

## **SOBRE O DIREITO DE AUTOR E SUA FUNÇÃO SOCIAL**

### *ON COPYRIGHT AND ITS SOCIAL FUNCTION*

**Marco Antônio Sousa Alves\***

#### **Resumo**

O texto aborda a questão da função social do direito de autor. Criticamos a contínua erosão da consciência dos limites ao direito dos autores, indicando as raízes históricas deste processo, e argumentamos em defesa de uma interpretação que subordina o direito de autor ao interesse social, como um instrumento de política cultural. Entendemos que o exercício abusivo deste direito constitui um claro desvirtuamento de sua finalidade social e não se coaduna com vários princípios consagrados em nossa ordem jurídica.

**Palavras-chave:** Função social. Abuso de direito. Direito de autor. Propriedade intelectual.

#### **1. INTRODUÇÃO**

Poucos ainda defenderiam nos dias de hoje um direito absoluto à propriedade. Apesar das resistências e dos inúmeros conflitos, a idéia de que a propriedade deve cumprir sua função social é amplamente aceita e consagrada na Constituição Federal, tratando-se de um debate acadêmico e intelectual em certo sentido ultrapassado. Mas o que parece razoavelmente consolidado no que concerne à propriedade da terra ou dos bens materiais em geral, é ainda algo a ser conquistado no âmbito imaterial, sobretudo no que diz respeito às criações literárias, científicas e artísticas abrigadas pela proteção do direito autoral. Como toda propriedade, também a propriedade intelectual está sujeita ao cumprimento de sua função social, embora muitos a vejam de forma quase absoluta, como um direito fundamental e quase sagrado, como a mais “natural” das propriedades. Como afirma Menezes (2007, p.95): “embora possa, à primeira vista, parecer, o Direito de Autor não é

---

\* Doutorando em Filosofia pela UFMG. Professor da Faculdade de Direito Milton Campos

absoluto”. Mas por que o direito de autor pareceria absoluto à primeira vista? Verificamos aqui uma tendência à absolutização deste direito e uma dificuldade de se entender suas limitações.

O presente texto pretende abordar a questão da função social da propriedade intelectual e, em particular, do direito de autor, analisando as raízes históricas e estruturais de sua absolutização e defendendo a relativização deste direito e a necessidade de conjugá-lo com outros valores e normas. O trabalho a seguir não irá considerar em sua argumentação as posições mais radicais que defendem a abolição do direito autoral, em vista dos novos meios de produção e difusão tornados possíveis com o meio digital e a rede mundial de computadores, embora esta seja uma proposta a ser levada em consideração e não simplesmente estigmatizada pejorativamente como anarquista e utópica, como comumente se faz. Outra limitação do trabalho está no enfoque concedido ao direito autoral em detrimento da propriedade industrial (marcas, patentes, desenho industrial e transferência de tecnologia), uma vez que entendemos que no domínio autoral a percepção da função social é ainda mais precária.

Para melhor abordar o tema proposto, propõe-se um percurso que divide o texto em duas partes: primeiro, apresenta-se uma introdução histórica à questão; na sequência, aborda-se como, no Brasil, o cumprimento à função social da propriedade intelectual é tratado, sustentando-se uma interpretação mais orgânica da Constituição Federal e a necessidade de ponderar o direito dos autores com outras normas e princípios juridicamente consagrados.

## **2. A INVOLUÇÃO DO DIREITO DE AUTOR NA HISTÓRIA QUANTO À PERCEPÇÃO DE SUA FUNÇÃO SOCIAL**

A ascensão da burguesia e os novos ideais políticos liberais consagraram uma concepção individualista do direito de propriedade em geral, visto como um direito fundamental do indivíduo. A partir do século XVIII, foi forjada uma visão do direito

subjetivo como um poder ou faculdade do titular em que qualquer limite introduzido representaria uma exceção, a ser sempre interpretada restritivamente. A idéia de que o direito de propriedade deveria ser limitado em vista ao alcance do bem comum, não apenas como uma exceção, mas como um limite congênito ao direito mesmo, é algo que apenas no final do século XIX ganhou projeção, sendo consagrado em várias Constituições do início do século XX. Como exemplo, cabe mencionar a Constituição de Weimar e a importância nela concedida ao social, consagrando as idéias de função social e de abuso do direito.

No Brasil, a Constituição de 1934 apresenta pela primeira vez restrições ao direito de propriedade, e muito depois foi feita a primeira regulamentação dos casos de desapropriação por interesse social (lei n. 4.132 de 1962). A propriedade deixa assim de ser um direito subjetivo absoluto ou um direito natural inviolável e ganha o estatuto de um instrumento subordinado ao bem comum. A Constituição de 1988 (art. 5º, XXIV, e art. 184) aprofunda ainda mais essa tendência e consagra a vinculação do direito à propriedade ao cumprimento de sua função social. O princípio da função social aparece ainda em vários outros momentos do texto constitucional, consagrando a necessidade de a propriedade urbana (art. 182, §2) e rural (arts. 184-6) cumprirem a sua função social e prevendo várias possibilidades de intervenção estatal na propriedade privada, como a desapropriação, as limitações administrativas, a ocupação temporária, a requisição administrativa, a servidão administrativa, o tombamento, etc. O mesmo movimento é claramente perceptível no Código Civil de 2002, que consagra o princípio da função social e a proibição do abuso do direito de propriedade (art. 1.228), em substituição ao tom marcadamente individualista do Código de 1916. Na nova ordem constitucional, a função social da propriedade eleva-se à condição de princípio fundamental e exige que todo direito à propriedade submeta-se a ele, negando-se ao proprietário direito exclusivo e absoluto sobre a coisa, seja ela um bem móvel ou imóvel, material ou imaterial.

Se, no que diz respeito à propriedade material, pode-se falar em uma visão absoluta e individualista no século XVIII, o mesmo não pode ser dito quanto à propriedade intelectual. A percepção de que haveria um limite interno ao direito mesmo à propriedade, que retira dele seu caráter absoluto, é algo presente desde os primórdios da propriedade intelectual. Aliás, o direito de autor moderno sequer nasceu como um direito de

propriedade em seu sentido mais pleno, mas como uma política de governo para a concessão de um monopólio bastante restrito. Convém, para elucidar esse ponto, contar em linhas gerais a origem do *copyright* moderno na Inglaterra e do *droit d'auteur* francês no século XVIII, que constituem as duas matrizes de legislação autoral disseminadas no mundo ainda hoje<sup>1</sup>.

O *copyright* moderno britânico nasceu em 1710 com a viva consciência de que o direito concedido servia como um instrumento na busca do bem comum, como fica explícito no título mesmo do Estatuto da Rainha Ana (*Statute of Anne*), que dizia ser “um ato para a promoção do conhecimento”, através da “concessão de um monopólio temporário” (ENGLAND, 1710)<sup>2</sup>. Esse Estatuto, aprovado pelo Parlamento inglês e considerado o primeiro texto legislativo moderno a organizar o tema, acabou com a perpetuidade (limitando o tempo de proteção da obra), eliminou a censura ou controle prévio (permitindo a qualquer um ser editor e impressor) e fez do *copyright* um direito não mais dos editores, mas dos autores. Em suma, o moderno *copyright* nasceu de uma reformulação do direito das patentes, que desde 1557 regulamentava a imprensa através da concessão de uma prerrogativa real (um direito exclusivo e perpétuo) a um grupo de comerciantes do ramo editorial (*Company of Stationers of London*). É importante observar que os autores não eram os detentores desse direito, que, tanto na teoria como na prática, era apenas dos editores, visto como um mecanismo para proteger o investimento feito e permitir a censura prévia a toda informação difundida no reino. Evidentemente, essas mudanças trazidas pelo Estatuto da Rainha Ana de 1710 provocaram a inquietação dos editores londrinos, que gozavam de um direito exclusivo e perpétuo sobre seus títulos há mais de 150 anos, e gerou a chamada Batalha dos Livreiros (*Battle of the Booksellers*). Nessa disputa, os editores londrinos alteraram o discurso do privilégio real, que não tinha mais peso na Inglaterra liberal e parlamentar, pelo do reconhecimento ao direito absoluto do autor. Conseguiram durante um bom período o reconhecimento nos Tribunais do chamado *common-law copyright*, que reconhecia a perpetuidade do direito natural dos

---

<sup>1</sup> Para tal, baseamos nossas considerações principalmente em três estudos: Patterson (1968) e Rose (1993) para a origem do *copyright*, e Hesse (1991) para a constituição do *droit d'auteur*.

<sup>2</sup> Tradução do autor. No original: “An Act for the Encouragement of Learning, by Vesting the Copies of Printed Books in the Authors or Purchasers of such Copies, during the Times therein mentioned”.

autores sobre suas obras, o que atingia também aqueles que o substituíam em um contrato de cessão. O argumento era simples: o autor, desde que criou sua obra, possui sobre ela um direito natural perpétuo, que pode ser cedido ao editor. É curioso observar que, embora se valendo do argumento do direito natural do autor, foram os editores e não os autores quem foram litigar. A estratégia era óbvia: aceitando-se o direito natural e perpétuo dos autores sobre suas obras, o monopólio dos editores estaria salvo. De fato, o monopólio só foi rompido no julgamento do caso *Donaldson v. Beckett* em 1774, quando a *House of Lords* definiu o *common-law copyright* como o simples direito natural do autor à primeira publicação e aplicou então o prazo previsto pelo *Statute of Anne* para o gozo do *copyright*, que era de quatorze anos renováveis por mais quatorze. A efetiva aplicação do Estatuto substituiu uma forma de regulação da difusão das obras espirituais, marcada pelo controle da Coroa e pelas licenças reais perpétuas, pelo modelo do moderno *copyright*, que se pretende um instrumento a serviço da difusão do conhecimento através da concessão aos autores de um monopólio temporário. A retórica do autor como detentor de um direito natural à propriedade de suas obras, embora estivesse presente no século XVIII, não prevaleceu nem no texto do Estatuto de 1710, nem na interpretação dos Tribunais britânicos a partir de 1774. Também nos Estados Unidos, a visão que preponderou foi a de um direito restrito e temporário, que não tem o estatuto de um direito natural e serve apenas, como consta no art. 1º, seção VIII, cl. 8 da Constituição americana de 1787, como um instrumento para “promover o progresso da ciência e das artes úteis, garantindo, por tempo limitado, aos autores e inventores o direito exclusivo aos seus escritos ou descobertas” (USA, 1787)<sup>3</sup>. A propriedade intelectual (que nem poderia ser corretamente tratada como uma propriedade) era apenas um instrumento que servia a um fim e era, portanto, limitada e dirigida a ele. De maneira geral, percebe-se que esta visão permanecerá mais visível na tradição do *common law*, que nunca perdeu de vista o caráter funcional do direito à propriedade intelectual, enquanto a tradição francesa e unionista (dos países signatários da Convenção de Berna de 1886) sofrerá mais os efeitos de uma absolutização, na qual tendeu-se a tornar o direito dos autores e criadores quase absoluto.

---

<sup>3</sup> Tradução do autor. No original: “To promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries”.

Na França, até a Revolução, havia um grupo de editores parisienses que gozavam dos privilégios reais, permitindo o exercício do monopólio na área e a censura prévia (parecido com o que ocorria na Inglaterra, com a diferença de que o controle era mais diretamente estatal e menos corporativo). Antes mesmo da Revolução, em 1777, a Coroa cedeu ao espírito da época (individualista e privatista) e reconheceu pela primeira vez o autor como detentor de direito, concedendo, ao lado dos *privilèges en librairie*, os *privilèges d'auteur*. Após a Revolução, a elaboração da primeira lei revolucionária sobre o tema foi marcada, por um lado, pelo forte *lobby* dos editores parisienses que, apesar de terem seus privilégios reais formalmente abolidos em 1791, ainda tentaram defender a perpetuidade do monopólio de impressão apelando para os argumentos individualistas, que defendiam ser a criação do autor a mais natural e inviolável das propriedades, não podendo o Estado limitar esse direito. A contribuição de Denis Diderot para a conformação do discurso do direito absoluto do autor é significativa e merece ser apresentada brevemente. Entre 1763 e 1764, Diderot escreveu a *Carta sobre o comércio do livro*, aproximando a propriedade literária às demais propriedades imobiliárias. Aliás, é oportuno lembrar que esse texto foi uma obra de encomenda, pedida a Diderot pela comunidade dos livreiros parisienses, que se encontrava à época preocupada com a possível supressão dos privilégios editoriais que lhes garantiam um direito exclusivo e perpétuo sobre as obras. Apesar de ter uma relação conflituosa com seus editores, como aliás ocorre com quase todos os criadores, Diderot ainda assim aceita o pedido e faz um grande esforço retórico no sentido de defender a propriedade perpétua dos autores e, por extensão, dos editores, sobre as criações espirituais:

Uma obra não pertence a seu autor tanto quanto sua casa ou suas terras? Não pode ele alienar para sempre sua propriedade? Seria permitido, por qualquer razão ou pretexto que seja, espoliar aquele que livremente o substitui em seus direitos? Esse substituto não merece ter para esse direito toda proteção que o governo concede aos proprietários contra os outros tipos de usurpadores? (DIDEROT, 2002, p.52).

O trecho citado deixa clara a comparação entre a propriedade material e a imaterial e, também, a extensão do direito de autor aos “substitutos”, que são os editores que legitimamente compram as obras de seus criadores, sub-rogando-os em seus direitos. A

propriedade intelectual ganha assim o *status* de um direito fundamental do cidadão e apenas um tirano ousaria espoliar os proprietários de seus bens. E estende-se este direito ao editor, que o adquire do autor: “ora, o direito do proprietário é a verdadeira medida do direito do comprador” (DIDEROT, 2002, p.68). Indo além, Diderot não se contenta em apenas comparar a propriedade intelectual às demais formas de propriedade, mas ressalta o caráter mais natural dela, ainda mais inviolável e sagrada:

Com efeito, que bem pode um homem possuir se uma obra do espírito, fruto único de sua educação, de seus estudos, de suas noites insones, de seu tempo, de suas pesquisas, de suas observações; se as mais belas horas, os melhores momentos de sua vida; se seus próprios pensamentos, os sentimentos de seu coração, sua porção mais preciosa, aquela que nunca morre, que o imortaliza, não lhe pertencer? Como comparar o homem, a própria substância do homem, sua alma, e o campo, a pastagem, a árvore ou a vinha que a natureza ofereceu no início igualmente a todos, de que o indivíduo só pôde apoderar-se pela cultura, o primeiro meio legítimo de posse? Quem teria mais direito de dispor de sua coisa pelo dom ou pela venda do que o autor? (DIDEROT, 2002, p.67-8).

No mesmo sentido, e reforçando a extensão do direito do autor sobre suas obras ao editor que paga por esse direito, afirma Diderot:

Repito, o autor é o mestre de sua obra, ou ninguém na sociedade é mestre de seu bem. O livreiro a possui do mesmo modo que a obra pertencia ao autor; ele tem o incontestável direito de utilizar-se dela como lhe convier em repetidas edições. Seria tão insensato impedir que o faça quanto condenar um agricultor a deixar suas terras incultas, ou um dono de casa deixar seus cômodos vazios. (DIDEROT, 2002, p.68-9).

Esse tipo de discurso tende a naturalizar o direito do autor sobre suas obras e conferir ao criador a mais absoluta e inviolável das propriedades, transmissível a quem este desejar, através de simples contrato, por tempo indeterminado. Essa retórica autoral estava claramente a serviço dos interesses comerciais, pois ao se ampliar o escopo de um direito que é geralmente cedido aos empresários, dá-se a eles um grande controle sobre as obras, substituindo-se um monopólio (o decorrente da concessão de privilégios reais) por outro (decorrente do direito natural do autor). Aliás, esta mudança espelha exemplarmente o espírito do século XVIII: destrona-se o rei e eleva-se o indivíduo burguês. Saímos da censura prévia da Coroa e dos privilégios reais perpétuos para cairmos no individualismo

possessivo burguês. Não mais amparado pelo rei, o negócio editorial permanece, agora baseado no direito natural do autor. Claramente o interesse econômico vale-se do discurso romântico autoral, como o de Diderot, para legitimar seus lucros.

Percebe-se assim a complexidade do direito autoral. É comum se misturar os direitos do autor-criador com os do editor-empresário, fazendo do direito autoral um instituto ambíguo, que se assenta tanto sobre um monopólio do editor (que lhe garante o retorno ao investimento), quanto sobre um direito natural do autor. É essa vinculação espúria que consegue, em nome dos autores e criadores, tornar cada vez mais absoluta uma propriedade que serve acima de tudo aos grandes interesses privados.

Apesar da força do discurso autoral romântico e absoluto de Diderot, o contexto intelectual e político do século XVIII era também movido por outras visões concorrentes, que conseguiram abrandar o ímpeto individualista e privatista em nome de um ideal social que preconizava a universalização do conhecimento. Assim pensavam os radicais, inspirados por Condorcet, que defendiam o fim da apropriação privada e a livre circulação dos textos. Em 1776, Condorcet publicou os *Fragmentos sobre a liberdade da imprensa* (*Fragments sur la liberté de la presse*), ressaltando sempre o interesse público e o ideal iluminista: “O que exige a utilidade pública? Que os homens se iluminem. Ora, o que há de mais contrário às Luzes que a censura dos livros? O espírito perde sua força ao perder sua liberdade” (CONDORCET, 1847, p.304-5)<sup>4</sup>. Além de contrário à censura prévia e ao monopólio real, o que era um pensamento comum do século XVIII, Condorcet argumenta também contra o monopólio comercial, criticando a idéia individualista de que o autor é o legítimo proprietário de suas obras, tendo em relação a elas um direito natural, e afastando qualquer assimilação da propriedade literária às demais formas de propriedade material:

Sente-se que não pode haver qualquer relação entre a propriedade de uma obra e a de um campo, que pode ser cultivado por apenas um homem, ou de um móvel que serve apenas a um homem, a qual, por conseguinte, a propriedade exclusiva é fundada sobre a natureza da coisa. Assim, a propriedade literária não é derivada da ordem natural, e defendida pela força social, mas é uma propriedade

---

<sup>4</sup> Tradução do autor. No original: “Que demande l'utilité publique? Que les hommes acquièrent des lumières. Or, qu'y a-t-il de plus contraire aux lumières que la censure des livres? L'esprit perd sa force en perdant de sa liberté”.

fundada pela sociedade mesma. Não é um verdadeiro direito, é um privilégio. (CONDORCET, 1847, p.308-9).<sup>5</sup>

Afirmando ser todo privilégio uma restrição aos direitos dos outros cidadãos, sendo assim nocivo à liberdade, o pensador iluminista evidencia sua preocupação social ao se perguntar: “O interesse público exige que os homens façam esse sacrifício? Tal é a questão que é preciso examinar, em outros termos, os privilégios são necessários, úteis ou nocivos ao progresso das Luzes?” (CONDORCET, 1847, p.309)<sup>6</sup>. Condorcet responde esta pergunta afirmando ser a propriedade literária desnecessária, inútil e até injusta. Observando que o progresso das Luzes depende, em parte, da legislação da imprensa, Condorcet ressalta que a legislação que concede aos autores o direito de propriedade sobre suas obras não influencia positivamente a descoberta de verdades úteis (*vérités utiles*), mas atinge de maneira nefasta a maneira como estas verdades se difundem, sendo uma das principais causas da diferença na sociedade entre os homens esclarecidos ou cultos e a massa inculta, para quem a maior parte das verdades úteis permanece desconhecida. Imaginando um mundo em que as idéias pudessem circular livremente, Condorcet defende que progresso das Luzes exigiria a liberdade de criação, reprodução e difusão do conhecimento e da arte, o que torna indevida qualquer apropriação individual dos bens culturais.

A lei francesa de 19 de julho de 1793 conciliou esses interesses através de uma negociação política instável. Foi consagrada a idéia de Diderot sobre a santidade da criatividade individual e a inviolabilidade do direito do autor, mas teve também espaço a idéia de Condorcet de que, ao menos após certo tempo, a obra deveria pertencer ao domínio público. Nascendo de uma problemática colagem de perspectivas e interesses dificilmente conciliáveis, fica mais fácil entender a eterna discussão sobre a natureza mesma do direito autoral: Um direito natural? Uma propriedade do autor? Um direito da personalidade? Um

---

<sup>5</sup> Tradução do autor. No original: “on sent qu’il ne peut y avoir aucun rapport entre la propriété d’un ouvrage et celle d’un champ, qui ne peut être cultivé que par un homme ; d’un meuble qui ne peut servir qu’à un homme, et dont, par conséquent, la propriété exclusive est fondée sur la nature de la chose. Ainsi ce n’est point ici une propriété dérivée de l’ordre naturel, et défendue par la force sociale ; c’est une propriété fondée par la société même. Ce n’est pas un véritable droit, c’est un privilège”.

<sup>6</sup> Tradução do autor. No original: “L’intérêt public exige-t-il que les hommes fassent ce sacrifice? Telle est la question qu’il faut examiner; en d’autres termes, les privilèges sont-ils nécessaires, utiles ou nuisibles au progrès des lumières ?”.

monopólio temporário? Ou ainda um mero instrumento para a promoção do conhecimento e das artes?

Essa colagem problemática caracterizará fortemente a posterior conformação que o direito autoral ganhará nas Cartas Internacionais, em particular na Convenção de Berna de 1886. Curiosamente, enquanto o direito à propriedade material em geral sofria uma alteração profunda no final do século XIX e início do século XX, no sentido de se relativizar e limitar internamente este outrora absoluto direito fundamental, a propriedade intelectual, em sentido contrário, sofreu uma contínua erosão da consciência de suas limitações. Ascensão (2006) descreve este processo como uma “involução” do direito de autor. Enquanto o individualismo possessivo perdeu terreno em nome de uma noção de propriedade voltada à promoção do bem comum e do interesse público, em decorrência de uma maior sensibilidade social, o direito autoral perderá aos poucos sua sensibilidade social e se tornará cada vez mais um direito absoluto, individualista e privatista. A adesão efetiva à Convenção de Berna pelo Reino Unido em 1988 e pelos Estados Unidos em 1989 (admitindo os direitos morais dos autores e a inexigibilidade de registro das obras) acentua ainda mais a descaracterização do discurso instrumental do *copyright* em nome de uma naturalização desse direito e sua maior uniformização e ampliação em nível internacional. O crescente interesse econômico envolvido e a concentração provocada pela indústria cultural vão gerar um contexto ainda mais propício ao *lobby* das editoras e produtoras e à conseqüente ampliação do escopo do direito autoral, que durante o século XX aumentou as penas e punições, o rol de proteção (incluindo obras derivativas, *softwares*, bancos de dados, etc.), e também o prazo de gozo do monopólio.

Quanto à ampliação do prazo de proteção das obras pelo direito autoral, convém deter-se um pouco e apresentar alguns dados. É realmente vertiginoso o crescimento do prazo de proteção, fazendo com que a entrada das obras no domínio público seja sempre adiada em favor dos herdeiros e, principalmente, dos grupos empresariais que se valem desse monopólio para continuarem sua exploração econômica. Por exemplo, o *Statute of Anne* de 1710 previa uma proteção de quatorze anos renováveis por mais quatorze e a lei revolucionária francesa de 1793 previa uma proteção por toda a vida do autor e mais cinco anos. Hoje, os prazos são bem maiores. Internacionalmente, a Convenção de Berna de 1886

previa inicialmente uma proteção de sete anos após a morte do autor, que foi estendida em 1908 para 50 anos, na revisão realizada em Berlim. Nos Estados Unidos, o *Copyright Term Extension Act* de 1998 (conhecido também como *Sonny Bono Act* ou *Mickey Mouse Protection Act*), estendeu em vinte anos o prazo previsto pelo *Copyright Act* de 1976, passando a garantir o direito autoral por mais setenta anos após a morte do autor. Esse mesmo prazo é hoje estipulado pela União Européia (desde a Diretiva 93/98) e também pelo Brasil na Lei de Direitos Autorais de 1998. Sendo assim, a maior parte dos países, incluindo o Brasil, alargaram a proteção para além do mínimo determinado nos instrumentos internacionais (que é de 50 anos), de modo que cada vez mais se compromete a entrada das obras no domínio público.

Em suma, ao contrário do que ocorreu com o direito à propriedade material, perdeu-se de vista ao longo do século XX a função social da propriedade intelectual, a importância de as obras circularem, de se enriquecer o diálogo cultural, de fazer com que a ciência avance e os inventos beneficiem não apenas aos inventores e investidores, mas à sociedade como um todo. Ao invés disso, uma retórica romântica do autor e do inventor genial, obviamente em benefício dos investidores e titulares de direito autoral e patentes, conduziu a um rigorismo crescente, fazendo do direito autoral cada vez mais um ramo repressivo do direito. Talvez este curioso movimento inverso que caracteriza a propriedade intelectual explique-se estruturalmente pela crescente importância dos bens imateriais na economia mundial, enquanto os bens materiais (terras, edifícios, máquinas, etc.) não mais representam o coração da riqueza e podem ser, sem maiores reflexos ao sistema capitalista, facilmente submetidos ao interesse social.

### **3. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E A PONDERAÇÃO DE DIREITOS**

No direito brasileiro, prevalece ainda a concepção subjetivista ou individualista do direito de autor, uma vez que nem a Constituição Federal nem a LDA de 1998 positivaram

adequadamente sua dimensão social e solidária, fazendo com que esse ramo do direito fique em flagrante descompasso com o tratamento dado a outros direitos fundamentais. Ainda assim, entendemos que é inegável que a função social aplica-se também à propriedade intelectual, haja vista que a Constituição não a excepcionou. Dentro da propriedade intelectual, tanto o direito autoral quanto as patentes submetem-se ao cumprimento de sua função social. Entretanto, a Constituição foi mais expressa nesse sentido ao tratar da propriedade industrial, dizendo em seu art. 5º, XXIX, que tal direito tem em vista “o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país” (BRASIL, 2004, p.26). Já no que diz respeito ao direito autoral, o texto constitucional limita-se, em seu art. 5º, XXVII, a dizer que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar” (BRASIL, 2004, p.26), sem deixar expressa a necessidade de este direito atender ao interesse social e ao bem comum. Na esteira da tradição do *droit d’auteur* francês, a Constituição brasileira traz em si ecos da idéia de que haveria uma diferença de natureza entre o direito de autor e o das patentes, pois enquanto a propriedade industrial é vista como um direito concedido pelo Estado, o direito de autor é considerado natural, existente por si mesmo em decorrência da criação, de modo a não exigir qualquer formalidade e também a não admitir maiores restrições por parte do Estado, sobretudo em sua dimensão moral. Sendo assim, associa-se mais facilmente à propriedade industrial um caráter finalístico, subordinado ao interesse coletivo, enquanto ao direito de autor resiste-se a uma leitura que o subordina ao interesse social e o concebe como um instrumento de política cultural.

Vejamos como a propriedade industrial é tratada na legislação brasileira. Fazendo eco ao art. 5º, XXIX, da Constituição Federal, que estabelece como fim da tutela conferida aos inventores o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico, a lei de Propriedade Industrial (lei n. 9.279 de 1996), em seu artigo segundo, também submete a proteção patentária ao interesse social e ao desenvolvimento tecnológico e econômico. Sem dúvida, o direito de patentes inclui a salvaguarda dos interesses particulares do inventor, mas também, e sobretudo, o interesse de toda sociedade, uma vez que o fim mesmo do instituto reside na promoção do conhecimento. Embora o inventor mereça ser recompensado, essa recompensa não concede a ele um direito absoluto sobre o invento,

mas apenas um privilégio temporário que permite a justa retribuição sem, contudo, ferir o interesse coletivo e o desenvolvimento da ciência. Em outras palavras, o interesse privado do inventor não deve prevalecer sobre o interesse comum, de modo que a inobservância da função social pode acarretar a expropriação ou limitação do direito, através do licenciamento compulsório (como prevê o art. 71 da Lei de Propriedade Industrial). Em suma, é preciso que haja um equilíbrio entre os direitos do inventor e os direitos da sociedade, que deve ter garantido o acesso à tecnologia e à informação, principalmente aquela ligada a relevantes interesses coletivos, como a saúde.

Quanto aos direitos autorais, a dificuldade em se reconhecer sua função social é maior, em função da própria natureza desse direito na tradição do *droit d'auteur* francês e também reforçado pela omissão do texto constitucional, que ao disciplinar a matéria em seu art. 5º, XXVII, já citado, não explicitou sua limitação inata de atender ao interesse social. Esta omissão talvez tenha conduzido alguns juristas e interpretarem esse direito como quase absoluto, limitado apenas pelos contornos traçados nos artigos 7º e 8º da LDA e pelas exceções previstas exhaustivamente nos artigos 46, 47 e 48 da mesma lei, que devem ser interpretados restritivamente de modo a não se permitir novas exceções ou a ampliação das limitações estabelecidas.

Vários juristas insistem em ver os limites estabelecidos pelos artigos 46, 47 e 48 da lei 9.610 como exceções legais. Em sentido contrário, afirma José de Oliveira Ascensão que “a LDA não estabelece (...) que o direito autoral só tem as exceções expressas na lei; nem qualifica genericamente os limites como exceções” (ASCENSÃO, 2006, p.90). Não se deveria, portanto, interpretar essas limitações como uma enumeração taxativa, o que permitiria o uso da analogia. Tal interpretação, contudo, é bastante contestável, pois se é regra a proteção ao direito de autor, qualquer limitação ao mesmo deveria ser tido como exceção, e assim interpretado. Entretanto, entendemos que a discussão é cabível, pois no direito as regras delimitam-se uma às outras sem que necessariamente sejam tidas por excepcionais, sobretudo porque a própria regra da proteção autoral pode ser tida como uma restrição especial à liberdade de expressão (se entendemos que se tem a liberdade de expressar não apenas idéias, ou o conteúdo do que já foi dito, mas também a expressão, ou a forma como algo foi dito), e isso não impede que o art. 7º da LDA, que enumera as obras

protegidas, possa ser interpretado de forma exemplificativa. Além disso, é importante ter em mente que o direito autoral como um todo é um ramo especial do direito e submete-se aos princípios gerais do mesmo.

Alguns juristas chegam a ver no direito autoral um direito que não deve sofrer qualquer restrição do Estado, dando continuidade ao discurso de absolutização do direito de autor feito por Diderot, para quem somente os tiranos ousariam espoliar os autores de seus bens espirituais. Neste sentido, afirma Elisângela Dias Menezes:

A propriedade privada deve ser respeitada pelos particulares e também pelo Estado. Está sob domínio absoluto de seu titular e só poderá sofrer interferência estatal sob o amparo na lei. Assim, ao Estado só será lícito intervir na propriedade que não esteja cumprindo seu papel social. Nesse sentido, a obra autoral não é passível de intervenção do Estado, vez que, enquanto propriedade especial, já carrega função social em si mesma. (MENEZES, 2007, p.82).

Mas o que significa dizer que a obra autoral já carrega função social em si mesma? Acredita-se, erroneamente, que a função social do direito de autor se encerra com a mera proteção do direito individual do criador. Ora, garantir direito aos autores não é um fim em si mesmo, mas antes um instrumento a serviço do estímulo à produção e difusão do conhecimento em benefício da coletividade. São entendimentos como esse que tornam o direito do autor absoluto, ou “quase” absoluto.

Voltando ao ponto abordado no início do texto, é curioso verificar como, ao contrário do que ocorreu com o direito à propriedade em geral, não se vê no direito autoral nenhuma limitação interna ao direito mesmo, e apenas admite-se certas exceções a serem interpretadas restritivamente. Ocorre uma curiosa “generalização dos limites dos limites” segundo Ascensão (2006, p.93), fazendo-se com que os limites outrora amplos previstos nos principais instrumentos internacionais tornem-se *numerus clausus*, como ocorreu na Europa após a Diretriz 01/29, sobre alguns aspectos do direito de autor e direitos conexos na sociedade da informação. A tendência de absolutização da proteção autoral é visível também no curioso fato de que os documentos internacionais, apesar de acentuarem geralmente a necessidade de equilibrar a proteção dos autores com o acesso à cultura e ao conhecimento, tratam as regras protetivas dos autores como injuntivas (das quais os Estados não podem se afastar) enquanto as regras que estabelecem limites são facultativas

(o que permite que muitas legislações levem ainda mais adiante a proteção autoral, como faz o Brasil).

Convém ressaltar ainda que mesmo os limites previstos expressamente em lei são hoje novamente limitados. Como ressalta Lessig (2004) e também Lemos (2005), cada vez mais os direitos autorais são regulados e limitados pelo código ou arquitetura dos meios digitais, que impede, por exemplo, que um DVD adquirido na Europa seja executado no Brasil, ou ainda que um *e-book* seja lido quantas vezes se quiser ou copiado em pequenos trechos para fim de citação. Nestes casos, a legislação brasileira permitiria esses usos, cabíveis nas limitações ao direito autoral. Ou seja, consegue-se tecnicamente tornar ineficazes as poucas exceções previstas em lei ao exercício do direito de autor.

A situação torna-se ainda mais problemática à medida que se criminaliza qualquer tentativa de violar mecanismos técnicos de proteção à propriedade intelectual. Assim ocorreu em 1998 nos Estados Unidos com o DMCA (*Digital Millenium Copyright Act*) e na Europa com a Diretriz 01/29. O Brasil, no art. 107 da LDA, já previa sanções civis a quem violasse tais dispositivos técnicos, e a questão é atualmente discutida no PL 84/1999 (PLC 89/2003), conhecido como “lei Azeredo”. Este projeto altera vários artigos do Código Penal e prevê no art. 285-A pena de até três anos a quem “acessar, mediante violação de segurança, rede de computadores, dispositivo de comunicação ou sistema informatizado, protegidos por expressa restrição de acesso” (BRASIL, 2003). Assim, aquele que desbloquear um DVD para assisti-lo em casa, ou o deficiente visual que “quebrar” o sistema de proteção do *e-book* para permitir que o mesmo seja lido por um programa de reconhecimento e sintetização de voz, estará cometendo um crime, ainda que o uso visado caiba dentro das ditas exceções ao direito do autor. Em suma, os obstáculos técnicos associados à crescente criminalização do ramo autoral conduzem a uma situação de acirramento ainda maior da proteção, que não respeita sequer as exceções previstas em lei e ganha uma dimensão ainda mais absoluta.

Entendemos que há vários limites constitutivos ao direito autoral. Ao se dizer “constitutivos”, quer-se com isso dizer que são limites inerentes, inatos ao direito mesmo do autor e que não configuram uma simples exceção. A função social não limita externamente o direito à propriedade, como uma exceção ao mesmo, mas o conforma

internamente. Ou seja, só há direito à propriedade se ela cumpre sua função social. Da mesma forma, só há direito de autor se o mesmo cumpre sua função social, o que não se resume às limitações previstas expressamente na LDA. Ou seja, não devemos confundir o cumprimento da função social do direito de autor com a simples aplicação das limitações e exceções ditadas em lei. Concordamos, neste ponto, com Guilherme Carboni, que defende “uma regulamentação mais abrangente da função social do direito de autor, de forma a abarcar não apenas as limitações previstas em lei, mas também outras limitações relativas à estrutura do direito de autor (...), bem como as que dizem respeito ao seu exercício” (CARBONI, 2006, p.97). Entendendo que “a previsão *numerus clausus* dessas limitações contraria a função social do direito de autor” (CARBONI, 2006, p.237), Carboni defende então que se abandone essa ambição exaustiva por um conjunto de princípios gerais (próximo ao sistema do *fair use* americano). Só assim os conflitos entre o direito individual do autor e o interesse público poderiam ser adequadamente equacionados.

O direito concedido aos autores encontra igualmente limites em outros direitos garantidos pela Constituição. Por recair sobre obras que têm como objetivo principal a difusão de educação, cultura e ciência, o direito de autor não pode sobrepor sua esfera privada sobre todos esses interesses sociais. Em suma, a defesa acirrada da propriedade dos autores está claramente em tensão com outros direitos fundamentais, como da liberdade de expressão, o direito à educação, à cultura, ao lazer e à igualdade (na medida em que o acesso ao conhecimento é meio de promovê-la), além de estabelecer conflitos com outros ramos do direito, como o direito da concorrência, da informação e do consumidor. À medida que o direito de autor vai se tornando quase absoluto, esses conflitos extrínsecos, impostos pela coexistência com outros ramos do direito, tornam-se mais visíveis e suscitam diversos problemas:

A exacerbação da apropriação privada da informação pelo direito de autor, sem uma ampliação de seus limites e sem o direcionamento desse direito ao atendimento da sua função social, pode levar a uma redução das experiências culturais, tornando os recursos culturais artificialmente escassos. (CARBONI, 2006, p.85).

Entendemos ainda que a restrição que a LDA de 1998 estabelece quanto à cópia para uso particular e sem intuito de lucro a apenas “pequenos trechos”, o que não era previsto na lei anterior (5.988/73) e vai além do estabelecido nos Tratados Internacionais (que permitem a cópia de obras para fins educacionais, didáticos e culturais), configura uma restrição exagerada que conflita com outros valores constitucionalmente consagrados e com vários documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário. Uma interpretação sistemática do direito brasileiro permitiria chegar à conclusão de que não se pode restringir exageradamente o acesso à cultura, à educação e ao lazer por conta do viés privatista do direito autoral, além é claro de se reconhecer que o abuso do direito e a limitação pela função social configuram internamente o direito de autor.

A Constituição Federal contempla uma variada gama de direitos e garantias fundamentais que concorrem em mesmo grau de hierarquia e exigem do jurista um complexo juízo de adequabilidade e ponderação que não permite a atrofia privatista que se tenta levar adiante no ramo autoral. Além de consagrar a função social da propriedade no inciso XXXIII, o art. 5º acolhe a liberdade de pensamento, de expressão e de informação. No art. 6º, trata a Constituição dos direitos sociais à educação, no art. 206, II, aborda a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, no art. 208, V, vemos o dever do Estado de assegurar o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, o art. 214 trata da universalização da educação e da promoção humanística, científica e tecnológica, além de nos artigos 215 e 216 se abordar os direitos culturais e assegurar, como interesse coletivo, o acesso às fontes da cultura nacional, como as criações artísticas e tecnológicas e outras formas de expressão.

Também vários documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário sustentam a idéia de uma limitação mais ampla ao direito de autor. O art. 27 da Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU de 1948 prescreve o direito de toda pessoa “participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do processo científico e de seus benefícios”. O art. 15 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, confirma essa vinculação intrínseca do direito de autor com a promoção, a difusão e o acesso ao conhecimento ao estipular o direito de toda pessoa “participar na vida cultural e gozar dos benefícios do progresso científico e das suas

aplicações”, devendo os Estados-Signatários adotar medidas “necessárias para a conservação, desenvolvimento e divulgação da ciência e da cultura”. A Declaração de Princípios da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação, de 2003, declara em seu art. 42 a importância conjunta da proteção da propriedade intelectual e da “ampla disseminação, difusão e compartilhamento do conhecimento para estimular a inovação e a criatividade”. Na mesma linha, o acordo TRIPS de 1994 estabelece em seu art. 7º que “a proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão da tecnologia”, em benefício também dos usuários e conducente ao bem-estar social econômico.

Dispositivos constitucionais e documentos internacionais como esses, claramente voltados para direitos sociais, estabelecem uma tensão com a visão privatista e subjetivista do direito de autor. Em nossa dita Constituição Cidadã, essa tensão mostra bem como a passagem do Estado Liberal ao Estado Social está ainda mal resolvida. Aliás, para além dos direitos sociais, o que está em jogo na questão autoral, sobretudo após o meio digital e a rede mundial de computadores, são direitos considerados de quinta geração, relacionados ao acesso à informação, o que torna os conflitos e anacronismos do nosso direito ainda mais visíveis e problemáticos, como bem ressalta Marcos Wachowicz:

Na sociedade da Informação, torna-se muito mais explícita uma nova concepção da quinta geração das garantias fundamentais, abrangendo não apenas os direitos civis e políticos como também os direitos sociais, culturais e de informação. A função dos direitos fundamentais de informação não é egocêntrica, no sentido de que, para garantir o direito de informação de uns, tenha de se tolher o de outros. Mas é, antes de tudo, a de integrar o homem no processo civilizatório, a fim de evitar sua exclusão numa sociedade altamente informatizada. (WACHOWICZ, 2002, p.49).

Em suma, defendemos que é preciso conciliar e equilibrar esses diferentes princípios que inspiram a regulação da difusão da cultura e do conhecimento, sem que se permita a atrofia do direito autoral a um simples direito absoluto do autor à propriedade sobre suas obras, ignorando todas as implicações socialmente nefastas de tal apropriação. Afinal, estamos falando de arte, saber, cultura e ciência, e não de simples mercadorias. O exercício abusivo do direito de autor constitui um claro desvirtuamento de sua finalidade

social e não se coaduna com vários princípios consagrados em nossa ordem jurídica. É forçoso admitir que a atual legislação de direito autoral não contém dispositivos que permitam um equilíbrio adequado dos interesses em questão, e também é preciso ter em vista a imprecisão e as tensões presentes no texto constitucional. Sendo assim, na espera de uma alteração legislativa, é urgente uma interpretação mais sistemática e menos privatista do direito de autor, sob pena de se ferir os mais caros e basilares princípios de uma sociedade que se pretende igualitária, democrática, inclusiva e comprometida com o interesse social.

#### 4. CONCLUSÃO

Esperamos ter conseguido mostrar que a origem mesma do moderno direito dos autores assenta-se sobre uma complexa e incoerente construção, que transitou entre uma defesa absoluta do direito natural dos autores à propriedade sobre as obras e o entendimento de que a finalidade a ser buscada estava na difusão da cultura e do conhecimento, à qual deveriam subordinar-se os interesses privados dos autores e editores. Embora apresentem importantes diferenças históricas, as tradições do *copyright* e do *droit d'auteur* sofrem, desde o final do século XIX, um processo similar de absolutização e de preponderância do aspecto individualista sobre o interesse social. Isso fica claro com a extensão cada vez maior do prazo protetivo e a conseqüente restrição ao domínio público. Como argumentamos ao longo do texto, este processo contrasta com o movimento ocorrido no direito à propriedade em geral, que se submeteu cada vez mais aos interesses sociais e aos limites impostos pelo dever de cumprimento da função social e de proibição de abuso do direito. Entendemos que o acirramento do discurso autoral individualista vai na contramão de várias conquistas do século XX e fere importantes princípios consagrados, referentes ao direito à educação, cultura e ciência, ou ainda aos direitos da concorrência, da informação e do consumidor.

Enfim, criticamos o caráter desproporcional que a defesa dos autores vem adquirindo. Esta desproporção serve claramente aos interesses da indústria cultural, ocasionando novas formas de exclusão social e cultural e afetando a liberdade de expressão e o direito ao acesso à informação e ao conhecimento. Talvez devêssemos, para além de simplesmente tentar recuperar um certo equilíbrio que marcou a criação desse instituto jurídico no século XVIII, revê-lo de maneira mais radical, o que acarretaria grandes lutas políticas e alterações legais. Ao defender a função social do direito autoral, o que se fez neste trabalho foi apenas, partindo do quadro constitucional e legal estabelecido, tentar reduzir alguns obstáculos à criação e circulação dos bens culturais e minimizar alguns efeitos negativos gerados pela excessiva proteção dos dias atuais.

### **Abstract**

The text deals with the social function of copyright, and criticizes the continual extension of this right. The text analyses the historical roots of this process, arguing in defense of an interpretation that subordinate the copyright to social interests, as an instrument of cultural affairs. The abusive use of copyright is an evident distort of its social finality and conflicts with many principles and norms of our law.

**Keywords:** Social function. Abuse of rights. Copyright. Intellectual property.

### **REFERÊNCIAS**

ACORDO SOBRE ASPECTOS DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL RELACIONADOS AO COMÉRCIO (ACORDO TRIPS OU ACORDO ADPIC) (1994). Disponível em: <[http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/02/ac\\_trips.pdf](http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/02/ac_trips.pdf)>. Acesso em: 20 jun. 2010.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A função social do direito autoral e as limitações legais. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos. **Direito da propriedade intelectual**: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2006. p. 85-111.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BRASIL. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9610.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2010.

BRASIL. Código civil (2002). **Código civil**. 56ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. **Substitutivo do Senado ao Projeto de Lei da Câmara nº 89, de 2003** (PL nº 84, de 1999, na Casa de origem). Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/4901403/PLC-89-de-2003-EMS-84-de-1999-na-Camara-dos-Deputados-5->>. Acesso em: 20 jun. 2010.

CARBONI, Guilherme. **Função Social do Direito de Autor**. Curitiba: Juruá, 2006.

CONDORCET, Jean-Antoine-Nicolas de Caritat, marquis de. Fragments sur la liberte de la presse. In: **Oeuvres de Condorcet**. Tome 11. Paris: Firmin Didot Frères, 1847, p.253-314.

DECLARAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA CÚPULA MUNDIAL SOBRE A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO (2003). Disponível em: <<http://www.nupez.org.br/downloads/cupulamndialparte1.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2010.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS (1948). Disponível em: <[http://www.onu-brasil.org.br/documentos\\_direitoshumanos.php](http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php)>. Acesso em: 20 jun. 2010.

DIDEROT, Denis. **Carta sobre o comércio do livro**. Tradução de Bruno Feitler. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2002.

ENGLAND. **The Statute of Anne, 1710**. Disponível em: <<http://www.copyrighthistory.com/anne.html>>. Acesso em: 20 jun. 2010.

HESSE, Carla. **Publishing and Cultural Politics in Revolutionary Paris, 1789-1810**. Berkeley: University of California Press, 1991. Disponível em: <<http://www.escholarship.org/editions/>>. Acesso em: 20 jun. 2010.

LEMONS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura**. Rio de Janeiro: Ed FGV, 2005. Disponível em: <<http://www.overmundo.com.br/banco/livro-direito-tecnologia-e-cultural-ronaldo-lemos>>. Acesso em: 20 jun. 2010.

LESSIG, Lawrence. **Free culture**. Penguin, 2004. Disponível em: <<http://www.free-culture.cc/>>. Acesso em: 20 jun. 2010.

MENEZES, Elisângela Dias. **Curso de direito autoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS (1966). Disponível em: <[http://www.aids.gov.br/legislacao/vol1\\_3.htm](http://www.aids.gov.br/legislacao/vol1_3.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2010.

PATTERSON, Lyman Ray. **Copyright in historical perspective**. Nashville: Vanderbilt Univ. Press, 1968.

ROSE, Mark. **Authors and owners: the invention of copyright**. Harvard University Press, 1993.

USA. **The United States Constitution** (1787). Disponível em: <<http://www.house.gov/house/Constitution/Constitution.html>>. Acesso em: 20 jun. 2010.

WACHOWICZ, Marcos. Os direitos da informação na Declaração Universal dos Direitos Humanos. In: WACHOWICZ, Marcos (coord.). **Propriedade intelectual e internet: uma perspectiva integrada à sociedade da informação**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 37-49.