação vigente para incluir novamente essa permissão, como forma de atender ao interesse público e ao direito de acesso à cultura de forma plena.

É interessante observar que existe um projeto de lei em trâmite para reformar a legislação de direitos autorais e seu texto atual não só traz de volta a permissão da cópia integral como também prevê a permissão da cópia integral “cuja última publicação não estiver mais disponível para venda, pelo responsável por sua utilização econômica<sup>304</sup>”. Resta saber se o referido projeto será aprovado com o texto original ou se sofrerá supressões de cunho político pouco antes de ser votado, como ocorreu com a aprovação da legislação atual.

Concluindo, apesar de atualmente a reprodução integral ser considerada ilícita em nosso ordenamento jurídico, é necessário admitir que o esgotamento de exemplares de uma obra cria uma situação excepcional de indisponibilidade, na qual a proibição aplicada de forma geral não poderia servir como obstáculo à satisfação do direito de acesso. É preciso que para esses casos de esgotamento de exemplares e interesse público no acesso à obra essa ilicitude seja relativizada.

---

<sup>302</sup> (...) as principais instituições do direito de propriedade intelectual, forjadas no século XIX com base em uma realidade social completamente distinta da que hoje presenciamos, permanecem praticamente inalteradas. LEMOS, Ronaldo. Direito, tecnologia e cultura. Rio de Janeiro: FGV, 2005. P. 8. - Disponível em <http://hdl.handle.net/10438/2190>

<sup>303</sup> Muito longe de uma “cristalização” ou de um “congelamento”, as ideias mais tradicionais do direito autoral – quais sejam, as definições de obra protegida, de originalidade e o próprio conceito de autor, dos quais depende a incidência da proteção da lei – estão em constante mutação, por mais que se queira imaginá-los numa “cabine compensada”. Mais que anacrônica, a situação é paradoxal: nenhum ramo do direito privado sofreu de forma tão intensa os novos influxos da tecnologia, e poucos continuam tão atados às suas origens. Analisar de que modo a nova realidade modificou esses conceitos é fundamental para entender como o direito autoral pode – e deve – evoluir em circunstâncias diferente daquelas em que ele foi originalmente talhado. LEWICKI, Bruno. A historicidade do direito autoral. In ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva e WACHOWICZ, Marcos (coords.). Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. 3ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011. P. 287.

<sup>304</sup> Projeto de Lei nº 3133/2012. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=3B8F4D08FA6B5789501AE7BD8D55605A.proposicoesWebExterno2?codteor=963052&filename=PL+3133/2012](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=3B8F4D08FA6B5789501AE7BD8D55605A.proposicoesWebExterno2?codteor=963052&filename=PL+3133/2012) . Consulta em 08/12/2016.

Portanto, conforme visto ao longo de todo o trabalho, em prol do atendimento do direito de acesso à cultura, ao lado do interesse público, é possível permitir uma isenção à ilicitude da reprodução integral de obra cujos exemplares estão esgotados. Seja por meio da aplicação do princípio do *fair use*, do instituto da desapropriação, ou da concessão de licença compulsória.

## **Bibliografia**

ABDR. Associação Brasileira de Direitos Reprográficos, <http://www.abdr.org.br>

ABPI. Associação Brasileira da Propriedade Intelectual - Anais do XXII Seminário Nacional de Propriedade Industrial, 2002.

ABPI. Associação Brasileira da Propriedade Intelectual - Anais do XXIV Seminário Nacional de Propriedade Intelectual, 2004.

ABPI. Associação Brasileira da Propriedade Intelectual - Anais do XXVI Seminário Nacional de Propriedade Industrial, 2006.

ABPI. Associação Brasileira da Propriedade Intelectual - Anais do XXVII Seminário Nacional de Propriedade Intelectual, 2007.

ABPI. Associação Brasileira da Propriedade Intelectual – Resolução nº 67.

ABPI. Associação Brasileira da Propriedade Intelectual - Revista nº 21, mar/abr 1996.

ABPI. Associação Brasileira da Propriedade Intelectual - Revista nº 37, nov/dez 1998.

ABPI. Associação Brasileira da Propriedade Intelectual - Revista nº 42, set/out 1999.

ABPI. Associação Brasileira da Propriedade Intelectual - Revista nº 44, jan/fev 2000.

ABPI. Associação Brasileira da Propriedade Intelectual - Revista nº 49, nov/dez 2000.

ABPI. Associação Brasileira da Propriedade Intelectual - Revista nº 59, jul/ago 2002.

ABPI. Associação Brasileira da Propriedade Intelectual - Revista nº 63, mar/abr 2003.

ABPI. Associação Brasileira da Propriedade Intelectual - Revista nº 64, mai/jun 2003.

ABPI. Associação Brasileira da Propriedade Intelectual - Revista nº 66, set/out 2003.

ABPI. Associação Brasileira da Propriedade Intelectual - Revista nº 70, mai/jun 2004.

ABPI. Associação Brasileira da Propriedade Intelectual - Revista nº 73 nov/dez 2004.

ABPI. Associação Brasileira da Propriedade Intelectual - Revista nº 77, jul/ago 2005.

ABPI. Associação Brasileira da Propriedade Intelectual - Revista nº 78, set/out 2005.

ABPI. Associação Brasileira da Propriedade Intelectual - Revista nº 85, nov/dez 2006.

ABPI. Associação Brasileira da Propriedade Intelectual - Revista nº 100, mai/jun 2009.

ABPI. Associação Brasileira da Propriedade Intelectual - Revista nº 101, jul/ago 2009.

ABPI. Associação Brasileira da Propriedade Intelectual - Revista nº 105, mar/abr 2010.

ABPI. Associação Brasileira da Propriedade Intelectual - Revista nº 108, set/out 2010.

ABPI. Associação Brasileira da Propriedade Intelectual - Revista nº 113, jul/ago 2011.

ABPI. Associação Brasileira da Propriedade Intelectual - Revista nº 119, jul/ago 2012.

ABRÃO, Eliane Y. Direitos de autor e direitos conexos. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

ABRÃO, Eliane Y. Direitos de Autor e Direitos Conexos. 2a ed. São Paulo: Migalhas, 2014.

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Considerações sobre o direito moral do autor. *In* Revista da ABPI, nº 44, jan/fev 2000.

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva e WACHOWICZ, Marcos (coords.). Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. 3ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva e WACHOWCZ, Marcos (coordenadores). Direito da Propriedade Intelectual: Estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Vol. 2, Curitiba: Juruá, 2014.

ALEMANHA. Urheberrechtsgesetz (Lei de Direitos Autorais), 1965.

ALIPRANDI, Simone. Capire Il Copyright - Percorso guidato nel diritto d'autore. Edito da: Ledizioni, 2012. Disponível em: [http://www.aliprandi.org/capire-copyright/intro\\_capirecopyright.pdf](http://www.aliprandi.org/capire-copyright/intro_capirecopyright.pdf)

ARISTÓTELES. Arte Poética.

Disponível em:

[http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select\\_action=&co\\_obra=2235](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=2235)

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral – 2a ed., ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Intelectual, Exclusivo e Liberdade. *In* Revista da ABPI, nº 59, jul/ago 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O Fair Use no Direito Autoral. *In* Anais do XXII Seminário Nacional de Propriedade Industrial da ABPI – 2002. Terceira Sessão Plenária.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito fundamental de acesso à cultura e direito intelectual. *In* SANTOS, Manoel J. Pereira dos. (coordenador). Direito de autor e direitos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2011.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A função social do direito autoral e as limitações legais. *In* ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva e WACHOWICZ, Marcos (coords.). Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. 3ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Fundamento do direito autoral como direito exclusivo. *In* SANTOS, Manoel J. Pereira dos, JABUR, Wilson Pinheiro, ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito autoral – São Paulo: Saraiva, 2014.

AVANCINI, Helenara Braga. Breves considerações acerca do paradoxo da sociedade da informação e os limites dos direitos autorais. *In* Revista da ABPI, nº 63, mar/abr 2003.

AVANCINI, Helenara Braga e MADRIGAL, Laura Sofia Gómez. Las limitaciones al derecho de autor en el ambito universitário, legislaciones de Brasil y Mexico. *In* Revista da ABPI, nº 66, set/out 2003.

AVANCINI, Helenara Braga. Os limites e exceções dos direitos autorais na sociedade da informação. *In* Revista da ABPI, nº 78, set/out 2005.

BARBOSA, Denis Borges. Bases constitucionais da propriedade intelectual. *In* Revista da ABPI, nº 59, jul/ago 2002.

BARBOSA, Denis Borges. Direitos Autorais e Acesso à Cultura. Sítio do Denis Borges Barbosa, Rio de Janeiro, agosto de 2008. Disponível em <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/novidades/orfas.pdf/>

BARBOSA, Denis Borges. Painel VI - Obra Sob Encomenda - Licenças não-voluntárias. *In* WACHOWICZ, marcos (org.) e SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Estudos de direito de autor e a revisão da lei dos direitos autorais. Anais do III Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

BARBOSA, Denis Borges. Domínio público e patrimônio cultural. *In* ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva e WACHOWICZ, Marcos (coords.). Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. 3ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

BEVILAQUA, Clovis. Código civil dos Estados Unidos do Brasil commentado. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1953. v. 3.

BITTAR, Carlos Alberto. Contornos atuais do direito de autor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor – 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRANCO, Sérgio. A Lei Autoral Brasileira Como Elemento de Restrição à Eficácia do Direito Humano à Educação. *In* Revista Internacional de Direitos Humanos. Edição V. 4 - N. 6 - Jan/2007.

Disponível em <http://www.conectas.org/pt/acoes/sur/edicao/6>

BRANCO, Sérgio. A sucessão dos direitos morais de autor. *In* ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva e WACHOWICZ, Marcos (coordenadores). Direito da Propriedade Intelectual: Estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Vol. 2, Curitiba: Juruá, 2014.

BRASIL. Constituição, 1988.

BRASIL. Decreto nº 75.699, de 06 de maio de 1975.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 01 de Janeiro de 1916.

BRASIL. Lei nº 3.365, de 21 de Junho de 1941.

BRASIL. Lei nº 5.988, de 14 de Dezembro de 1973.

BRASIL. Lei nº 9.610, de 14 de Fevereiro de 1998.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.

BRASIL. Lei nº 10.994, de 14 de Dezembro 2004.

BRASIL. Lei nº 12.192, de 14 de Janeiro 2010.

BRITO, Jerry e DOOLING, Bridget. An orphan works affirmative defense to copyright infringement actions. 12 Mich. Telecomm. Tech L. Rev. 75, 2005. Disponível em: <http://www.mttl.org/voltwelve/brito&dooling.pdf>

CABRAL, Plínio. Limitações ao Direito Autoral na Lei 9.610. *In* Revista da ABPI, nº 37, nov/dez 1998.

CABRAL, Plínio. Problemas relativos a direitos autorais na obra multimídia. *In* Revista da ABPI, nº 42, set/out 1999.

CABRAL, Plínio. Direito Autoral: Dúvidas e Controvérsias. São Paulo: Harbra, 2000.

CAÇADOR, Ana Rita Martins. O uso da obra protegida sem o consentimento do autor: uma perspectiva centrada no confronto entre as utilizações livres e os sistemas de Fair Use. Tese realizada sob a orientação de Dra. Ana Eduarda Santos. Universidade Católica Portuguesa, Mestrado Forense. Lisboa, 2 de Maio de 2011. Disponível em <http://hdl.handle.net/10400.14/14891>

CAMARA dos Deputados. <http://www.camara.gov.br>

CARVALHO, Carlos Eduardo Neves de. A doutrina do fair use nos EUA. Revista da ABPI, nº 77, jul/ago 2005.

CARBONI, Guilherme. Conflitos entre direito de autor e liberdade de expressão, direito de livre acesso à informação e à cultura e direito ao desenvolvimento tecnológico. *In* Revista da ABPI nº 85, nov/dez 2006.

CARBONI, Guilherme. (coordenador). Direitos autorais e internet, propostas legislativas para fomentar o desenvolvimento e o acesso ao conhecimento. *In* Brasília: Revista Jurídica da Presidência, v. 10, nº 90, abr/mai 2008. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/>

CARBONI, Guilherme. O Direito Autoral diante do interesse coletivo. *In* Anais do XXVII Seminário Nacional de Propriedade Intelectual da ABPI – 2007. Painel III.

CARBONI, Guilherme. Limitações e Exceções da Lei. *In* Anais do Seminário Direitos Autorais e Acesso à Cultura. 27 e 28 de Agosto de 2008 – Brasília: Ministério da Cultura, Coordenação Geral de Direito Autoral, 2008.

CARBONI, Guilherme. Aspectos Gerais da Teoria da Função Social do Direito de Autor. *In* WACHOWICZ, Marcos e SANTOS, Manoel J. Pereira dos (organizadores). Estudos de Direito de Autor e Interesse Público. Anais do II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

CAVALCANTE Filho, João Trindade. Material de Apoio Programa Saber Direito: Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao\\_trindade\\_\\_teoria\\_geral\\_dos\\_direitos\\_fundamentais.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf)

CHAVES, Antônio. Nova lei brasileira de direito de autor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

CHAVES, Antônio. Direito de Autor: princípios fundamentais. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CHAVES, João Carlos Muller. Direito autoral: o conflito entre o incentivo à produção intelectual e o direito a cópia. *In* Anais do XXIV Seminário Nacional de Propriedade Intelectual da ABPI – 2004. Painel 3.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil, volume 4: direito das coisas, direito autoral. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012

COMPARATO, Fabio Konder. Direitos e Deveres Fundamentais em Matéria de Propriedade. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo11.htm>

COPYRIGHT Board of Canada. <http://www.cb-cda.gc.ca/>

COSTA, Hector Della. Apud CHAVES, Antônio. Direito de Autor: princípios fundamentais. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

DESBOIS, Henri. Droit d'auteur, Le: droit français Convention de Berne révisée. Paris: Dalloz, 1950.

DESBOIS, Henri. Droit d'auteur en France, Le. 3. ed. Paris: Dalloz, 1978.

DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Tradução Hermínio Carvalho. 4ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DELPECH, Horacio Fernández. Manual de los derechos de autor. Buenos Aires: Heliasta, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da Supremacia do Interesse Público: Sobrevivência diante dos ideais do Neoliberalismo. *In* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (coords.). Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (coords.). Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 28 ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

DRUMMOND, Victor Gameiro. Direitos Humanos e Direitos de Autor: Elementos para uma melhor inter-relação temática. *In* Revista da ABPI, nº 113, jul/ago 2011.

EMERY G., Miguel Angel. Copyright related problems in multimedia works. *In* Revista da ABPI, nº 44, jan/fev 2000.

ESPANHA. Constitución Española, 1978.

ESPANHA. Ley de Propiedad Intelectual, 1996.

ESPANHA. Ley Depósito Legal, 2011.

EUR Lex. <http://eur-lex.europa.eu>

EUROPEAN Parliament. <http://www.europarl.europa.eu/>

FAZIO, Iracema. Papel e eficácia do registro de direito de autor e do depósito legal – II. *In* Revista da ABPI, nº 105, mar/abr 2010.

GANDELMAN, Henrique. De Gutemberg à internet: direitos autorais na era digital – 5ª ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Record, 2007.

GANDELMAN, Marisa. Limitações aos Direitos Autorais. *In* Anais do XXVI Seminário Nacional de Propriedade Intelectual da ABPI – 2006. Painel IV – Direito Autoral – Limites à proteção.

GEIGER C, HILTY R, GRIFFITHS J, SUTHERSANEN U. Declaration A Balanced Interpretation Of The "Three-Step Test" In Copyright Law. Jipitec, Vol. 1. 2010. Disponível em: <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0009-29-26212>

GOLDSTEIN, Paul. International Copyright. Principles, law and practice. New York: Oxford University Press, 2001.

GOMES, Luiz Flávio (coord.), PIOVESAN, Flávia (coord.). O Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos e Direito Brasileiro. São Paulo: RT, 2000.

GUEIROS JR., Nehemias. O direito autoral no show business: tudo o que você precisa saber - 3ª ed. Rio de Janeiro: Gryphus, 2005.

HAMMES, Bruno Jorge. O Direito da Propriedade Intelectual. 3ª ed. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2002.

IFLA. International Federation of Library Associations and Institutions. <http://www.ifla.org/>

IMK. Institutet för Immaterial-, Marknadsförings- och Konkurrensrätt. <http://www.imk.uu.se/>

INPI. Instituto Nacional da Propriedade Industrial. <http://www.inpi.gov.br/>

JASPERS, Karl. Introdução ao pensamento filosófico. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Edição Cultrix. 1965.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998. Disponível em: <https://portalconservador.com/livros/Hans-Kelsen-Teoria-Pura-do-Direito.pdf>

KRETSCHMANN, Ângela. A propriedade intelectual e o papel das instituições de ensino superior. In ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva e WACHOWICZ, Marcos (coords.). Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. 3ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

LANGE, Deise Fabiana. O impacto da tecnologia digital sobre o direito de autor e conexos. Editora Unisinos, São Leopoldo, RS, 1996.

LEMOS, Ronaldo; BRANCO JUNIOR, Sérgio Vieira. Copyleft, Software Livre e Creative Commons: A Nova Feição dos Direitos Autorais e as Obras Colaborativas.

Disponível em: <http://virtualbib.fgv.br/dspace/handle/10438/2796?show=full>

LEMOS, Ronaldo. Direito, tecnologia e cultura. Rio de Janeiro: FGV, 2005. Disponível em <http://hdl.handle.net/10438/2190>

LEONARDOS, Maria Beatriz. O conflito entre a proteção aos direitos autorais e o interesse da sociedade na livre disseminação de ideias., cultura e informação. In Revista da ABPI, nº 108, set/out 2010.

LEWICKI, Bruno. A historicidade do direito autoral. *In* ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva e WACHOWICZ, Marcos (coords.). *Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. 3ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

LIPSZYC, Delia. *Derechos de autor y derechos conexos*. Unesco, 1993.

LIPSZYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Unesco, 2003.

LIPSZYC, Delia. *Nuevos Temas de Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Unesco, 2004.

LÓPEZ MAZA, Sebastian. Las obras huérfanas en el Derecho Europeo. *In* Argentina: *Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual* – Número 7 – Setembro 2016.

LYCURGO, Eduardo. Direitos autorais nas mídias digitais. *In* *Revista da ABPI* nº 49, nov/dez 2000.

LYCURGO, Eduardo. Domínio Público e obra orfã. *In* *Anais do Seminário Direitos Autorais e Acesso à Cultura*. 27 e 28 de Agosto de 2008 – Brasília: Ministério da Cultura, Coordenação Geral de Direito Autoral, 2008.

MACHADO, Bernardo Novais da Mata. “Direitos Culturais e Políticas para a Cultura – Curso de Gestão e Desenvolvimento Cultural Pensar e Agir com Cultura, Cultura e Desenvolvimento Local.

Disponível em: <http://observatoriodadiversidade.org.br/site/o-direito-de-acesso-a-cultura-e-a-constituicao-federal>.

MANSO, Eduardo Vieira. *Direito autoral: exceções impostas aos direitos autorais: derrogações e limitações* – São Paulo: Bushatsky, 1980.

MANSO, Eduardo Vieira. Utilização de obras intelectuais alheias para organização de antologias e compilação justapostas a obra original. *In* *Revista dos Tribunais*, volume 589, novembro de 1984.

MANSO, Eduardo. Violações aos Direitos Morais. *In* NAZO, Georgette N. (coordenador) et al. *A tutela jurídica do direito de autor*. São Paulo: Saraiva, 1991.

MARTINS, Matheus Barcelos e PAZÓ, Cristina Grobério. O acesso ao conhecimento no âmbito digital em face dos direitos autorais. *In* *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVI, nº 56, jan/abr 2012.

MAX - Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb. <http://www.ip.mpg.de>

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 13ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2001.

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

MISERACHS, Antonio. El Copyright Norteamericano. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1946.

MOLINA, Juan Marco. La Propiedad Intelectual Em La Legislacion Española. Editora Marcial Pons, 1995.

MORAES, Alexandre de, Direito constitucional, 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MUSEU de Imagens do Inconsciente. <http://www.ccms.saude.gov.br>

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Método, 2010.

NUNES JR., Vidal Serrano. A cidadania social na Constituição de 1988. São Paulo: Verbatim. 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? *In* Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 220, abr./jun. 2000.

OST, François. O tempo do direito. Tradução Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.

ÖSTLUND, Eric. Transforming European Copyright - Introducing an Exception for Creative Transformative Works into EU Law. Thesis in Intellectual Property Law, Autumn 2013. Faculty of Law, Uppsala University, Sweden.

Disponível em: <http://www.imk.uu.se/en-gb/publications/imcpaperseries.aspx>  
Consulta em 08/11/2016.

PARANAGUÁ, Pedro, BRANCO, Sérgio. Direitos autorais — Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

PAULA, David Coimbra de. A cópia para uso privado e a compensação equitativa. Dissertação de Mestrado orientada pela Dra. Ana Eduarda Santos, LL.M. Lisboa, Agosto de 2013.

Disponível em <http://hdl.handle.net/10400.14/15619>

PEREIRA, Alexandre Dias. Direitos de autor, da imprensa à internet. *In Revista da ABPI*, nº 64, mai/jun 2003.

PEREIRA, Alexandre Dias. Da internacionalização da propriedade intelectual: um olhar europeu sobre o acordo ADPIC/TRIPS. *In Revista da ABPI*, nº 73, nov/dez 2004.

PEREIRA, Ana Maria; PIMENTEL, Luis Otávio; MEHLAN, Viviane. Direitos Autorais: estudos e considerações. II Ciberética. Simpósio Internacional de Propriedade Intelectual, Informação e Ética, VIII. Encontro de Informação e Documentação Jurídica/ENIDJ. 22º Painel Biblioteconomia em Santa Catarina.

Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/27894-27904-1-PB.pdf>

PINHO, Ricardo. Livros didáticos e direitos de autor em disputa. *In Revista da ABPI* nº 70, mai/jun 2004.

PIRES, Eduardo. REIS, Jorge Renato dos. A Utilização das Obras Intelectuais Autorais Frente Às Novas Tecnologias: Função Social ou Pirataria? – *In Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul*. Nº 34, Julho/Dezembro 2010.

Disponível em <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/1809/1584>

POLLAUD-DULIAN, Frédéric. *Le droit d'auteur*. Paris: Economica, 2005.

REALE, M. *O direito como experiência*. 2ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Daniela Oliveira. O sistema nacional da proteção dos direitos autorais e a promoção do acesso ao conhecimento. *In Boletim científico ESMDU*, Brasília a-10, nº 35. Jul/dez 2011.

ROVER, Aires J. O direito intelectual e seus paradoxos. *In ADOLFO*, Luiz Gonzaga Silva e WACHOWICZ, Marcos (coords.). *Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. 3ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. A Proteção e o exercício dos direitos autorais sobre obras intelectuais e fonogramas no comércio eletrônico. *In Revista da ABPI*, nº 42, set/out 1999.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Principais tópicos para uma revisão da lei de direitos autorais brasileira. *In Revista da ABPI* nº 100, mai/jun 2009.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Princípios constitucionais e propriedade intelectual – o regime constitucional do direito autoral. *In* ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva e WACHOWICZ, Marcos (coords.). Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. 3ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. (coordenador). Direito de autor e direitos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. O controle on-line para coibir violações de direitos autorais. *In* SANTOS, Manoel J. Pereira dos, JABUR, Wilson Pinheiro, ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito autoral – São Paulo: Saraiva, 2014.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos, JABUR, Wilson Pinheiro, ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito autoral – São Paulo: Saraiva, 2014.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Direito de autor, direito de informação e internet. *In* SANTOS, Manoel J. Pereira dos, JABUR, Wilson Pinheiro, ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito autoral – São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, José Afonso da. Ordenação constitucional da cultura. Malheiros, 2001.

SILVA, Michel César, NOGUEIRA, Roberto Henrique Porto, SOARES, Sávio de Aguiar. Direito de propriedade intelectual, tecnologia e interoperabilidade: estudo à luz das limitações aos direitos patrimoniais de autor. *In* Revista da ABPI, nº 101, jul/ago 2009.

SOUZA, Marcos. Limitações aos Direitos Autorais. *In* Anais do XXVI Seminário Nacional de Propriedade Intelectual da ABPI – 2006. Painel IV – Direito Autoral – Limites à proteção.

STAMATOUDI, Irini A. Copyright and Multimedia Works, A Comparative Analysis. Cambridge University Press, 2002.

STF. Supremo Tribunal Federal. <http://www.stf.jus.br/>

STJ. Superior Tribunal de Justiça. <http://www.stj.jus.br>

STOLFI, Nicola. La Proprietà intellettuale - Volume Secondo. Torino - Tipografia dell'Unione Tipografico - Editorice Torinese - 1917.

Disponível em: <https://archive.org/details/laproprietintel00stolgoog>

TESSER, Leonardo Gonçalves. Reprodução de livros no ambiente acadêmico: a necessária limitação dos direitos autorais. *In* Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 15, nº 2653, 06.10.2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17542>.

URIBE, Richard e STEENKIST, Robert Max. El depósito legal en los países de Latinoamérica en 2005. Su vigencia y normatividad. Estadísticas comparativas. Disponível em:

[http://www.cerlalc.org/secciones/libro\\_desarrollo/Deposito\\_Legal.pdf](http://www.cerlalc.org/secciones/libro_desarrollo/Deposito_Legal.pdf)

USA Copyright Office. <http://www.copyright.gov>

USP. Universidade de São Paulo. Resolução nº 5.213

VISO, Roberto Alonso. España: Ley de Propiedad Intelectual. *In* Revista da ABPI, nº 21, mar/abr 1996.

VASCONCELOS, Claudio Lins de. As limitações, o fair use e a guinada utilitarista do direito autoral brasileiro. *In* Revista da ABPI, nº 119, jul/ago 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: parte geral / Coleção direito civil v. 1. 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: direito das sucessões I. Coleção direito civil: v. 7. 13. ed. - São Paulo: Atlas, 2013.

WACHOWICZ, Marcos e SANTOS, Manoel J. Pereira dos (organizadores). Estudos de Direito de Autor e Interesse Público. Anais do II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

WACHOWICZ, Marcos (org.) e SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Estudos de direito de autor e a revisão da lei dos direitos autorais. Anais do III Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

WACHOWICZ, Marcos. A revolução tecnológica da informação – os valores éticos para uma efetiva tutela jurídica dos bens intelectuais. *In* ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva e WACHOWICZ, Marcos (coords.). Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. 3ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

WOLK, Sanna. En ny publik – en upphovsrättslig lösning eller chimär? *In*: Gunnar Karnell, Annette Kur, Per Jonas Nordell, Daniel Westman, Johan Axhamn, Stephan Carlsson (ed.), Liber Amicorum Jan Rosén. Visby: Jure.

Disponível em <http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:uu:diva-275996>