

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
NÍVEL MESTRADO**

**MAURÍCIO BRUM ESTEVES**

**POR UMA JUSTIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE AUTOR:  
da hermenêutica aos direitos fundamentais**

**São Leopoldo  
2018**

MAURÍCIO BRUM ESTEVES

**POR UMA JUSTIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE AUTOR:  
da hermenêutica aos direitos fundamentais**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. Vicente de Paulo Barreto

Coorientadora: Profa. Dra. Liz Beatriz Sass

São Leopoldo

2018

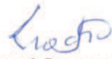
## Ficha catalográfica

E79p Esteves, Maurício Brum  
Por uma justificação constitucional do direito de autor:  
da hermenêutica aos direitos fundamentais / Maurício  
Brum Esteves -- 2018.  
230 f. ; 30cm.  
Dissertação (Mestrado em Direito) -- Universidade do  
Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em  
Direito, São Leopoldo, RS, 2018.  
Orientador: Prof. Dr. Vicente de Paulo Barreto.  
Coorientadora: Profa. Dra. Liz Beatriz Sass.  
1. Direito autoral. 2. Hermenêutica. 3. Direito  
Fundamental Social. I. Título. II. Barreto, Vicente de Paulo. II.  
Sass, Liz Beatriz  
CDU 347.78

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: "POR UMA JUSTIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE AUTOR: da hermenêutica aos direitos fundamentais" elaborada pelo mestrando **Maurício Brum Esteves**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 09 de maio de 2018.



Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

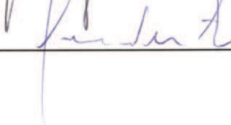
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Vicente de Paulo Barretto  \_\_\_\_\_

Membro: Dra. Liz Beatriz Sass *(Participação por Webconferência)* \_\_\_\_\_

Membro: Dra. Kelly Lissandra Bruch  \_\_\_\_\_

Membro: Dr. Gerson Neves Pinto  \_\_\_\_\_

Aos meus amados pais, Celso e Maria Cristina Esteves,  
incansáveis anjos de minha vida, cujo amor extravasa  
toda e qualquer medida; sempre para eles.

À minha musa, Daniella Ferst, que já nos tenros e  
derradeiros momentos da graduação surgiu em minha  
vida para trazer sensibilidade e beleza à dureza da  
ciência, e, desde então, tem sido minha mais nobre e pura  
fonte de inspiração.

Ao amigo e Mestre, Ricardo Aronne (*In memoriam*), quem  
me despertou para a pesquisa e revolucionou minha  
forma de pensar o Direito e a vida.

## AGRADECIMENTOS

Começo os agradecimentos com uma confissão: sempre subestimei a importância desta parte pré-textual do trabalho. No estopim de minha ingenuidade, acreditava ser impossível que todas aquelas dezenas de pessoas usualmente mencionadas nos agradecimentos de trabalhos desta natureza pudessem, de fato, ter tido alguma importância ou participação na realização do trabalho. Hoje, percebo quão enganado estava.

Ao longo dos últimos dois anos, inúmeras pessoas tiveram importância fulcral para a realização desta pesquisa; vezes com apenas meia dúzia de palavras, vezes com ostensivo suporte. Todos, conquanto, marcaram de forma significativa essa trajetória, e merecem os meus mais elevados agradecimentos.

De maneira especial: ao Promotor de Justiça e Me. Professor, mas, principalmente, padrinho e amigo, **Dr. Heriberto Ross Maciel**, pelo suporte e incentivo para que trilhasse esse caminho, e por todos os ensinamentos e oportunidades de diálogo;

À Professora **Dra. Têmis Limberger**, quem primeiro recebeu-me na Universidade do Vale do Rio dos Sinos e, de forma cordial e solícita, apresentou-me a instituição e o Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD);

Ao brilhante Professor **Dr. Bruno Silveira Rigon**, amigo de longa data, que no momento mais tenso desta caminhada, ainda na fase do projeto, recebeu-me em sua residência, em pleno domingo, e me ajudou a colocar toda aquela explosão inicial de ideias nos trilhos;

À Professora **Dra. Alina Celi**, por introduzir-me a um novo horizonte de possibilidades de pesquisa na propriedade intelectual, e, principalmente, por todos os ensinamentos e oportunidade de diálogo;

Ao economista e amigo **Dr. Lucas Tesser**, por todos os ensinamentos e ostensivo suporte para o desenvolvimento de parte significativa desta pesquisa;

Ao colega e amigo **Rafael Dalla Barba**, pela parceria em inúmeros momentos desta caminhada, e, principalmente, pelo olhar sempre crítico sobre diversos pontos desta pesquisa, que certamente causaram momentos de muita aflição, mas, também, proporcionaram o melhor desenvolvimento do trabalho;

Aos colegas do **Silveiro Advogados**, especialmente aos meus sócios e parceiros **Rodrigo Azevedo** e **Leonardo Moura**, a quem nutro enorme admiração e

devo todos os conhecimentos que tenho sobre propriedade intelectual e direito autoral, inclusive porque foram meus professores, em um passado não muito distante, e, hoje, tenho a honra de ladeá-los no dia a dia profissional;

À talentosa e indescritível colega e amiga **Cíntia Bell de Oliveira**, cujo suporte - profissional e acadêmico - foi visceral para que esta pesquisa tenha se tornado possível;

À Professora Dra. **Kelly Bruch**, a quem nutro enorme admiração, notadamente pela rara habilidade e sensibilidade de, nos momentos mais periclitantes e nebulosos de uma pesquisa, em poucas e delicadas palavras conseguir nutrir, com paz e clareza, o coração e a mente de todo o pesquisador que a ela busca socorro;

Aos colegas do **Grupo Interdisciplinar de Pesquisa em Propriedade Intelectual - GIPPI**, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, por todas as oportunidades de diálogo e reflexão;

Ao Professor Dr. **Victor Drummond**, por todos os ensinamentos e oportunidade de diálogo, tanto presencialmente, quanto através dos seus textos, que tiveram influência significativa nesta pesquisa;

Ao Professor Dr. **Vicente de Paulo Barreto**, por ter aceitado o desafio de orientar um trabalho versando sobre direitos de autor, por todos os ensinamentos, e oportunidade de diálogo e reflexão.

À brilhante e talentosa Professora Dra. **Liz Beatriz Sass**, querida orientadora, a quem nutro enorme admiração pela contagiante paixão com que conduz seus estudos sobre os direitos autorais, e devo eterna gratidão pelo suporte e orientação que tornaram este trabalho possível;

Ao amor da minha vida, **Daniella Calvano Ferst**, a quem dedico este trabalho, não apenas pela compreensão das minhas ausências, mas por ter permanecido sempre ao meu lado, de forma literal, nutrindo meu corpo e alma com todo seu afeto, amor, companheirismo e atenção;

Aos anjos de minha vida, **Maria Cristina Esteves** e **Celso José Esteves**, que nunca mediram esforços para que eu tivesse à disposição todo o conhecimento deste mundo, e hoje tenho a enorme felicidade de poder dedicar-lhes essa dissertação.

“A idéia que existia sempre era a de que só é racional aquilo que é fundamentado. No século XX, diríamos que só é racional aquilo que é justificado (ideia de justificação)”.<sup>1</sup>  
(Ernilo Stein)

“(…) nada há de novo debaixo do sol!”.<sup>2</sup>  
(BÍBLIA, Eclesiastes, I, 9)

---

<sup>1</sup> STEIN, Ernilo. **Racionalidade e existência**: uma introdução à filosofia. Porto Alegre e São Paulo: L&PM Editores. 1988. p. 64.

<sup>2</sup> BIBLIA, A.T. Eclesiastes. *In* **Bíblia de Jerusalém**. 11º Ed. São Paulo: Paulus. 2016. p. 1070.



## RESUMO

A partir do eixo temático central, direito de autor, a presente pesquisa propõe uma incursão ético-filosófica em sua tradição epistemológica, e o desvelar da crise de suas razões tradicionais, com vistas a averiguar em que medida a perspectiva hermenêutico-filosófica possui condições epistemológicas que sirvam de elemento estruturante para a construção de uma justificação constitucional ao direito de autor, afeta à promoção dos direitos fundamentais sociais, à cultura e à educação. Calcada na base metodológica hermenêutica advinda com virada linguística (*linguistic turn*), além de modo de abordagem teórico diálogo, as técnicas de pesquisa utilizadas são, essencialmente, revisão bibliográfica, inclusive em direito estrangeiro, pesquisa legislativa, e, subsidiariamente, coleta de jurisprudência e análise de conteúdo de argumentos jurisprudenciais. Ao final, conclui-se que as razões (teorias) tradicionais da propriedade intelectual revelam-se insuficientes para justificar a existência do direito de autor, e que o hiato de uma genuína justificação acaba por alimentar a sensação de crise e descompasso advindas com a Sociedade Informacional, notadamente a Internet e sua nova arquitetura comunicacional. Além disso, que a hermenêutica filosófica, de fato, desvela elementos essenciais que permitem a tessitura de argumento crítico à tradição epistemológica do direito de autor, assim como a pavimentação do trajeto rumo à almejada justificação constitucional, a fim de reposicionar o direito de autor como promotor dos direitos fundamentais sociais, à cultura e à educação; para além da função estéril que tem desempenhado na (e para a) sociedade contemporânea.

**Palavras-chave:** Direito de Autor. Hermenêutica. Direitos Fundamentais Sociais.

## ABSTRACT

From the central thematic axis, copyright, it is proposed an ethic-philosophical incursion in its epistemological tradition, and the unveiling of the crisis of its traditional reasons, with a view to ascertain to what extent the hermeneutic-philosophical perspective possesses epistemological conditions to serve as the structuring element for the construction of a constitutional justification for copyright, affected to the promotion of fundamental social rights, mainly culture and education. Based on the hermeneutical methodological bases that comes with the linguistic turn, in addition to a dialogical theoretical approach, the research techniques used are essentially bibliographical review, including foreign law, legislative research, and, also, collection of jurisprudence and analysis of jurisprudential arguments. In the end, it is concluded that the traditional reasons (theories) of intellectual property are insufficient to justify the existence of copyright, and that the gap of a genuine justification ends up feeding the sense of crisis and mismatch within the Information Society, notably the Internet and its new communication architecture. Furthermore, philosophical hermeneutics, in fact, reveals essential elements that allow a critical argument to the epistemological tradition of copyright, as well as the paving of the path towards the desired constitutional justification, in order to reposition copyright as the promoter of fundamental social rights, mainly culture and education; beyond the sterile role it has played in (and for) contemporary society.

**Key-words:** Copyright. Hermeneutics. Fundamental Social Rights.

## LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Diagrama das quatro forças .....	96
Figura 2 – Ilustração dos usos potenciais de uma obra .....	101
Figura 3 – Ilustração dos usos regulados e não regulados .....	101
Figura 4 – Ilustração dos usos não regulados .....	102
Figura 5 – Ilustração dos usos justos ou limitados .....	104
Figura 6 - Ilustração dos usos regulados na era da Internet .....	104
Figura 7 – Tipos de Licenças <i>Creative Commons</i> .....	138

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>12</b>
<b>2 PERSPECTIVA CRÍTICA DA TRADIÇÃO EPISTEMOLÓGICA DO DIREITO DE AUTOR</b> .....	<b>19</b>
<b>2.1 Por que falar em Direito de Autor?</b> .....	<b>19</b>
<b>2.2 O Direito de Autor no paradigma da Propriedade (Intelectual)</b> .....	<b>30</b>
2.2.1 Justin Hughes e as teorias do trabalho e da personalidade .....	32
2.2.2 Peter Drahos: rumo à perspectiva instrumentalista. ....	38
2.2.3 Willian Fisher e as quatro teorias da Propriedade Intelectual .....	53
2.2.4 Abordagens e justificativas contemporâneas .....	57
<b>2.3 O Direito de Autor a partir da perspectiva econômica</b> .....	<b>59</b>
2.3.1 Market <i>Failure</i> e o paradoxo do Direito de Autor .....	60
2.3.2 O Direito de Autor como Monopólio Legal .....	64
2.3.3 A função regulatória e as interfaces concorrenciais. ....	67
<b>2.4 O Quebra-Cabeça do Direito de Autor: à mingua de uma justificação</b> .....	<b>72</b>
<b>3 FETICHES E DESCOMPASSOS: A CRISE DO DIREITO DE AUTOR COM O ADVENTO DA SOCIEDADE INFORMACIONAL</b> .....	<b>76</b>
<b>3.1 O Direito Autoral e a Sociedade Informacional</b> .....	<b>81</b>
<b>3.2 Revolução e Descompasso</b> .....	<b>90</b>
3.2.1 Internet e a nova Arquitetura Informacional.....	95
3.2.2 A natureza cumulativa e derivativa da criatividade. ....	106
3.2.3 Excedente Cognitivo e a Cultura da Participação .....	120
<b>3.3 Commons e “contracultura” do Direito de Autor em dois exemplos</b> .....	<b>127</b>
3.3.1 Primeiro exemplo: Software Livre. ....	132
3.3.2 Segundo exemplo: <i>Creative Commons</i> .....	136
3.3.3 Novas formas possíveis: rumo à economia híbrida informacional .....	140
<b>3.4 A fetichização do Direito de Autor</b> .....	<b>146</b>
<b>4 PONTES HERMENÊUTICAS PARA O DIREITO DE AUTOR: EM BUSCA DE UMA JUSTIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL</b> .....	<b>150</b>
<b>4.1 O “Déficit Filosófico” do Direito de Autor</b> .....	<b>150</b>
<b>4.2 Pontes hermenêuticas para o Direito de Autor</b> .....	<b>152</b>
4.2.1 A Hermenêutica Filosófica e a Virada Linguística. ....	155
4.2.2 Do “Círculo hermenêutico” ao “Círculo Criativo” .....	165

4.2.3 Elementos da circularidade criativa: a Arte e o “Sujeito-Criador” .....	170
<b>4.3 Prolegômenos para uma justificação constitucional do Direito de Autor .</b>	<b>173</b>
4.3.1 A Constitucionalização (Funcionalização) do Direito (de Autor) .....	183
4.3.2 Direito de Autor e Interesse Público para além do legado neoconstitucional .	193
4.3.3 Hermenêutica, Constituição e Direitos de Autor. ....	197
<b>4.4 Justificando o Direito de Autor a partir dos Direitos Fundamentais .....</b>	<b>202</b>
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>205</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>218</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Trata-se de uma investigação, cujo eixo temático central é o direito de autor. Mais especificamente, propõe-se uma incursão ético-filosófica na tradição epistemológica do direito de autor, e o desvelar da crise de suas razões tradicionais, com vistas à construção de uma justificação constitucional para o direito de autor, afeta à promoção dos direitos fundamentais sociais, à cultura e à educação.

Usualmente, os operadores do direito tendem a diferenciar a tradição autoralista continental, oriunda dos países de tradição legal romano-germânica, comumente atrelada à experiência do direito de autor francês (*droit d'auteur*), da tradição autoralista do *copyright*, oriunda dos países de tradição legal anglo-saxã. A natureza jurídica do direito autoral brasileiro é objeto de extensa divergência doutrinária. Autores como Plínio Cabral,<sup>3</sup> por exemplo, entendem que o direito autoral brasileiro possui natureza mista, importando aspectos de ambas as tradições legais (*droit d'auteur* e *copyright*). Por outro lado, autores como Rodrigo Azevedo<sup>4</sup> sustentam que não se pode confundir ou importar indiscriminadamente os institutos do *copyright* para a realidade brasileira, eis que se estaria tratando de tradições legais distintas.

Ocorre que, dada à natureza eminentemente internacional dos direitos de propriedade intelectual, em geral, e dos direitos de autor, em particular, consoante advertem autores como Cláudio Lins de Vasconcellos,<sup>5</sup> somado aos efeitos da globalização, entende-se que tal dicotomia padece de pouca ou nenhuma relevância, na atualidade. Além disso, é questão incontroversa na doutrina técnica que a primeira lei de direitos de autor da era moderna é o Estatuto da Rainha Ana, do ano de 1710, momento a partir do qual evoluíram todas as demais ordens normativas autoralista da história. Ou seja, se por ventura o transcurso da história segmentou o direito de autor em diversas tradições, a sua base normativa é a mesma - advém da experiência anglo-saxã (*copyright*) -, e os desdobramentos internacionais da matéria somadas à globalização, tornaram sem sentido tal

---

<sup>3</sup> CABRAL, PLÍNIO. **A nova lei de direitos autorais**: comentários. 4 ed. São Paulo: HARBRA, 2003.

<sup>4</sup> AZEVEDO, Rodrigo. Breve análise crítica da teoria da pessoa jurídica como autora no sistema jurídico brasileiro. In ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Coord). **Direito da propriedade intelectual**: Estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2007. p. 361-377.

<sup>5</sup> VASCONCELOS, Cláudio Lins de. **Mídia e propriedade intelectual**: A crônica de um modelo em transformação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

dicotomia, que transparece mais como um antigo *fetiche* da matéria, do que uma realidade científica relevante.

Por isso, muito embora o foco específico desta pesquisa seja o direito de autor brasileiro, entende-se que as críticas aqui operadas serviriam para a abordagem de qualquer tradição autoralista. Inclusive, a hipótese que pauta esta investigação pretende abranger, de forma ampla, todo este caldo epistemológico do direito de autor, já que se parte do pressuposto que as razões (teorias) tradicionais da propriedade intelectual são insuficientes para justificar a existência do direito de autor, e dão azo à sensação de crise e descompasso advinda com a Sociedade Informacional, notadamente a Internet e sua nova arquitetura comunicacional.

Calcada na base metodológica hermenêutica advinda com virada linguística (*linguistic turn*), além de modo de abordagem teórica diálogo, as técnicas de pesquisa utilizadas são, essencialmente, revisão bibliográfica, inclusive em direito estrangeiro,<sup>6</sup> pesquisa legislativa, e, subsidiariamente, coleta de jurisprudência e análise de conteúdo de argumentos jurisprudenciais. Assim, a investigação passa a ser conduzida tendo como problemática motriz averiguar em que medida a perspectiva hermenêutico filosófica, em sua dimensão ética, possui condições epistemológicas que sirvam de elemento estruturante para a construção de uma justificação constitucional ao direito de autor, para além do legado da tradição autoralista; e, como objetivo central, a construção da justificação (constitucional) referida nas primeiras linhas desta introdução, com vistas à promoção dos direitos fundamentais sociais, à cultura e à educação.

Para tanto, no primeiro capítulo, analisar-se-á a tradição epistemológica do direito de autor, notadamente os paradigmas da propriedade e do monopólio legal, desvelando a insuficiência de suas razões (teorias). Neste momento inicial, serão objeto de análise as teorias da propriedade (intelectual), especialmente a partir Justin Hughes, seguido por Peter Drahos e Willian Fisher, assim como da perspectiva econômica do direito de autor, primordialmente a partir do diálogo entre autores como Robert Cooter, Joseph E. Stiglitz e Denis B. Barbosa, mas, também, a partir das perspectivas teóricas de Maria Tereza Leopardi Mello, Willian Lades e Richard Posner.

---

<sup>6</sup> Cumpre referir, que todas as traduções de textos estrangeiros foram realizadas pelo próprio autor.

Na sequência, já no segundo capítulo, objetiva-se desvelar os diversos fetiches e descompassos que a inexistência de uma genuína justificação para o direito de autor promoveu na normatividade autoralista, de maneira especial com o advento da Sociedade Informacional. Nesta parte, almeja-se apontar as características da Sociedade Informacional e as diversas rupturas e descompassos por ela promovidos, assim como as iniciativas adotadas pela sociedade para harmonizar os compromissos não atendidos pelo direito de autor às exigências da Sociedade Informacional.

Por fim, o terceiro e derradeiro capítulo está voltado a buscar, na hermenêutica filosófica, os elementos estruturantes para a construção de uma justificação constitucional para o direito de autor, capaz de suplantar o hiato de uma genuína justificação, assim como atuar como o promotor dos direitos fundamentais sociais, à cultura e à educação. Nesta parte, o enfoque está voltado à (re)construção de bases (filosóficas) que permitam ao direito de autor superar a função estéril e estática que tem desempenhado na (e para) a sociedade, à mingua de uma razão que justifique a proteção, bem como dos diversos fetiches e descompassos que assombram a eficácia de sua normatividade.

Merece ênfase, que a busca pelos elementos que constituem a tradição epistemológica do direito de autor mostra-se crucial, eis que reflete a única forma de se poder atingir, de forma crítica, o epicentro normativo que o nutre, e se reflete na forma como os diversos tratados internacionais, e também as leis nacionais previram, e os tribunais aplicam a matéria.

Conforme é cediço, uma das principais peculiaridades da literatura técnica sobre direitos de autor é abrigar, sobre um determinado assunto, correntes teóricas diametralmente opostas; de um lado, aqueles que defendem um direito de autor mais protetivo e com mais restrições; e, de outro, os que defendem a expansão das limitações e flexibilizações do direito de autor. Este antagonismo pode ser visualizado, por exemplo, nas discussões em torno da “reforma” da lei de direitos autorais brasileira.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> BRASIL. **Lei nº 9.610 de 09 fev. 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 04 jun. de 2017.



Segundo notícia publicada no ano de 2016,<sup>8</sup> a reforma do direito autoral brasileiro voltou à pauta de discussão, no dia 10 de março, quando se reuniu, em Brasília, em audiência pública na Câmara de Deputados, a comissão especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei nº 3968 de 1997, do deputado Serafim Venzon, que “isenta os órgãos públicos e as entidades filantrópicas do pagamento de direitos autorais pelo uso de obras musicais e lítero-musicais em eventos por eles promovidos”.<sup>9</sup> Conjuntamente, a comissão especial também foi incumbida de analisar e proferir parecer a outros 45 (quarenta e cinco)<sup>10</sup> projetos anexados diretamente na árvore de apensamentos do projeto de lei nº 3968/97. Para compor a mesa de debate, além do presidente desta comissão especial, o deputado Sandro Alex (PPS-PR), e de sua relatora, a deputada Renata Abreu (PTN-SP), foram convidados os especialistas na área dos direitos autorais, Allan Rocha e José Carlos Costa Netto.

Apesar das longas décadas que separam a data da apresentação do primeiro projeto de lei em pauta (PL nº 3968/97), ao mais recente<sup>11</sup> (PL nº 3882/2015),<sup>12</sup>

<sup>8</sup> HAJE, Lara. **Especialistas discordam sobre reforma da legislação de direitos autorais.** Agência Câmara Notícias. Brasília, DF. 10 mar. 2016. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/505086-ESPECIALISTAS-DISCORDAM-SOBRE-REFORMA-DA-LEGISLACAO-DE-DIREITOS-AUTORAIS.html>>. Acesso em 21 jan. 2017.

<sup>9</sup> BRASIL. **Projeto de Lei nº 3968 de 09 dez. 1997.** Isenta os órgãos públicos e as entidades filantrópicas do pagamento de direitos autorais pelo uso de obras musicais e lítero-musicais em eventos por eles promovidos. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD14JAN1998.pdf#page=18>>. Acesso em 21 jan. de 2017. p. 672/673.

<sup>10</sup> Conforme dado colhido em 21 de janeiro de 2018, na página de acompanhamento de Projetos da Câmara de Deputados da República Federativa do Brasil, hoje, já existem 47 (quarenta e sete) projetos de lei apensados na árvore de apensamentos do Projeto de Lei nº 3968/1997. BRASIL. **Projeto de Lei nº 3968 de 09 dez. 1997.** Isenta os órgãos públicos e as entidades filantrópicas do pagamento de direitos autorais pelo uso de obras musicais e lítero-musicais em eventos por eles promovidos. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD14JAN1998.pdf#page=18>>. Acesso em 21 jan. de 2017. p. 672/673.

<sup>11</sup> Conforme dado colhido em 21 de janeiro de 2018, na página de acompanhamento de Projetos da Câmara de Deputados da República Federativa do Brasil, atualmente, o projeto de lei (PL) mais recente é o PL nº 8469/2017. BRASIL. **Projeto de Lei nº 8469 de 04 set. 2017.** Altera, a Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1988, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências, para incluir um novo dispositivo isentando as Forças Armadas e as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares do pagamento de direitos autorais, no caso em que especifica. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1594471&filename=PL+8469/2017](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1594471&filename=PL+8469/2017)>. Acesso em 21 jan. de 2018.

<sup>12</sup> Na época da audiência pública referida, o Projeto de Lei mais recente era o PL nº 3882/2015. BRASIL. **Projeto de Lei nº 3882 de 09 dez. 2015.** Acrescenta dispositivo à Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <

aparentemente, nenhuma novidade sobreveio ao término de mais uma audiência pública para discutir os rumos do direito autoral brasileiro, que fosse além do clássico antagonismo existente entre aqueles que, de um lado, defendem uma lei autoral mais protetiva e com mais restrições – papel protagonizado, desta vez, por José Costa Netto -, e àqueles que, do outro lado, defendem a expansão das limitações ao direito autoral – papel protagonizado por Allan Rocha.

Em que pese a inquestionável qualidade de ambos os “representantes”, seja de uma ou outra corrente, o fato é que desde a promulgação na “nova” Lei de direitos autorais,<sup>13</sup> em 1998 – um ano após a apresentação do PL (nº 3968/97) que está centralizando os debates, diga-se de passagem –, pouco se avançou nos debates em prol de uma reforma adequada ao direito autoral brasileiro, para além de uma centena de projetos de lei, esparsos e desconexos, e da constante alimentação do antagonismo: restrição *versus* flexibilização. Aliás, a própria promulgação da atual lei de direitos autorais (Lei nº 9.610/98) – cumpre o registro – foi marcada pelo estopim deste antagonismo, tanto que, após o advento da Constituição Federal em 1988,<sup>14</sup> o Congresso Nacional, auxiliado por especialistas na área, levou longos dez (10) anos para aprovar uma suposta “nova” lei de direitos autorais, que, em sua essência, repete e mantém a base teórica e epistemológica da velha Lei nº 5.899,<sup>15</sup> de 05 de julho de 1973.<sup>16</sup>

Nos últimos anos, infelizmente, as discussões em torno dos direitos autorais, mormente em nível legislativo, têm sido esparsas e desconexas, e com foco em (retro)alimentar esta enfadonha dicotomia. Prova do exposto, é que a maioria maciça dos projetos de lei apensados ao projeto de lei nº 3968/97, inclusive ele próprio, busca criar inúmeras, e um tanto quanto exageradas, isenções e limitações aos direitos autorais, que se fossem aprovadas, em sua totalidade, colocariam em

---

[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1422311&filename=PL+3882/2015](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1422311&filename=PL+3882/2015)>. Acesso em 21 jan. de 2018.

<sup>13</sup> BRASIL. **Lei nº 9.610 de 09 fev. 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 04 jun. de 2017.

<sup>14</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 04 jun. 2017.

<sup>15</sup> BRASIL. **Lei nº 5.988 de 14 dev. 1973**. Regula os direitos autorais e dá outras providências.. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5988.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5988.htm)>. Acesso em 04 jun. de 2017.

<sup>16</sup> ESTEVES, Maurício Brum. **A reforma do direito autoral**. Jornal Estado de Direito. Porto Alegre, RS. 16 mar. 2016. Disponível em <<http://estadodedireito.com.br/a-reforma-do-direito-autoral-o-velho-antagonismo-de-s-empres-restricao-versus-flexibilizacao/>>. Acesso em 21 jan. 2017.

risco, certamente, o exercício adequado dos titulares de direito autoral, no que tange à fiscalização e cobrança. Por outro lado, não se pode deixar de mencionar que a postura pela flexibilização exacerbada certamente é motivada, ao menos parcialmente, pela atuação, igualmente exagerada, em alguns casos, dos próprios titulares de direito autoral no exercício de fiscalização e cobrança de seus direitos.

Ao fim e ao cabo, o antagonismo que assola o avanço do direito autoral denota uma cabal ausência de justificção para a proteçção, o que acaba por barrar o desenvolvimento de uma teoria jurídica autoralista fundada em bases adequadas, inclusive em nível pragmático, para a realidade da sociedade brasileira. Ora, como valorar pretensões antagônicas em um contexto jurídico estéril que apenas atende aos anseios do “mercado”? Apesar da obviedade, frisa-se que não se está aqui aduzindo uma suposta ausência de razões constitucionais – que sustenta e alimenta a formação de todo o sistema jurídico pátrio -, como se o direito autoral fosse imune às influências da Constituição Federal de 1988. A intenção, aqui, é apontar que importantes indagações, cujas respostas deveriam servir de base para a construção normativa de todo o sistema autoralista brasileiro, permanecem renegadas a um segundo plano de importância. Assim, *e.g.*, qual é (deve ser) a genuína razão para justificar a proteçção do direito autoral, e o que se busca proteger?

O direito de autor precisa de respostas, para além do antagonismo que o imobiliza há longos anos. Portanto, a busca pelos elementos estruturantes do direito de autor, em sua feiçção tradicional, mostra-se de suma importância, e a única forma de se poder atingir, de forma crítica, o epicentro normativo da matéria, para poder reerguê-la em novas bases, mais comprometidas com a filosofia, e, acima de tudo, com compromisso concreto na consolidaçção de direitos fundamentais sociais.

A propósito, se a epistemologia jurídica sofreria profundas transformaçções com a virada linguística (*linguistic turn*) e a crítica hermenêutica do direito, o direito de autor não passaria imune a essas transformaçções. Não por outra razão, a problemática central desta pesquisa é voltada a investigar se a perspectiva hermenêutica filosófica possui, de fato, condições epistemológicas que sirvam de elemento para uma (re)construçção filosófica do direito de autor. Mais: em que medida este fundamento hermenêutico filosófico do direito autoral está alinhado com as propostas da Constituição Federal de 1988, que erigiu a dignidade da pessoa humana à condiçção de princípio fundamental, e a educaçção e a cultura à condiçção de direito fundamental social? Tudo isso, destaca-se, para reacender a chama que a

todos anima, de que o direito de autor seja genuíno fator de promoção de direitos fundamentais sociais, notadamente: educação e cultura.

## 2 PERSPECTIVA CRÍTICA DA TRADIÇÃO EPISTEMOLÓGICA DO DIREITO DE AUTOR

### 2.1 Por que falar em Direito de Autor?

Parece haver pouca, quiçá nenhuma, controvérsia na literatura técnica de que a gênese dos direitos de autor está estritamente relacionada com a criação da máquina de tipos móveis, por Gutemberg,<sup>17</sup> no ano de 1450, aproximadamente. Certamente, não foi a experiência de Gutemberg a responsável por criar os direitos de autor, propriamente ditos, mas, sem dúvida, acabou por gestar, mesmo que de forma inconsciente, a problemática que acabou ocupando o epicentro das discussões sobre a matéria: afinal “o que é o direito autoral?”<sup>18</sup> Qual é a sua justificação e natureza jurídica na (e para a) sociedade?

Cláudio Lins de Vasconcellos, de forma precisa e consciente, deduz o senso comum teórico para justificar a proteção por direitos de autor: “as atividades de criação, produção e distribuição de conteúdo intelectual não são gratuitas. Para que atinjam o nível de produtividade desejado pela sociedade, é preciso investir recursos de toda a ordem em sua viabilização econômica”.<sup>19</sup> Por isso, para Vasconcellos, os “direitos de PI constituem a tecnologia jurídica a qual o estado busca remunerar, e

---

<sup>17</sup> “O comércio repousava na compra e venda desses manuscritos. E assim foi até o aparecimento de um invento que mudou a história do pensamento e do conhecimento humanos pela possibilidade de multiplicação dos escritos (...) máquina de imprimir com tipos móveis em 1450, a uma velocidade dezenas de vezes maior que o registro manual, foi o ponto de virada no surgimento desse direito em virtude da infinita capacidade de reprodução de um mesmo texto, pela máquina, dispensando novas interferências dos autores”. ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de autor e direitos conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002. p. 25.

<sup>18</sup> A propósito, Victor G. Drummond: “A questão prévia que se coloca e a seguinte: o questionamento fundamental da ordem da filosofia que deveria ser efetuado pela doutrina autoralista deveria ser: porque o direito de/para o autor? Mas insistentemente se tem perguntado o que é o direito de autor, já com uma noção de interpretação prévia para justificar fundamentos históricos e de razão econômica. A pergunta sobre “o que é o direito de autor” necessariamente obriga a uma compreensão do direito de autor hoje, e já induz a uma relativização evidente e inquestionável, sendo os seus matizes o que deve ser devidamente definido previamente. Por outro lado, o que é o direito de autor já conduz à análise da natureza jurídica, o que afasta a busca do conteúdo filosófico central do direito em análise.” DRUMMOND, Victor Gameiro. **O “déficit filosófico do direito de autor” e os privilégios monopolistas dos sistemas de copyright e de droit d’auteur**. *Conpedi Law Review*, [S.l.], v. 1, n. 14, jun. 2016. p. 58-83. p. 61. Disponível em: <<http://portaltutor.hospedagemdesites.ws/index.php/conpedireview/article/view/185>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

<sup>19</sup> VASCONCELOS, Cláudio Lins de. **Mídia e propriedade intelectual: a crônica de um modelo em transformação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 277

com isso, incentivar pessoas físicas e jurídicas a investir na realização de uma espécie de conhecimento que não surge espontaneamente”.<sup>20</sup>

Sob este viés, bastante corriqueiro na literatura, os direitos de autor são justificados pela sua natureza de “remédio jurídico” (instrumento) utilizado para resolver uma falha de mercado (*Market Failure*)<sup>21</sup> que faz com que bens imateriais (bens públicos,<sup>22</sup> na acepção econômica do termo) tenham alto custo de desenvolvimento, mas custo marginal reduzidos/nulos para sua reprodução, dificultando, assim, a alocação de recursos para investimento em criação/ inovação que assegurem o retorno do investimento inicial. Dito de outra forma, o mercado de bens imateriais – que não goza de escassez natural e são não exclusivos<sup>23</sup> - seria insuficiente, por si só, para a manutenção de um fluxo de investimento e rentabilidade na produção de bens imateriais. Os direitos de autor, destarte, nascem como direitos de exclusiva para responder a estes anseios econômicos primários: garantir o retorno de investimentos.

A concessão de privilégios é a primeira forma encontrada pelas monarquias do século XV para responder aos anseios econômicos das corporações de ofícios

<sup>20</sup> VASCONCELOS, Cláudio Lins de. **Mídia e propriedade intelectual**: a crônica de um modelo em transformação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 277.

<sup>21</sup> A propósito: “Quando os benefícios privados não igualam os benefícios sociais, ou os custos privados não igualam custos sociais, existe uma falha do mercado. O resultado eficiente não é alcançado. Uma falha do mercado é quando os valores sociais e privados diferem, de modo que o mercado seja incapaz de fornecer uma solução eficiente. (...) Por que falha? Porque o mercado, com toda a prestidigitação de sua mão invisível, não consegue assegurar a alocação de recursos para o investimento criativo, nem lhe assegurar o retorno. Assim, torna-se indispensável intervir no mercado.” BARBOSA, Denis Borges. **Uma economia do direito autoral**. [S.l., 2017?]. p. 30. Disponível em <[http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/uma\\_economia\\_direito\\_autoral.pdf](http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/uma_economia_direito_autoral.pdf)> . Acesso em 26 jun. 2016.

<sup>22</sup> A propósito: “Paul Samuelson defined it precisely more than fifty years ago. A public good is a good whose consumption is nonrivalrous. By contrast, private goods can only be consumed by one person. (...) Knowledge, however, is different. I have just shared with you some of the things I know, but sharing this knowledge with you has not taken away from what I know. Thus, knowledge has the quality of nonrivalrous consumption. Another way of putting it is that there is no marginal cost associated with the use of knowledge”. Tradução livre: “Paul Samuelson definiu-o precisamente mais de cinquenta anos atrás. Um bem público é um bem cujo consumo é não-rival. Em contrapartida, bens particulares só podem ser consumidos por uma pessoa. (...) O conhecimento, no entanto, é diferente. Acabei de compartilhar com você algumas das coisas que conheço, mas compartilhar esse conhecimento com você não tirou do que eu conheço. Assim, o conhecimento tem a qualidade do consumo não-rival. Outra maneira de colocar isso é que não há custo marginal associado ao uso do conhecimento”. (Tradução nossa). STIGLITZ, Joseph E. **Economic foundations of intellectual property rights**. [S.l.]: Duke Law Journal, 2008. p. 1693-1724. p. 1700/1701. Disponível em <<http://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol57/iss6/3/>>. Acesso em 04 jun. 2017.

<sup>23</sup> STIGLITZ, Joseph E., **Economic foundations of intellectual property rights**. [S.l.] Duke Law Journal, 2008. p. 1693-1724. p. 1700/1701. Disponível em <<http://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol57/iss6/3/>>. Acesso em 04 jun. 2017.



formadas por copistas de manuscritos e ilustradores (que futuramente adotariam a condição de editores), que começavam a se formar na Renascença. A raiz do direito de autor, portanto, salienta Bruno Hammes, “está nos privilégios concedidos para as diversas obras”.<sup>24</sup> Tais privilégios “se encontram na Itália, desde o final do século XV e na Alemanha, França e Inglaterra desde os inícios do século XVI, concedidos geralmente aos impressores e editores”.<sup>25</sup> Assim, e.g., em 1469, Johann von Speyer obteve o privilégio exclusivo de exercer a arte de impressão durante cinco anos, “por tê-la trazido à Veneza”,<sup>26</sup> e, em 1557,<sup>27</sup> a *Stationer Company*, autorizados como guilda em 1403<sup>28</sup> pelo prefeito de Londres, obteve o privilégio de impressão em todo o Reino Unido.

Certamente, não se cogita que as monarquias renascentistas tenham concedido tais privilégios despidos de interesses próprios. No caso específico da experiência inglesa - adverte Lyman Ray Patterson -, a carta que concedeu autorização de funcionamento à *Stationer Company* estava permeada pela concepção de que o privilégio, além do efeito de incentivo, pudesse tornar-se um eficaz instrumento de censura,<sup>29</sup> notadamente se considerar-se que o trono inglês, à época, estava sendo ocupado por uma rainha católica (Maria I, da casa Tudor), imersa no epicentro do conflito envolvendo a reforma protestante na Inglaterra.

De fato, a atribuição de privilégio no regime monárquico de então, ensina Victor Drummond, “era, pois, forma de controle e instrumento econômico político da coroa”,<sup>30</sup> além de ser altamente benéficas à monarquia e aos *estacionários*:

<sup>24</sup> HAMMES, Bruno Jorge. **Curso de direito autoral**. [S.l.] Ed. da Universidade, UFRGS, 1984. p. 26.

<sup>25</sup> HAMMES, Bruno Jorge. **Curso de direito autoral**. [S.l.] Ed. da Universidade, UFRGS, 1984. p. 26.

<sup>26</sup> HAMMES, Bruno Jorge. **Curso de direito autoral**. [S.l.] Ed. da Universidade, UFRGS, 1984. p. 26.

<sup>27</sup> A propósito: “The Focal point of the history of copyright is the Stationers’ Company, whose records date principally from May 4, 1557, when the company received its charter from Philip and Mary”. Tradução livre: “O ponto focal da história dos direitos de autor é a Companhia de Estacionários, cujos registros datam principalmente de 4 de maio de 1557, quando a empresa recebeu sua carta de Philip e Mary” (Tradução nossa). PATTERSON, Lyman Ray. **Copyright in historical perspective**. Nashville: Vanderbilt University Press, 1968. p. 28.

<sup>28</sup> A propósito: “The unbroken history of stationers goes back to 1403, when the Mayor and Aldermen of London granted a petition by writers of text-letters, illuminators, and bookbinders to form a guild”. Tradução livre: “A história ininterrupta dos estacionários remonta a 1403, quando o prefeito e vereadores de Londres concederam uma petição para escritores de letras de texto, iluminadores e encadernadores para formar uma guilda”. (Tradução nossa) PATTERSON, Lyman Ray. **Copyright in historical perspective**. Nashville: Vanderbilt University Press, 1968. p. 28.

<sup>29</sup> PATTERSON, Lyman Ray. **Copyright in historical perspective**. Nashville: Vanderbilt University Press, 1968. p. 29.

<sup>30</sup> DRUMMOND, Victor Gameiro. **O “déficit filosófico do direito de autor” e os privilégios monopolistas dos sistemas de copyright e de droit d’auteur**. *Conpedi Law Review*, [S.l.], v. 1, n. 14, jun. 2016. p. 58-83. p. 77. Disponível em:

1. Com a impressão promovida pelos empresários, não havia qualquer custo ao Estado para a produção de livros (o que, de fato, também não era visto como obrigação do Estado de então);
2. A exclusividade atribuída aos grupos econômicos, mantinha o Estado sob controle das situações políticas com parte dos empresários;
3. E, por fim, o mais, importante, uma vez que os privilégios eram destinados com a exclusividade para a impressão e comercialização, havia o controle efetivo sobre o conteúdo publicizado pela comercialização, estabelecendo eficaz forma de censura. Este seria, inclusive, um motivo para atribuir a ausência de cobrança de tributos.<sup>31</sup>

Acertadamente, prossegue Victor Drummond, que “dentre estes argumentos, muito possivelmente a censura eficaz e barata seria o mais relevante do ponto de vista da atribuição de privilégios a grupos determinados”.<sup>32</sup> O ânimo de censura (política e religiosa) é patente, visto que mesmo mais de cem anos após a morte de Maria Tudor, a *Stationer Company* ainda teria suas prerrogativas ampliadas “pelo *Licensing Act* de 1662, que entre outras coisas lhe conferiu poder de polícia, inclusive para invadir qualquer residência, de dia ou à noite, caso suspeitasse da presença de livros não licenciados”.<sup>33</sup>

Obviamente, muito embora a censura seja um fato imanente na história do direito de autor, alerta Lyman Ray Patterson,<sup>34</sup> este não foi criado por causa daquele, muito menos a eventual ausência do interesse de censura dos governos teria evitado a criação do direito de autor. Todavia, é inquestionável que a censura

<<http://portaltutor.hospedagemdesites.ws/index.php/conpedireview/article/view/185>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

<sup>31</sup> DRUMMOND, Victor Gameiro. **O “déficit filosófico do direito de autor” e os privilégios monopolistas dos sistemas de copyright e de droit d’auteur.** Conpedi Law Review, [S.l.], v. 1, n. 14, jun. 2016. p. 58-83. p. 78. Disponível em: <<http://portaltutor.hospedagemdesites.ws/index.php/conpedireview/article/view/185>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

<sup>32</sup> DRUMMOND, Victor Gameiro. **O “déficit filosófico do direito de autor” e os privilégios monopolistas dos sistemas de copyright e de droit d’auteur.** Conpedi Law Review, [S.l.], v. 1, n. 14, jun. 2016. p. 58-83. p. 78. Disponível em: <<http://portaltutor.hospedagemdesites.ws/index.php/conpedireview/article/view/185>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

<sup>33</sup> VASCONCELOS, Cláudio Lins de. **Mídia e propriedade intelectual: a crônica de um modelo em transformação.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 34.

<sup>34</sup> A propósito: “Copyright was not created because of censorship, nor would the absence of censorship have prevented its creation, but censorship did aid private persons, publishers and printers, in developing copyright in their own interest with no interference from the courts and little from the government”. Tradução livre: “O Direito Autoral não foi criado por causa da censura, nem a ausência de censura impediu sua criação, mas a censura ajudou pessoas particulares, editores e impressoras, a desenvolverem direitos de autor em seus próprios interesses, sem interferência dos tribunais e pouco do governo”. (Tradução nossa) PATTERSON, Lyman Ray. **Copyright in historical perspective.** Nashville: Vanderbilt University Press, 1968. p. 21.



acabou militando ao lado dos editores e impressoras a desenvolverem direitos de autor afetos aos seus próprios interesses, sem qualquer interferência. Por esta razão, a concessão de privilégios aos editores, impressores e livreiros - que, ao fim e ao cabo foram os primeiros “titulares” de direito de autor -, é visto, para muitos autores, como o “pecado original” do instituto jurídico do direito de autor.<sup>35</sup>

O surgimento histórico desses privilégios é, inegavelmente, o precursor histórico sobre o qual o direito de autor iria construir suas bases, mormente se considerarmos que, para combatê-los, a concepção de propriedade privada, advinda com a ascensão do Estado Liberal Burguês, passaria a constituir fator imanente na justificação da proteção autoral. Importante destacar, que o direito de propriedade “ao ser atribuído aos cidadãos constituía uma forma de impedir o retorno dos privilégios, o que, ao fim e ao cabo, poderia significar o retorno da monarquia, que durante muito tempo foi um receio histórico e existencial”.<sup>36</sup> Por isso, “simbolicamente, em conjunto com outros elementos (tripartição de poderes, abolição de privilégios, etc.), a propriedade privada afastava o retorno da monarquia”.<sup>37</sup>

Em termos práticos, entretanto, pouca mudança se denota com a alteração do paradigma da concessão de privilégio para o da propriedade. No cenário jurídico-político inglês, *e.g.*, a *Stationer Company* permaneceu exercendo suas atividades em caráter monopolístico, e com o aval do governo. Só que, com o advento do novo paradigma, para além de um singelo privilégio, os *estacionários* passaram a estar acobertados, também, pela miragem de um suposto direito natural à propriedade (autoral), que passou a ganhar espaço ideológico no cenário jurídico-político europeu, notadamente através das ideias de pensadores iluministas, como John

---

<sup>35</sup> VASCONCELOS, Cláudio Lins de. **Mídia e propriedade intelectual**: a crônica de um modelo em transformação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 29.

<sup>36</sup> DRUMMOND, Victor Gameiro. **O “déficit filosófico do direito de autor” e os privilégios monopolistas dos sistemas de copyright e de droit d’auteur**. *Conpedi Law Review*, [S.I.], v. 1, n. 14, jun. 2016. p. 58-83. p. 64/65. Disponível em: <<http://portaltutor.hospedagemdesites.ws/index.php/conpedireview/article/view/185>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

<sup>37</sup> DRUMMOND, Victor Gameiro. **O “déficit filosófico do direito de autor” e os privilégios monopolistas dos sistemas de copyright e de droit d’auteur**. *Conpedi Law Review*, [S.I.], v. 1, n. 14, jun. 2016. p. 58-83. p. 64/65. Disponível em: <<http://portaltutor.hospedagemdesites.ws/index.php/conpedireview/article/view/185>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

Locke,<sup>38</sup> e encontrou terreno fértil para se materializar nos precedentes da *common law* inglesa, como no paradigmático caso *Millar v. Taylor* (1769),<sup>39</sup> e.g.

Oportuno salientar, que o novo paradigma (da propriedade) foi recebido com tanta euforia na modernidade europeia, que mesmo na França pós-Revolução, cujo *Droit D'auteur* é tido como a gênese dos direitos morais do autor, a noção de propriedade ocupou posição de enorme destaque na fundamentação do direito de autor, “o que se percebe pela ‘mantrificação’ de ideias, como o brado de Chapelier que propõe a ‘sacralização’ da propriedade literária e artística, definindo-a como a propriedade mais sagrada, mais legítima, mais pessoal de todas as propriedades”.<sup>40</sup> Entretanto, mesmo que de forma incipiente, a Inglaterra pré-Revolução Burguesa foi o primeiro país a instituir uma lei de direitos de autor que fosse de encontro aos poderes monopolísticos que dominavam o mercado editorial inglês, à época. Trata-se do Estatuto da Rainha Ana,<sup>41</sup> que devolveu aos autores,<sup>42</sup> em 1710, o direito de

<sup>38</sup> LOCKE, John. **The second treatise of government**. New York: The Liberal Arts Press. 1952.

<sup>39</sup> A propósito: “The 1769 case of *Millar v. Taylor* raised two questions. Did authors have at common law a right of copy? If so, had this common law right been taken away by the Act of Anne? The plaintiff *Millar* in this case was the registered proprietor of the poem ‘The Seasons’. *Taylor*, without *Millar*’s permission, had copies made of the poem so that he could sell them. The period of protection granted by the Act of Anne had expired. *Millar*’s only hope of succeeding was to establish the existence of a common law copyright which remained unaffected by the statute. He succeeded in doing so. Three out of four judges decided the case in *Millar*’s favour.” Tradução livre: “O caso 1769 de *Millar v. Taylor* levantou duas perguntas. Os autores têm na common law um direito de cópia? Em caso afirmativo, esse direito foi abolido pelo Estatuto da Rainha Ana? O demandante *Millar*, neste caso, era o titular registrado do poema “The Seasons”. *Taylor*, sem a permissão de *Millar*, tinha cópias do poema para poder vendê-las. O período de proteção concedido pelo Estatuto da Rainha Ana tinha expirado. A única esperança de *Millar* de suceder era estabelecer a existência de um copyright do common law que não fosse afetado pelo Estatuto. Ele conseguiu fazê-lo. Três dos quatro juízes decidiram o caso em favor de *Millar*”. (Tradução nossa). DRAHOS, Peter. **A philosophy of intellectual property**. Austrália: Australian National University Press. ANU eText edition, 2016. p. 32. Disponível em: <<http://press.anu.edu.au/node/1902>>. Acesso em 19 mar. 2017.

<sup>40</sup> DRUMMOND, Victor Gameiro. **Em busca do “juiz plagiador”**: contribuições para a teoria da decisão baseada na hermenêutica jurídica sob o olhar do direito de autor. Florianópolis: Empório do Direito. 2017. p. 66.

<sup>41</sup> A propósito, *vide*: “This law was the celebrated Statue of Anne (8 Anne c. 19, 1710), the first statue of all time specifically to recognize the rights of authors and the foundation of all subsequent legislation on the subject of copyright both here abroad”. Tradução livre: “Esta lei foi o celebrado Estatuto da Rainha Ana (8 Anne c. 19, 1710), a primeira Lei de todos os tempos especificamente dedicada para reconhecer os direitos dos autores e a fundação de toda a legislação subsequente sobre o direito de autor, tanto aqui quanto no exterior”. (Tradução nossa) GORMAN, Robert A.; GENSBURG Jane C. **Copyright: cases and materials**. 7 ed. [S.l.] Foundation Press, 2006 p. 1. No mesmo sentido, cumpre transcrever o ensinamento de Paul Goldenstein: “After years of failed efforts to extend their censorship, the Stationers shifted their legislative strategy. In place of their own lost profit, they now put the interests of writers and readers at the fore. Beginning in 1706, the Stationers petitioned Parliament that authors would not write new works without the security of an easily enforced property right. Out of three years of intense lobbying came the worlds first copyright act, the Statue of Anne, ‘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’. The Statue dramatically changed the allocation of entitlements among authors, publishers, and

imprimir suas obras por um período limitado de tempo (monopólio temporário), estabelecendo o instituto do *Copyright* - que até hoje é tido como o bastião dos direitos patrimoniais do autor.<sup>43</sup>

---

readers. Severing the enforcement of literary property rights from the Stationers' monopoly, the Statute unleashed a free market, for literature and for ideas." Tradução livre: "Depois de anos de esforços fracassados para estender sua censura, os *Stationers* mudaram sua estratégia legislativa. Em lugar de seu próprio lucro, eles passaram a colocar os interesses dos escritores e leitores em primeiro plano. Começando em 1706, a *Stationers* passa a peticionar ao Parlamento ameaçando que os autores não escreveriam novas obras sem a segurança de um direito de propriedade que lhes assistisse. Após três anos de intenso lobby, surgiu a primeira lei de direitos autorais do mundo, o Estatuto de Rainha Ana, 'Uma Lei para incentivar a Educação, mediante a aquisição das Cópias de Livros Impressos nos Autores ou Compradores de tais Cópias, durante um determinado tempo'. O Estatuto mudou dramaticamente a alocação de direitos entre autores, editores e leitores. Cortando a execução dos direitos de propriedade literária do monopólio dos estacionários, o Estatuto desencadeou um mercado livre para a literatura e para as idéias". (Tradução nossa) GOLDENSTEIN, Paul. **Copyright's hightway: The Law and Lore of Copyright from Gutemberg to the Celestial Jukebox**. New York: Hill and Wang, 1996. p. 43.

<sup>42</sup> Tal qual ocorre até hoje, a necessidade de incorporar a criação em um suporte físico, acabava ocasionando com que os Autores pactuassem a transferência dos seus Direitos de Titularidade em prol dos editores – a fim de serem inseridos no processo industrial de editoração das obras. Atualmente, os "intermediários", como são conhecidos profissionais como os Editores, tem percebido seu mercado atrofiar, com o advento da Internet. Naquela época, entretanto, a única possibilidade de contato entre o Autor de uma obra e o seu público leitor era através de uma Editora.

<sup>43</sup> O Direito de Autor brasileiro possui natureza híbrida. Isso significa que o conteúdo, ou conjunto de prerrogativas do autor, é tratado, na vigente legislação autoral, a Lei 9.610/98, sob duas perspectivas: os direitos morais do autor, afetos aos Direitos de Personalidade, insertos nos artigos 24 a 27, da Lei 9.610/98; e, os direitos patrimoniais do autor, de cunho financeiro e monetário, previstos nos artigos 28 a 45, da Lei 9.610/98. A explicação para esta natureza híbrida na proteção ao direito de autor, que, inclusive, ganhou terreno fértil na atual Constituição Federal, encontra-se na adoção, pelo legislador pátrio, de uma forma mais completa de proteção às prerrogativas do autor, que fossem além da exacerbada visão patrimonialistas dos países anglo-saxônicos, adeptos do sistema copyright, sem, contudo, restringir a proteção legal à faceta moral do autor, como ocorre na escola francesa (*droit d'auteur*), de cunho essencialmente moral. Merece especial destaque, que a teor da Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXVII, a proteção constitucional ao autor limita-se à sua faceta patrimonial. Ou seja, não previu o constituinte a forma híbrida de proteção, que se tratou de um avanço legislativa infraconstitucional, ocorrido dez anos após a promulgação da Constituição Federal. Em outras palavras, o legislador infraconstitucional que laborou a atual e vigente Lei 9.610/98, indo além da previsão Constitucional para a proteção dos direitos de autor, instituiu o sistema híbrido de proteção, onde, em termos práticos, cada segmento de direitos – moral e patrimonial – cumpre funções específicas na proteção aos direitos do autor. Nas palavras de Plínio Cabral, "os direitos de cunho moral se relacionam à defesa da personalidade do criador, consistindo em verdadeiro óbice a qualquer ação de terceiros com respeito à sua criação". Em contrapartida, "os direitos de ordem patrimonial se referem à utilização econômica da obra, representando os meios pelos quais o autor dela pode retirar proventos pecuniários". As prerrogativas morais do autor, que para os efeitos da Lei são inalienáveis e irrenunciáveis, encontram-se detalhadamente previstas no artigo 24, da Lei 9.610/98. Dentre elas, destaca-se o direito de reivindicar a autoria, conservar a obra inédita, bem como modificá-la (antes ou depois de utilizada) e retirá-la de circulação, quando sua circulação ou utilização implicar afronta à reputação e imagem do autor. Já as prerrogativas patrimoniais são aquelas que o criador tem sobre sua obra de, com exclusividade, utilizar, fruir e dispor, dependendo de prévia autorização deste a pretensão de terceiros em exercer quaisquer dos direitos exclusivos do seu titular. Estes direitos estão elencados, na legislação autoral, no artigo 29, podendo-se destacar o direito de reproduzir, editar, adaptar, traduzir, distribuir e utilizar, de forma direta ou indireta, a obra protegida. CABRAL, PLÍNIO. **A nova lei de direitos autorais: comentários**. 4 ed. São Paulo: HARBRA, 2003. p. 50

Obviamente, o “novo” Estatuto (1710) teve impacto fundamental nas atividades econômicas dos livreiros e editores, que há mais de dois séculos estavam habituados ao *modus operandis* monopolista (perpétuo) da *Stationers’ Company*, seja por estarem albergados pela antiga concepção dos privilégios reais, ou pela sua forma travestida moderna – propriedade. Com efeito, o grande significado do advento do Estatuto da Rainha Ana, em 1710 - cuja chancela ocorreu, anos mais tarde, com o julgamento do caso *Donaldson v. Becket* (1774)<sup>44</sup> - foi o de acabar com o *modus operandis* monopolista (perpétuo) da *Stationers’ Company*. No lugar, devolveu-se aos autores o direito de cópia (*copy-right*)<sup>45</sup> sobre suas obras, mas por um período limitado de tempo (monopólio temporário): 21 (vinte e um) anos para obras já existentes, e 14 (quatorze) anos, prorrogáveis por igual período, para obras novas.<sup>46</sup> O intuito de tal limitação temporal: *primeiro*, garantir que livreiros e editores

<sup>44</sup> A propósito: “(...) in the case of *Donaldson v. Beckett*, a slim majority (six to five) decided that the Act of Anne had abolished the common law right. Although this was not the last case in which an opinion was expressed on the matter, it fixed the line of thinking that saw copyright come to be considered as a creature of statute”. Tradução livre: “(...) no caso de *Donaldson versus Beckett*, uma maioria singela (seis a cinco) decidiu que o Estatuto da Rainha Ana tinha abolido o direito natural do Common Law. Embora este não tenha sido o último caso em que uma opinião foi expressa sobre o assunto, ele fixou a linha de pensamento que viu o direito de autor vir a ser considerado como uma criatura de estatuto”. (Tradução nossa) DRAHOS, Peter. **A philosophy of intellectual property**. Austrália: Australian National University Press. ANU eText edition, 2016. p. 32. Disponível em: <<http://press.anu.edu.au/node/1902>>. Acesso em 19 mar. 2017.

<sup>45</sup> Oportuna a advertência de Lawrence Lessig sobre o significado e escopo do termo Direito de Autor (Copyright) nos mais tenros momentos da história deste instituto: “In the last three hundred years, we have come to apply the concept of “copyright” ever more broadly. But in 1710, it wasn’t so much a concept as it was a very particular right. The copyright was born as a very specific set of restrictions: It forbade others from reprinting a book. In 1710, the ‘copy-right’ was a right to use a particular machine to replicate a particular work. It did not go beyond that very narrow right. It did not control any more generally how a work could be used. Today the right includes a large collection of restrictions on the freedom of others: It grants the author the exclusive right to copy, the exclusive right to distribute, the exclusive right to perform, and so on.” Tradução livre: “Nos últimos trezentos anos, passamos a aplicar o conceito de ‘copyright’ cada vez mais amplamente. Mas em 1710, não era tanto um conceito quanto um direito muito particular. O copyright nasceu como um conjunto muito específico de restrições: Proibir outros de reimprimir um livro. Em 1710, o ‘direito de cópia’ era um direito de usar uma máquina particular para replicar um trabalho em particular. Não ultrapassava esse direito muito estreito. Não controlava de forma mais geral como uma obra poderia ser usada. Hoje, o direito inclui uma grande coleção de restrições à liberdade dos outros: concede ao autor o direito exclusivo de copiar, o direito exclusivo de distribuir, o direito exclusivo de executar, e assim por diante”. (Tradução nossa) LESSIG, Lawrence. **Free culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity**. New York, USA: The Penguin Press, 2005. 87.

<sup>46</sup> A propósito: “The Statute of Anne rewarded authors for their creations, but at the same time recognized the public domain by limiting these rights to a specific number of years. For existing works, the Statue provided that ‘authors and their assigns’ should have the sole right of publication for twenty-one years. New books enjoyed a different term of protection. They were given a first term of protection of 14 years for authors and their assign, measured from the date of first publication, plus a second term of 14 years which reverted to the author if he lived to its commencement”. Tradução livre: “O Estatuto da Rainha Ana recompensou os autores por suas criações, mas ao mesmo tempo reconheceu o domínio público, limitando esses direitos a um número específico de anos. Para as obras existentes, o Estatuto previa que ‘os autores e seus

tivessem melhor condição de competição entre si; *segundo*, promover a educação e a cultura.<sup>47</sup> Acerca do segundo propósito, Lawrence Lessig lembra que, em 1774, pela primeira vez na história Anglo-Americana, expirava o monopólio legal (perpétuo) sobre as obras literárias, e entravam em domínio público alguns dos maiores clássicos da literatura inglesa: Shakespeare, Bacon, Milton, Johnson e Bunyan, *e.g.*<sup>48</sup>

As discussões a respeito da natureza jurídica do direito de autor, conquanto, não representa mérito exclusivo dos ingleses. Sequer pode-se dizer que o Estatuto da Rainha Ana, e a jurisprudência que a procedeu, tenha colocado fim à celeuma que se encontra na gênese histórica da matéria - monopólio (temporário) ou propriedade (perpétua) (?). Com efeito, até hoje esta celeuma permanece uma questão controversa. Não por acaso, em sua obra magistral,<sup>49</sup> oriunda de pesquisa doutoral, Sérgio Branco começa com a seguinte e oportuna indagação: “é adequado tratarmos os bens protegidos por direito de autor como objeto de propriedade?”.<sup>50</sup>

Na experiência norte americana, por exemplo, em 1982, Jack Valenti, então presidente da *Motion Picture Association of America*,<sup>51</sup> veio a público defender que

cessionários’ deveriam ter o direito exclusivo de publicação por vinte e um anos. Os novos livros gozavam de um prazo de proteção diferente. Foi-lhes concedido um primeiro termo de proteção de 14 anos para os autores e seus cessionários, medido a partir da data da primeira publicação, mais um segundo mandato de 14 anos que reverteu para o autor se ele viveu até o seu início”. (Tradução nossa). LEAFFER, Marshall A. **Understanding copyright law**. 2 ed. [S.I.]: Matthew Bender, 1995. p. 4.

<sup>47</sup> LESSIG, Lawrence. **Free culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity**. New York, USA: The Penguin Press, 2005. p. 89.

<sup>48</sup> LESSIG, Lawrence. **Free culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity**. New York, USA: The Penguin Press, 2005. p. 93.

<sup>49</sup> BRANCO, Sérgio. **O domínio público no direito autoral brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

<sup>50</sup> BRANCO, Sérgio. **O domínio público no direito autoral brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 9.

<sup>51</sup> A propósito: “The MPAA is the American branch of the international Motion Picture Association. It was formed in 1922 as a trade association whose goal was to defend American movies against increasing domestic criticism. The organization now represents not only filmmakers but producers and distributors of entertainment for television, video, and cable. Its board is made up of the chairmen and presidents of the seven major producers and distributors of motion picture and television programs in the United States: Walt Disney, Sony Pictures Entertainment, MGM, Paramount Pictures, Twentieth Century Fox, Universal Studios, and Warner Brothers”. Tradução livre: “A MPAA é a filial americana da International Motion Picture Association. Foi formada em 1922 como uma associação comercial cujo objetivo era defender os filmes americanos contra o aumento da crítica doméstica. A organização agora representa não apenas cineastas, mas também produtores e distribuidores de entretenimento para televisão, vídeo e cabo. Sua diretoria é formada por presidentes e presidentes dos sete maiores produtores e distribuidores de programas cinematográficos e de televisão nos Estados Unidos: Walt Disney, Sony Pictures Entertainment, MGM, Paramount Pictures, Twentieth Century Fox, Universal Studios e Warner Brothers”. (Tradução nossa) LESSIG, Lawrence. **Free culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity**. New York, USA: The Penguin Press, 2005. p. 116.



“os donos de propriedade intelectual precisam ter os mesmos direitos e proteções de todos os demais proprietários de bens do país”.<sup>52</sup> Em resposta, Lawrence Lessig dedicou um capítulo inteiro de sua principal e mais notável obra, *Free Culture* (Cultura Livre),<sup>53</sup> para demonstrar o desacerto da proposição de Jack Valenti – que, de certa forma, repristina o argumento defendido, historicamente, pela *Stationers’ Company*.

De todo o exposto, o que se extrai do cotejo entre essa dicotomia histórica - monopólio (temporário) *versus* propriedade (perpétua) – é que, para muito aquém de uma cultura jurídica baseada em valores sólidos, os anseios do “mercado” aparentam ter, historicamente, ditado os rumos da matéria - mormente se considerarmos a forte influência que o contexto internacional exerce sobre a propriedade intelectual em geral, e nos direitos de autor em particular.<sup>54</sup> Tanto é que - seja na perspectiva proprietária ou do monopólio (temporário) -, de um mero direito de cópia (*copy-right*), protegido por singelos 14 (quatorze) anos (prorrogáveis por igual período), o direito de autor, hoje, investe o titular da obra com o direito de evitar praticamente todo e qualquer uso de terceiros, por um período que, no Brasil, como regra, só encerra após (incríveis) 70 (setenta) anos após a morte do autor.

Em sua obra, Lawrence Lessig descreve o processo de expansão do escopo e da duração da proteção auferida pelos direitos de autor, nos últimos séculos, em grande parte promovido pelo brado de pessoas como Jack Valenti, que defendem que “os donos de propriedade intelectual precisam ter os mesmos direitos e proteções de todos os demais proprietários de bens do país”.<sup>55</sup>

Assim, a duração dos direitos autorais aumentou dramaticamente - triplicou nos últimos trinta anos. E o alcance dos direitos autorais aumentou também - de uma simples regulação para editores à uma

<sup>52</sup> LESSIG, Lawrence. **Free culture**: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity. New York, USA: The Penguin Press, 2005. p. 106.

<sup>53</sup> LESSIG, Lawrence. **Free culture**: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity. New York, USA: The Penguin Press, 2005.

<sup>54</sup> A Propriedade Intelectual possui sua gênese mais remota no Direito Internacional, eis que, antes do advento de leis específicas para tutelar os Direitos de Propriedade Intelectual, no âmbito nacional dos diversos países, houve um período de ratificação de tratados internacionais para a proteção internacional da Propriedade Intelectual que, futuramente, passaram a ser incorporados no ordenamento jurídico dos mais diversos países. A título de exemplo, pode-se citar a Convenção da União de Paris, a Convenção de Berna e o Acordo TRIPS. A cerca da “Evolução do Direito Internacional da Propriedade Intelectual”, vide: VASCONCELOS, Cláudio Lins. **Mídia e propriedade intelectual**: crônica de um Modelo em Transformação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 7-27.

<sup>55</sup> LESSIG, Lawrence. **Free culture**: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity. New York, USA: The Penguin Press, 2005. p. 106.

regulação generalidade para todos. E o alcance dos direitos autorais mudou, pois cada ação se torna uma cópia e, portanto, a princípio, regulada. E como os tecnólogos encontram melhores maneiras de controlar o uso do conteúdo, e como os direitos autorais são cada vez mais aplicados através da tecnologia, a força dos direitos autorais também muda. O uso indevido é mais fácil de encontrar e mais fácil de controlar. Esta regulação do processo criativo, que começou como uma pequena regulamentação que regulava uma pequena parte do mercado para o trabalho criativo, tornou-se o regulador mais importante da criatividade. É uma expansão maciça no âmbito do controle do governo sobre inovação e criatividade; que seria totalmente irreconhecível para aqueles que deram à luz o controle de direitos autorais.<sup>56</sup>

Como agravante este processo de expansão veio acompanhado, ainda, de uma significativa concentração de poder de controle no mercado cultural. Segundo dados históricos fornecidos na obra *Free Culture*,<sup>57</sup> e.g., apenas cinco gravadoras - Universal Music Group, BMG, Sony Music Entertainment, Warner Music Group e EMI - controlam 84,8% (oitenta e quatro vírgula oito por cento) do mercado musical norte americano. De acordo com Manuel Castells, a “concentração da mídia não é nada de novo”,<sup>58</sup> e resulta, dentre outros fatores, “da crescente capacidade de as maiores empresas formarem redes tanto umas com as outras quanto com atores regionais”,<sup>59</sup> em legítimos oligopólios. Neste sentido, Castells lembra que, em 2006, apenas as empresas Disney, Time Warner, NBC Universal, Fox Studios (New Corporation) e Viacom “respondiam por 79% da produção e 55% da distribuição global de filmes”.<sup>60</sup>

<sup>56</sup> Texto original da citação: “So copyright’s duration has increased dramatically—tripled in the past thirty years. And copyright’s scope has increased as well—from regulating only publishers to now regulating just about everyone. And copyright’s reach has changed, as every action becomes a copy and hence presumptively regulated. And as technologists find better ways to control the use of content, and as copyright is increasingly enforced through technology, copyright’s force changes, too. Misuse is easier to find and easier to control. This regulation of the creative process, which began as a tiny regulation governing a tiny part of the market for creative work, has become the single most important regulator of creativity there is. It is a massive expansion in the scope of the government’s control over innovation and creativity; it would be totally unrecognizable to those who gave birth to copyright’s control.” LESSIG, Lawrence. **Free culture**: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity. New York, USA: The Penguin Press, 2005. p.161/162.

<sup>57</sup> LESSIG, Lawrence. **Free culture**: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity. New York, USA: The Penguin Press, 2005. p. 162.

<sup>58</sup> CASTELLS, Manuel. **O poder da comunicação**. 2. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Paz e Terra, 2017. p. 122.

<sup>59</sup> CASTELLS, Manuel. **O poder da comunicação**. 2. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Paz e Terra, 2017. p. 124.

<sup>60</sup> CASTELLS, Manuel. **O poder da comunicação**. 2. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Paz e Terra, 2017. p. 124.

Por isso, torna-se absolutamente relevante a crítica de Lawrence Lessig no sentido de que jamais houve em nossa história um período em que tanto da nossa “cultura” passou a ter um “proprietário”, da mesma forma em que nunca antes houve um período onde a concentração de poder entre os intermediários (gravadoras, editoras, etc.) para controlar os usos da cultura foi tão inquestionavelmente aceita como o é agora. E, a questão mais perturbadora é: por quê?<sup>61</sup> Afinal, em nossa tradição jurídica, a propriedade intelectual em geral, e o direito de autor em particular, não passam de um “instrumento”.<sup>62</sup> Entretanto, a contemporaneidade passou a depositar tanta preocupação com a proteção do “instrumento”, que, aparentemente, perdeu-se de vista os fatores e justificativas que consubstanciam a proteção deste instrumento.<sup>63</sup> E, justamente aqui reside o grande significado do questionamento que dá título a este subcapítulo inicial: afinal, por que falar em direito de autor? Quais os fatores e justificativas que lhe dão (ou devem dar) substrato normativo?

Atento a estas fragilidades (históricas), e visando a buscar resposta para tal questionamento, proceder-se-á, a seguir, uma análise detalhada da tradição epistemológica do direito de autor, notadamente os paradigmas da propriedade e do monopólio legal, a fim de se desvelar a insuficiência de suas razões (teorias), e atingir, de forma crítica, o epicentro normativo da matéria, para poder reerguê-la em novas bases, mais comprometidas com a filosofia, e, acima de tudo, com compromisso concreto na promoção de direitos fundamentais (sociais).

## 2.2 O Direito de Autor no paradigma da Propriedade (Intelectual)

As teorias que justificam a existência e a necessidade da proteção da propriedade intelectual confundem-se, de certa forma, com as teorias que fundamentam o direito de propriedade em si. Seja a teoria do trabalho, de matiz lokeana, ou a teoria da personalidade, de matiz hegeliana, não foram pensadas,

---

<sup>61</sup> LESSIG, Lawrence. **Free culture**: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity. New York, USA: The Penguin Press, 2005. p. 12.

<sup>62</sup> A concepção da propriedade intelectual em geral, e do direito de autor em participar, como um “instrumento” será reforçado, mais tarde, pela teoria instrumentalista de Peter Drahos.

<sup>63</sup> LESSIG, Lawrence. **Free culture**: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity. New York, USA: The Penguin Press, 2005. p. 19.



originalmente, com o propósito de justificar a propriedade intelectual,<sup>64</sup> mas a propriedade tradicional.

Frisa-se, que mesmo de forma incipiente, os séculos XVII, XVIII e XIX viram surgir às primeiras discussões legislativas e judiciais entorno da propriedade intelectual. Tendo falecido em 1704, John Locke poderia ter acompanhado as discussões entorno da manutenção, ou não, do privilégio de impressão que a *Stationers' Company* ostentava, à época, justamente em sua terra natal - a Inglaterra -, e que culminaria, pouco tempo depois, no advento da primeira lei sobre direitos de autor: o Estatuto da Rainha Ana, de 1710.<sup>65</sup> Entretanto, as preocupações de Locke, em sua obra, passam ao largo da justificação da propriedade intelectual.

Hegel, da mesma forma, tendo falecido em 1831, poderia ter dedicado sua obra para fundamentar a propriedade intelectual, notadamente o direito de autor, se considerarmos que no ano de seu nascimento, 1770, o Estatuto da Rainha Ana já estava em vigência há 60 (sessenta) anos. Aliás, Hegel completara apenas seu quarto natalício, quando, em 1774, houve o julgamento da Suprema Corte inglesa (*United Kingdom House of Lords*), no paradigmático caso *Donaldson v. Becket* (1774), que fez prevalecer a compreensão do direito de autor como um monopólio temporário, revertendo o entendimento antes consolidado pelas cortes inglesas inferiores, como no caso *Millar v. Taylor* (1769), e.g., no sentido de que haveria um suposto direito natural, oriundo da *common law*, à propriedade perpétua dos titulares sobre as obras protegidas por direito de autor. Ou seja, em pleno século XVIII, os ingleses já haviam submetido às suas cortes a indagação sobre a natureza jurídica do direito de autor - monopólio temporário ou propriedade perpétua (?). Entretanto, Hegel não se afeiçoou a esta discussão, já que sua obra foi pensada para a lógica da propriedade tradicional, e não intelectual.

Da mesma forma, em que pese o pensamento de Jeremy Bentham seja constantemente atrelado à teoria utilitarista da propriedade intelectual, não se pode

---

<sup>64</sup> Evidentemente, parte-se do pressuposto de que Locke e Hegel, de fato, deram azo às famigeradas teorias do Trabalho (Labor Theory) e Personalidade (Personality Theory), respectivamente. Conforme será examinado, adiante, Peter Drahos entende não ser cabível extrair desses autores as teorias em tela.

<sup>65</sup> “Para muitos, esta foi a primeira lei de direitos autorais do mundo, porque somente a partir daí o direito de exploração passou legalmente às mãos dos autores. Pelo Estatuto, os autores adquiriram direitos exclusivos sobre suas obras por um prazo de 14 anos, prorrogável por mais 14, caso o autor estivesse vivo. Durante o período de proteção, nenhum editor, impressor ou livreiro poderia mandar imprimir as obras de um autor sem sua autorização”. VASCONCELOS, Cláudio Lins. **Mídia e propriedade intelectual**: crônica de um modelo em transformação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 35.

afirmar que Bentham tenha sequer pautado seus estudos na fundamentação de um direito de propriedade, quiçá (propriedade) intelectual. Muito pelo contrário, Bentham, que é considerado um dos últimos iluministas, é reconhecido por propor a construção de um sistema de filosofia moral.

A partir de 1988, conquanto, com Justin Hughes,<sup>66</sup> seguido por Peter Drahos,<sup>67</sup> em 1996, e William Fisher,<sup>68</sup> em 1999,<sup>69</sup> passou-se a buscar nestes e em outros pensadores, como Karl Marx, e.g., a justificção para a proteção da propriedade intelectual. Entretanto, repita-se, a aproximação destes pensadores modernos com o direito da propriedade intelectual representa mérito exclusivo de seus intérpretes, e não dos originais. Por isso, ao contrário do que indica a melhor metodologia científica, valer-se-á, nesta investigação, mais das leituras dos intérpretes de Locke, Hegel, Bentham, Marx, etc., do que dos textos originais, a fim de se explorar as justificções proprietárias atreladas ao direito de autor, bem como o transcurso até a sua justificção econômica.

### 2.2.1 Justin Hughes e as teorias do trabalho e da personalidade

Até onde se tem notícia, Justin Hughes foi um dos precursores a propor a aproximação das teorias tradicionais da propriedade com a propriedade intelectual. Em seu artigo, datado de 1988, Hughes explora a justificção da propriedade intelectual, a partir de duas perspectivas: John Locke e Georg Wilhelm Friedrich Hegel. A partir de John Locke, elabora a teoria do trabalho (*Locke's labor theory*).<sup>70</sup>

<sup>66</sup> Vide: HUGHES, Justin. **The philosophy of intellectual property**. [S.l.]. Georgetown University Law Center and Georgetown Law Journal, 1988. Disponível em <<https://pdfs.semanticscholar.org/3932/bdda601812eb6212725f38285e72dc8fc70b.pdf>>. Acesso em 12 mar. 2017.

<sup>67</sup> DRAHOS, Peter. **A philosophy of intellectual property**. London: Ashgate Publishing Limited, 1996.

<sup>68</sup> Vide: FISHER, William. **The growth of intellectual property: a history of the ownership of ideas in the United States**. [S.l., 2017?]. Disponível em: <<https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/iphistory.pdf>>. Acesso em 19 mar. 2017; e, FISHER, William. **Theories of intellectual property**. [S.l., 2017?] Disponível em <<https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/iptheory.pdf>>. Acesso em 12 mar. 2017.

<sup>69</sup> FISHER, William. **Geistiges Eigentum - ein ausufernder Rechtsbereich: Die Geschichte des Ideenschutzes in den Vereinigten Staaten. Eigentum im internationalen Vergleich**. Vandenhoeck & Ruprecht, 1999, 265-91. *Apud*. FISHER, William. **The growth of intellectual property: A History of the Ownership of Ideas in the United States**. [S.l., 2017?]. Disponível em: <<https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/iphistory.pdf>>. Acesso em 19 mar. 2017.

<sup>70</sup> Justin Hughes frisa que: "(...) when I refer to a 'Lockean' theory of property, I will be referring to his labor justification". Tradução livre: "(...) quando eu menciono teoria da propriedade 'lokeana' eu estou referindo à sua teoria do trabalho". (Tradução nossa) HUGHES, Justin. **The philosophy of intellectual property**. [S.l.]. Georgetown University Law Center and Georgetown Law Journal, 1988.

A partir de Georg Wilhelm Friedrich Hegel, deduz a teoria da personalidade (*Personality Theory*).

Conforme acima se mencionou, ambas as teorias - trabalho e personalidade - não foram traçadas, por seus autores originais, para justificar a propriedade intelectual, mas a propriedade material tradicional. O objetivo do artigo de Hughes, conquanto, é justamente analisar se as teorias tradicionais da propriedade, notadamente as teorias do trabalho e da personalidade, servem, também, para justificar a propriedade intelectual.<sup>71</sup>

Assim, o primeiro passo da investigação de Hughes<sup>72</sup> é analisar a teoria lockeana do trabalho. Para ele, pela abordagem de Locke, a propriedade pode ser justificada com três proposições: *primeiro*, que a produção de ideias requer o trabalho de uma pessoa; *segundo*, que essas ideias são apropriadas do "commons",<sup>73</sup> sem que, pela remoção dessas ideias, haja significativa desvalorização do "commons"; e, *terceiro*, que as ideias podem transformar-se em propriedade, sem que haja violação ao princípio do não desperdício (*non-waste condition*).

Transportando para a propriedade intelectual, Hughes afirma, de forma bastante acertada, que muitas pessoas, implicitamente, aceitam as proposições da

- p. 8. Disponível em  
<<https://pdfs.semanticscholar.org/3932/bdda601812eb6212725f38285e72dc8fc70b.pdf>>. Acesso em 12 mar. 2017.
- <sup>71</sup> "This article analyzes the "independent sources" that apply to intellectual property by testing whether traditional theories of property are applicable to the very untraditional field of intellectual goods". Tradução livre: "Este artigo analisa as "fontes independentes" que se aplicam à propriedade intelectual, testando se as teorias tradicionais da propriedade são aplicáveis ao campo não tradicional de bens intelectuais(Tradução nossa) HUGHES, Justin. **The philosophy of intellectual property**. [S.l.]. Georgetown University Law Center and Georgetown Law Journal, 1988. p. 1 e 2. Disponível em <<https://pdfs.semanticscholar.org/3932/bdda601812eb6212725f38285e72dc8fc70b.pdf>>. Acesso em 12 mar. 2017.
- <sup>72</sup> "We can justify propertizing ideas under Locke's approach with three propositions: first, that the production of ideas requires a person's labor; second, that these ideas are appropriated from a "common" which is not significantly devalued by the idea's removal; and third, that ideas can be made property without breaching the non-waste condition". Tradução livre: "Podemos justificar idéias de apropriação sob a abordagem de Locke com três proposições: primeiro, que a produção de idéias requer o trabalho de uma pessoa; segundo, que essas idéias são apropriadas de um "comum", que não é significativamente desvalorizado pela remoção da idéia; e em terceiro lugar, que essas ideias podem tornar-se propriedade sem ferir a condição do não-desperdício". Tradução nossa) HUGHES, Justin. **The philosophy of intellectual property**. [S.l.]. Georgetown University Law Center and Georgetown Law Journal, 1988. p. 1 e 2. Disponível em <<https://pdfs.semanticscholar.org/3932/bdda601812eb6212725f38285e72dc8fc70b.pdf>>. Acesso em 12 mar. 2017.
- <sup>73</sup> Devido a dificuldade de tradução deste termo, sem esvaziá-lo de sentido, optou-se por utilizá-lo em inglês: "commons".

teoria do trabalho de Locke como sendo válida para justificar a proteção dos bens imateriais, em face de seu “apelo intuitivo” (*intuitive appeal*),<sup>74</sup> qual seja: o *intuitive appeal* de que uma pessoa que investiu seu trabalho na criação de um bem intelectual deve ter (*should have*) um direito de propriedade sobre este bem.

Ao passo que reconhece que a teoria da propriedade de Locke está sujeita a interpretações ligeiramente diferentes, Hughes<sup>75</sup> propõe duas interpretações sobre a teoria do trabalho: (i) a perspectiva da evitabilidade do trabalho (“*Avoidance*” *View of Labor*); e, (ii) a perspectiva do valor adicionado do trabalho (*The “Value-Added” Labor Theory*).

A primeira perspectiva (“*Avoidance*” *View of Labor*) pressupõe o trabalho como uma atividade desagradável, não desejável, em si mesma, e até certo ponto, dolorosa.<sup>76</sup> Esta perspectiva ainda é dividida por Hughes em dois subgrupos: (i.1) interpretação instrumental e (i.2) interpretação normativista. A primeira (instrumental) prevê que a sociedade recompensa o trabalho com um direito de propriedade para motivar a atividade laborativa. Esta perspectiva propõe, portanto, a propriedade como um motivador para a execução de uma tarefa desagradável. Em outras palavras, a criação intelectual seria uma atividade suficientemente desagradável para ser considerado “trabalho” (*labor*), devendo ser recompensado com a propriedade para que as pessoas sintam-se motivadas para criar.<sup>77</sup> Denota-se, nesta

---

<sup>74</sup> “Many people implicitly accept these propositions. Indeed, the Lockean explanation of intellectual property has immediate, intuitive appeal”. Tradução livre: “Muitas pessoas aceitam implicitamente essas proposições. Na verdade, a explicação lockeiana da propriedade intelectual tem um apelo imediato e intuitivo”. (Tradução nossa) HUGHES, Justin. **The philosophy of intellectual property**. [S.l.]. Georgetown University Law Center and Georgetown Law Journal, 1988. p. 8. Disponível em <<https://pdfs.semanticscholar.org/3932/bdda601812eb6212725f38285e72dc8fc70b.pdf>>. Acesso em 12 mar. 2017.

<sup>75</sup> HUGHES, Justin. **The philosophy of intellectual property**. [S.l.]. Georgetown University Law Center and Georgetown Law Journal, 1988. p. 6. Disponível em <<https://pdfs.semanticscholar.org/3932/bdda601812eb6212725f38285e72dc8fc70b.pdf>>. Acesso em 12 mar. 2017.

<sup>76</sup> HUGHES, Justin. **The philosophy of intellectual property**. [S.l.]. Georgetown University Law Center and Georgetown Law Journal, 1988. p. 10. Disponível em <<https://pdfs.semanticscholar.org/3932/bdda601812eb6212725f38285e72dc8fc70b.pdf>>. Acesso em 12 mar. 2017.

<sup>77</sup> “The wide acceptance of the instrumental argument suggests wide acceptance of the premise that idea-making is a sufficiently unpleasant activity to count as labor that requires the inducement of reward”. Tradução livre: “A ampla aceitação do argumento instrumental sugere a aceitação da premissa de que a elaboração de ideia é uma atividade suficientemente desagradável para ser considerada como trabalho, que, conseqüentemente, requer a recompensa como incentivo”. (Tradução nossa) HUGHES, Justin. **The philosophy of intellectual property**. [S.l.]. Georgetown University Law Center and Georgetown Law Journal, 1988. p. 11. Disponível em <<https://pdfs.semanticscholar.org/3932/bdda601812eb6212725f38285e72dc8fc70b.pdf>>. Acesso em 12 mar. 2017.

perspectiva, portanto, um caráter nitidamente utilitarista.<sup>78</sup> A segunda (normativista), em contraste, prevê, simplesmente, que o trabalho deve ser (*should be*) recompensado.<sup>79</sup> De acordo com Hughes, o "dever ser", nesta proposição, é um imperativo moral e ético, que não se baseia em qualquer consideração dos efeitos da criação de direitos de propriedade.<sup>80</sup>

A outra perspectiva, do valor adicionado (*The "Value-Added" Labor Theory*), afirma que "quando o trabalho produz algo de valor para os outros - algo além do que a moralidade exige que o trabalhador produza - então o trabalhador merece algum benefício para ele".<sup>81</sup> Em outras palavras: "o trabalho muitas vezes cria valor social, e é essa produção de valor social que 'merece' recompensa, não o trabalho que a produziu".<sup>82</sup>

Após aplicar as duas perspectivas acima trabalhadas com as proposições inicialmente lançadas, Hughes conclui que: "uma teoria do trabalho da propriedade

---

<sup>78</sup> "The instrumental claim has a utilitarian foundation: we want to promote labor because labor promotes the public good". Tradução livre: "A reivindicação instrumental tem uma base utilitarista: queremos promover o trabalho porque o trabalho promove o bem público". (Tradução nossa) HUGHES, Justin. **The philosophy of intellectual property**. [S.l.]. Georgetown University Law Center and Georgetown Law Journal, 1988. p. 10. Disponível em <<https://pdfs.semanticscholar.org/3932/bdda601812eb6212725f38285e72dc8fc70b.pdf>>. Acesso em 12 mar. 2017.

<sup>79</sup> HUGHES, Justin. **The philosophy of intellectual property**. [S.l.]. Georgetown University Law Center and Georgetown Law Journal, 1988. p. 6. Disponível em <<https://pdfs.semanticscholar.org/3932/bdda601812eb6212725f38285e72dc8fc70b.pdf>>. Acesso em 12 mar. 2017.

<sup>80</sup> "The normative proposition states: the unpleasantness of labor should be rewarded with property. In this proposition, the "should" is a moral or ethical imperative, which is not based on any consideration of the effects of creating property rights". Tradução livre: "A proposição normativa afirma: a natureza desprazerosa do trabalho deve ser recompensado com a propriedade. Nesta proposição, o "dever" é um imperativo moral ou ético, que não se baseia em qualquer consideração dos efeitos da criação de direitos de propriedade". (Tradução nossa) HUGHES, Justin. **The philosophy of intellectual property**. [S.l.]. Georgetown University Law Center and Georgetown Law Journal, 1988. p. 10. Disponível em <<https://pdfs.semanticscholar.org/3932/bdda601812eb6212725f38285e72dc8fc70b.pdf>>. Acesso em 12 mar. 2017.

<sup>81</sup> Texto original da citação: "This position 'holds that when labor produces something of value to others -- something beyond what morality requires the laborer to produce -- then the laborer deserves some benefit for it.'" (Tradução nossa) HUGHES, Justin. **The philosophy of intellectual property**. [S.l.]. Georgetown University Law Center and Georgetown Law Journal, 1988. p. 12. Disponível em <<https://pdfs.semanticscholar.org/3932/bdda601812eb6212725f38285e72dc8fc70b.pdf>>. Acesso em 12 mar. 2017.

<sup>82</sup> Texto original da citação: "The "labor-desert" theory asserts that labor often creates social value, and it is this production of social value that "deserves" reward, not the labor that produced it.'" (Tradução nossa) HUGHES, Justin. **The philosophy of intellectual property**. [S.l.]. Georgetown University Law Center and Georgetown Law Journal, 1988. p. 12. Disponível em <<https://pdfs.semanticscholar.org/3932/bdda601812eb6212725f38285e72dc8fc70b.pdf>>. Acesso em 12 mar. 2017.



intelectual é poderosa, mas incompleta”.<sup>83</sup> Por isso, propõe o “apoio de uma teoria da personalidade, com base em Hegel, na qual a propriedade é justificada como expressão da pessoa”.<sup>84</sup> Para Hughes, aliás, a alternativa mais poderosa ao modelo lockeano de propriedade é a justificação da teoria da personalidade hegeliana.

A alternativa mais poderosa para ao modelo lockeano de propriedade é a justificação da personalidade. Tal justificação postula que a propriedade oferece um mecanismo único ou especialmente adequado para a auto-realização, para a expressão pessoal, para a dignidade e para o reconhecimento como pessoa individual.<sup>85</sup>

Em apertada síntese, a teoria hegeliana da personalidade, a partir de Hughes, prevê que “uma ideia pertence ao seu criador porque a ideia é uma manifestação da personalidade do seu criador”.<sup>86</sup> Trata-se da incorporação da vontade (*will*) e da liberdade (*freedom*) de uma pessoa em um bem, que, por esta razão, passa a pertencer ao sujeito que o externou.

Assim como na teoria do trabalho, Hughes vê na teoria da personalidade um apelo intuitivo (*intuitive appeal*).

Como a teoria do trabalho, a teoria da personalidade tem um apelo intuitivo quando aplicada à propriedade intelectual: uma ideia pertence ao seu criador porque a ideia é uma manifestação da

<sup>83</sup> Texto original da citação: “My own view is that a labor theory of intellectual property is powerful, but incomplete” (Tradução nossa) HUGHES, Justin. **The philosophy of intellectual property**. [S.l.]. Georgetown University Law Center and Georgetown Law Journal, 1988. p. 27. Disponível em <<https://pdfs.semanticscholar.org/3932/bdda601812eb6212725f38285e72dc8fc70b.pdf>>. Acesso em 12 mar. 2017.

<sup>84</sup> Texto original da citação: “I believe we also need the support of a personality theory, such as the one proposed by Hegel, in which property is justified as an expression of the self”. (Tradução nossa) HUGHES, Justin. **The philosophy of intellectual property**. [S.l.]. Georgetown University Law Center and Georgetown Law Journal, 1988. p. 27. Disponível em <<https://pdfs.semanticscholar.org/3932/bdda601812eb6212725f38285e72dc8fc70b.pdf>>. Acesso em 12 mar. 2017.

<sup>85</sup> Texto original da citação: “The most powerful alternative to a Lockean model of property is a personality justification. Such a justification posits that property provides a unique or especially suitable mechanism for self-actualization, for personal expression, and for dignity and recognition as an individual person.” HUGHES, Justin. **The philosophy of intellectual property**. [S.l.]. Georgetown University Law Center and Georgetown Law Journal, 1988. p. 27. Disponível em <<https://pdfs.semanticscholar.org/3932/bdda601812eb6212725f38285e72dc8fc70b.pdf>>. Acesso em 12 mar. 2017.

<sup>86</sup> Texto original da citação: “(...) an idea belongs to its creator because the idea is a manifestation of the creator's personality or self”. HUGHES, Justin. **The philosophy of intellectual property**. [S.l.]. Georgetown University Law Center and Georgetown Law Journal, 1988. p. 28. Disponível em <<https://pdfs.semanticscholar.org/3932/bdda601812eb6212725f38285e72dc8fc70b.pdf>>. Acesso em 12 mar. 2017.

personalidade ou do *self* do criador. A teoria da personalidade mais conhecida é a teoria da propriedade de Hegel.<sup>87</sup>

Ao final de sua análise, Hughes conclui que ambas as teorias - trabalho e personalidade - têm suas próprias forças e fraquezas, e que elas parecem se aplicar mais facilmente à propriedade intelectual do que às propriedades que normalmente são chamadas a legitimar.

Ambas as grandes teorias da propriedade intelectual - trabalho e personalidade - têm suas próprias forças e fraquezas. A justificativa trabalhista não pode explicar a ideia cujo início não parece ter envolvido o trabalho; a teoria da personalidade é inaplicável a inovações valiosas que não contêm elementos de que a sociedade poderia reconhecer como expressão pessoal. A justificação da personalidade tem dificuldade em legitimar a alienação, enquanto a teoria do trabalho pode ter de se misturar em torno da condição de não-desperdício de Locke.

Ao mesmo tempo, as duas justificativas parecem se aplicar mais facilmente à propriedade intelectual do que às propriedades que normalmente são chamadas a legitimar. A teoria trabalhista lockeana se aplica mais facilmente porque o *commons* das ideias parece inesgotável. A teoria da personalidade hegeliana se aplica mais facilmente porque os produtos intelectuais, mesmo os mais técnicos, parecem resultar de processos mentais do indivíduo.<sup>88</sup>

---

<sup>87</sup> Texto original da citação: "Like the labor theory, the personality theory has an intuitive appeal when applied to intellectual property: an idea belongs to its creator because the idea is a manifestation of the creator's personality or self. The best known personality theory is Hegel's theory of property." HUGHES, Justin. **The philosophy of intellectual property**. [S.l.]. Georgetown University Law Center and Georgetown Law Journal, 1988. p. 27. Disponível em <<https://pdfs.semanticscholar.org/3932/bdda601812eb6212725f38285e72dc8fc70b.pdf>>. Acesso em 12 mar. 2017.

<sup>88</sup> Texto original da citação: "Both of the grand theories for intellectual property -- labor and personality -- have their own strengths and weaknesses. The labor justification cannot account for the idea whose inception does not seem to have involved labor; the personality theory is inapplicable to valuable innovations that do not contain elements of what society might recognize as personal expression. The personality justification has difficulty legitimating alienation, while the labor explanation may have to shuffle around Locke's non-waste condition. At the same time, the two justification seem to apply more readily to intellectual property than to the property they are usually called upon to legitimate. The Lockean labor theory applies more easily because the common of ideas seems inexhaustible. The Hegelian personality theory applies more easily because intellectual products, even the most technical, seem to result from the individual's mental processes." HUGHES, Justin. **The philosophy of intellectual property**. [S.l.]. Georgetown University Law Center and Georgetown Law Journal, 1988. p. 1 e 2. Disponível em <<https://pdfs.semanticscholar.org/3932/bdda601812eb6212725f38285e72dc8fc70b.pdf>>. Acesso em 12 mar. 2017.

### 2.2.2 Peter Drahos: rumo à perspectiva instrumentalista.

Peter Drahos, por outro lado, em obra datada de 1996<sup>89</sup> e reeditada em 2016,<sup>90</sup> explora de forma mais abrangente as perspectivas teóricas da propriedade aplicadas à propriedade intelectual. Além das teorias do trabalho (Locke) e da personalidade (Hegel), também introduz a perspectiva de Karl Marx, além de desenvolver uma “teoria”<sup>91</sup> própria, denominada de instrumental (*instrumentalism*). Conquanto, em que pese apresente um escopo maior de análise, o seu objetivo central segue o mesmo passo traçado por Justin Hughes, no sentido de verificar se as teorias tradicionais da propriedade servem para justificar a proteção da propriedade intelectual.

Por estas razões, pelo menos parece valer a pena perguntar se podemos acomodar a propriedade intelectual dentro de uma ou mais das teorias gerais existentes da propriedade ou se devemos desenvolver uma teoria distintiva da propriedade intelectual.

Este livro representa o começo de uma resposta a esta pergunta. Ele leva em conta os escritos de três pensadores importantes sobre a propriedade, Locke, Hegel e Marx, e conclui, não surpreendentemente, que esses escritos nos ajudam a entender muito sobre o fenômeno da propriedade intelectual.<sup>92</sup>

<sup>89</sup> DRAHOS, Peter. **A philosophy of intellectual property**. London: Ashgate Publishing Limited, 1996.

<sup>90</sup> DRAHOS, Peter. **A philosophy of intellectual property**. Austrália: Australian National University Press. ANU eText edition, 2016. Disponível em: <<http://press.anu.edu.au/node/1902>>. Acesso em 19 mar. 2017.

<sup>91</sup> Peter Drahos é bastante enfático no sentido de que sua pretensão com o desenvolvimento da perspectiva instrumental (*instrumentalism*) não é desenvolver uma teoria da propriedade intelectual, propriamente dita, mas de lançar uma nova perspectiva que possa substituir a linguagem da “propriedade”, usualmente utilizada para designar a matéria, por privilégios monopolistas. Neste sentido, é o esclarecimento do autor, *in verbis*: “No comprehensive theory of intellectual property is proposed here. Instead the final chapter argues that a philosophical attitude of instrumentalism should be our guide in constructing interdisciplinary approaches and theories of intellectual property. Amongst other things, this means that in the case of intellectual property the language of privilege should replace the existing language of property rights. Privilege-bearing duties, the final chapter argues, should form the core of intellectual property theory.” Tradução livre: “Aqui não se propõe nenhuma teoria abrangente da propriedade intelectual. Em vez disso, o capítulo final argumenta que uma atitude filosófica de instrumentalismo deve ser nosso guia na construção de abordagens interdisciplinares e teorias da propriedade intelectual. Entre outras coisas, isso significa que, no caso da propriedade intelectual, a linguagem do privilégio deve substituir a linguagem existente dos direitos de propriedade. Os deveres privilegiados, segundo o capítulo final, devem formar o núcleo da teoria da propriedade intelectual”. DRAHOS, Peter. **A philosophy of intellectual property**. Austrália: Australian National University Press. ANU eText edition, 2016. p. 2. Disponível em: <<http://press.anu.edu.au/node/1902>>. Acesso em 19 mar. 2017.

<sup>92</sup> Texto original da citação: “For these reasons at least it seems worth asking whether we can accommodate intellectual property within one or more of the existing general accounts of property



Não obstante Drahos assuma o mesmo ponto de partida de Hughes, suas abordagens diferem substancialmente, notadamente por sua expressa aproximação da perspectiva econômica para justificar a propriedade intelectual – perspectiva essa inexistente na obra de Hughes.

De acordo com Drahos, a propriedade intelectual possui uma íntima relação com os mercados, ao passo que a economia representa um recurso demasiado importante para ser ignorado em uma perspectiva filosófica da propriedade intelectual.

Os direitos de propriedade intelectual estão intimamente relacionados com os mercados. Eles desempenham um papel crucial na constituição de mercados para a informação. A teoria econômica é um recurso muito importante para ser ignorado num tratamento filosófico da propriedade intelectual. É também um recurso muito grande para cobrir em um único trabalho. A economia é uma disciplina que é rica em abordagens. Não há nada estreito em seu escopo.<sup>93</sup>

Na realidade, explica Drahos, a grande importância da economia para a propriedade intelectual é permitir análises empíricas do custo-benefício envolvido na criação de exclusividades temporárias sobre bens imateriais, sem as quais não se conseguiria ter ideia dos efeitos sociais, positivos ou deletérios, envolvidos na estratégia da criação da propriedade intelectual como meio de apropriação de bens intangíveis (não escassos e não rivais).

Provavelmente, o maior serviço que a economia pode realizar na área da propriedade intelectual é acompanhar empiricamente as consequências de vários arranjos de propriedade intelectual. O instrumentalismo que propomos no capítulo final depende muito dessa contribuição econômica. Sem a abordagem custo-benefício, a

---

or whether we should develop a distinctive theory of intellectual property. This book represents the beginnings of an answer to this question. It takes the writings of three important thinkers on property, Locke, Hegel and Marx, and concludes, not surprisingly, that these writings help us to understand a great deal about the phenomenon of intellectual property.” DRAHOS, Peter. **A philosophy of intellectual property**. Austrália: Australian National University Press. ANU eText edition, 2016. p. 2. Disponível em: <<http://press.anu.edu.au/node/1902>>. Acesso em 19 mar. 2017.

<sup>93</sup> Texto original da citação: “Intellectual property rights are intimately related to markets. They play a crucial role in constituting markets in information. Economic theory is too important a resource to ignore in a philosophical treatment of intellectual property. It is also too big a resource to cover in one work. Economics is a discipline which is rich in approaches. There is nothing narrow about its scope.” DRAHOS, Peter. **A philosophy of intellectual property**. Austrália: Australian National University Press. ANU eText edition, 2016. p. 8. Disponível em: <<http://press.anu.edu.au/node/1902>>. Acesso em 19 mar. 2017.

propriedade intelectual continuaria a ser uma instituição opaca. Entre outras coisas, não saberíamos quem são os verdadeiros vencedores e perdedores quando estados, legislaturas e juízes deslocam os limites dos objetos abstratos e traçam novas linhas de recinto no patrimônio intelectual.<sup>94</sup>

Com efeito, mesmo que implicitamente, Drahos sugere que apenas a perspectiva econômica pode responder ao questionamento acerca da justificação para a criação da propriedade intelectual,<sup>95</sup> já que, conforme se percebe, a própria forma com que este autor lança seu questionamento sobre a existência de uma justificação já demonstra que seu pensamento está permeado por conceitos econômicos.

Qual é a justificativa para criar direitos de propriedade já que, afinal, trata-se do exemplo perfeito de um recurso que não pode ser esgotado pelo uso? No caso dos 'tangibles' uma pessoa pode privar outro, tomando a coisa. Mas a natureza dos objetos abstratos permite o seu uso simultâneo e assim a privação do objeto através do uso não pode ter lugar.<sup>96</sup>

Antes, contudo, de desaguar na compreensão da importância da economia para a propriedade intelectual, o que conduz Drahos a apostar em uma perspectiva instrumental (*instrumentalism*) para a propriedade intelectual, o autor analisa a perspectiva “proprietária” (*proprietary perspective*), através das contribuições de Locke, Hegel e Marx.

Na perspectiva de Peter Drahos, ao contrário do que percebe Justin Hughes, a importância de Locke não reside no fato deste autor, supostamente, ter elaborado uma Teoria do Trabalho (*Labor Theory*) para justificar a propriedade intelectual. Com

<sup>94</sup> Texto original da citação: “Probably, the greatest service that economics can perform in the area of intellectual property is to track empirically the consequences of various intellectual property arrangements. The instrumentalism we propose in the final chapter relies heavily on such an economic contribution. Without the cost–benefit approach intellectual property would remain an opaque institution. Amongst other things, we would not know who the real winners and losers are when states, legislatures and judges shift the boundaries of abstract objects and draw new enclosure lines in the intellectual commons.” DRAHOS, Peter. **A philosophy of intellectual property**. Austrália: Australian National University Press. ANU eText edition, 2016. p. 11. Disponível em: <<http://press.anu.edu.au/node/1902>>. Acesso em 19 mar. 2017.

<sup>95</sup> Esta mesma posição é, também, encampada por Willian Landes e Richard Posner, conforme se analisará adiante.

<sup>96</sup> Texto original da citação: “What is the justification for creating property rights in what, after all, is the perfect example of a resource which cannot be exhausted through use? In the case of tangibles a person can deprive another by taking the thing. But the nature of abstract objects permits of their simultaneous use and so deprivation of the object through use cannot take place.” DRAHOS, Peter. **A philosophy of intellectual property**. Austrália: Australian National University Press. ANU eText edition, 2016. p. 29. Disponível em: <<http://press.anu.edu.au/node/1902>>. Acesso em 19 mar. 2017.

efeito, alerta Drahos, quando Locke escreveu sobre a propriedade, no capítulo V de seu Segundo Tratado sobre o Governo Civil,<sup>97</sup> ele, provavelmente, sequer tinha em mente tratar da propriedade intelectual.<sup>98</sup> Além disso, a concepção de trabalho (*labor*) ocuparia posição coadjuvante no conjunto de sua teoria.<sup>99</sup> Na verdade, prossegue o autor, o desejo de aproximar uma teoria da propriedade intelectual às ideias de John Locke, provavelmente, dialoga com uma vontade ideológica de legitimação da propriedade intelectual no conjunto do direito natural à propriedade. Por esta razão, afirma Drahos, ainda hoje “Locke permanece um poderoso tabu (*totem*)”<sup>100</sup> para a propriedade intelectual.

Para Peter Drahos, portanto, é errôneo extrair de John Locke uma “Teoria do Trabalho” (*Labor Theory*) para justificar a propriedade (intelectual), merecendo a crítica de que, os autores que assim o fazem, empregam uma visão reducionista da tradição do direito natural, na qual Locke está inserido.<sup>101</sup> Na verdade, Drahos defende que a importância de John Locke para a propriedade intelectual reside, em uma leitura contemporânea, no resgate da concepção de “comunidade” (*community*) e na teorização de sua relação com o “domínio comum das ideias” (*intellectual commons*), com vistas ao estímulo da criatividade.

<sup>97</sup> LOCKE, John. **The second treatise of government**. New York: The Liberal Arts Press. 1952.

<sup>98</sup> “When he wrote on property, Locke probably did not have intellectual property in mind”. Tradução livre: “Quando ele escreveu sobre propriedade, Locke provavelmente não tinha a propriedade intelectual em mente”. (Tradução nossa) DRAHOS, Peter. **A philosophy of intellectual property**. Austrália: Australian National University Press. ANU eText edition, 2016. p. 56. Disponível em: <<http://press.anu.edu.au/node/1902>>. Acesso em 19 mar. 2017.

<sup>99</sup> “To a large extent this focus on labour is misplaced. Labour is either too indeterminate or too incomplete a basis on which to base a justification of property”. Tradução livre: “Em grande medida, este foco no trabalho é mal colocado. O trabalho é demasiado indeterminado ou uma base demasiado incompleta para basear uma justificativa de propriedade”. (Tradução nossa) DRAHOS, Peter. **A philosophy of intellectual property**. Austrália: Australian National University Press. ANU eText edition, 2016. p. 56. Disponível em: <<http://press.anu.edu.au/node/1902>>. Acesso em 19 mar. 2017.

<sup>100</sup> Texto original da citação: “The desire to link a theory of intellectual property back to Locke probably has much to do with reasons of ideological legitimacy. Locke remains a powerful totem”. Tradução livre: “O desejo de ligar uma teoria da propriedade intelectual de volta a Locke provavelmente tem muito a ver com razões de legitimidade ideológica. Locke continua a ser um totem poderoso”. (Tradução nossa) DRAHOS, Peter. **A philosophy of intellectual property**. Austrália: Australian National University Press. ANU eText edition, 2016. p. 57. Disponível em: <<http://press.anu.edu.au/node/1902>>. Acesso em 19 mar. 2017.

<sup>101</sup> “Similarly, it is somewhat misleading to depict Locke as a labour theorist of property. This is too simple a view of the natural law tradition in which Locke worked”. Tradução livre: “Da mesma forma, é um pouco impreciso descrever Locke como um teórico trabalhista da propriedade. Esta é uma visão muito simples da tradição da lei natural em que Locke trabalhou”. (Tradução nossa) DRAHOS, Peter. **A philosophy of intellectual property**. Austrália: Australian National University Press. ANU eText edition, 2016. p. 57. Disponível em: <<http://press.anu.edu.au/node/1902>>. Acesso em 19 mar. 2017.

Com razão, lembra Drahos, até o advento do movimento do romantismo (artístico e literário) do século XVIII, o único papel desempenhado pelo homem, na sociedade, era o de trabalhador (*labourer*), ficando reservado a Deus o papel de criador (*creator*).<sup>102</sup> Deus é o ponto de partida de Locke, o que se evidencia logo nas primeiras linhas do capítulo V, do Segundo Tratado sobre o Governo Civil, que se inicia com a seguinte transcrição do texto bíblico:

25. Quando consideramos a razão natural, segundo a qual os homens, desde o momento do seu nascimento, têm o direito a sua preservação e, conseqüentemente, a comer, a beber e a todas as outras coisas que a natureza proporciona para sua subsistência; ou a revelação, que nos relata que Deus deu o mundo a Adão, a Noé e a seus filhos, fica muito claro que Deus, como diz o Rei Davi, Salmo 115,16, “Deu a terra aos filhos dos homens”, a toda a humanidade. Mas, supondo-se isso, alguns parecem ter grande dificuldade em perceber como alguém pôde se tornar proprietário de alguma coisa. Não vou me contentar em responder que, se é difícil explicar a propriedade, partindo-se de uma suposição de que Deus deu o mundo a Adão e a sua posteridade em comum, é impossível que qualquer homem, exceto um monarca universal, tenha qualquer propriedade, partindo-se de uma suposição de que Deus deu o mundo a Adão e a seus herdeiros na sucessão, excluindo-se todo o resto de sua descendência. Irei mais longe, para mostrar como os homens podem ter adquirido uma propriedade em porções distintas do que Deus deu à humanidade em comum, mesmo sem o acordo expresso de todos os co-proprietários..<sup>103</sup>

Em sua análise sobre a propriedade, portanto, Locke parte da constatação da existência do “*commons*”, compreendido como “obra divina” (*Gods gift*).<sup>104</sup> E a problemática que move a argumentação de Locke, conseqüentemente, busca

<sup>102</sup> DRAHOS, Peter. **A philosophy of intellectual property**. Austrália: Australian National University Press. ANU eText edition, 2016. p. 73. Disponível em: <<http://press.anu.edu.au/node/1902>>. Acesso em 19 mar. 2017.

<sup>103</sup> Texto original da citação: “25. Whether we consider natural *Reason*, which tells us, that Men, being once born, have a right to their Preservation, and consequently to Meat and Drink, and such other things, as Nature affords for their Subsistence: Or *Revelation*, which gives us an account of those Grants God made of the World to *Adam*, and to *Noah*, and his Sons, 'tis very clear, that God, as King *David* says, *Psal. CXV. xvi. has given the Earth to the Children of Men*, given it to Mankind in common. But this being supposed, it seems to some a very great difficulty, how any one should ever come to have a *Property* in any thing: I will not content my self to answer, That if it be difficult to make out *Property*, upon a supposition, that God gave the World to *Adam* and his Posterity in common; it is impossible that any Man, but one universal Monarch, should have any *Property*, upon a supposition, that God gave the World to *Adam*, and his Heirs in Succession, exclusive of all the rest of his Posterity. But I shall endeavour to shew, how Men might come to have a *property* in several parts of that which God gave to Mankind in common, and that without any express Compact of all the Commoners.” LOCKE, John. **The second treatise of government**. New York: The Liberal Arts Press. 1952. p. 16

<sup>104</sup> DRAHOS, Peter. **A philosophy of intellectual property**. Austrália: Australian National University Press. ANU eText edition, 2016. p. 58. Disponível em: <<http://press.anu.edu.au/node/1902>>. Acesso em 19 mar. 2017.

perquirir o que poderia justificar a apropriação privada do “*commons*”. Em outras palavras, o que justifica que apenas um homem usufrua de parte da obra divina (*commons*)?

Em que pese às proposições de Locke no capítulo da propriedade sejam relativamente claras, é a partir da problemática acima que a obra passa a ganhar as mais variadas e distintas interpretações. Para fins didáticos, transcreve-se o argumento central de Locke em seis proposições elaboradas por Peter Drahos:

1. Deus deu o mundo às pessoas em comum. 2. Toda pessoa tem uma propriedade em sua própria pessoa. 3. O trabalho de uma pessoa pertence a ele. 4. Sempre que uma pessoa mistura seu trabalho com algo nos bens comuns, ele faz dele sua propriedade. 5. O direito de propriedade é condicional a uma pessoa que deixa nos lugares comuns o suficiente para os outros. 6. Uma pessoa não pode tirar mais dos bens comuns do que o que pode usar com vantagem.<sup>105</sup>

Frisa-se, que não parece haver dissenso acerca das proposições apresentadas, mas, apenas no que atine a compreensão dessas proposições. Inclusive, muito embora Peter Drahos tenha firme posicionamento de que a questão do trabalho (*labor*) não possui importância central na obra de Locke,<sup>106</sup> mas apenas funcional, ele próprio reconhece que a obra deste autor goza de diferentes e

<sup>105</sup> Texto original da citação: “1. God has given the world to people in common. 2. Every person has a property in his own person. 3. A person’s labour belongs to him. 4. Whenever a person mixes his labour with something in the commons he thereby makes it his property. 5. The right of property is conditional upon a person leaving in the commons enough and as good for the other commoners. 6. A person cannot take more out of the commons than the can use to advantage.” DRAHOS, Peter. **A philosophy of intellectual property**. Austrália: Australian National University Press. ANU eText edition, 2016. p. 50. Disponível em: <<http://press.anu.edu.au/node/1902>>. Acesso em 19 mar. 2017.

<sup>106</sup> “Ultimately, looking to Locke as the theoretical fountainhead of a strong labour theory of intellectual property is not sustainable. Locke’s mixing metaphor, once it is stripped of its metaphysical context, generates too many indeterminacies and problems to provide a justification for intellectual property. The lesson from Locke on property is that we should take the metaphysical context of labour theories of property and their accompanying schemes of community seriously. Labour should not hold centre stage.” Tradução livre: “Em última análise, olhar para Locke como a fonte teórica de uma forte teoria trabalhista da propriedade intelectual não é sustentável. A metáfora da mistura de Locke, assim que é despojada de seu contexto metafísico, gera muitas indeterminações e problemas para fornecer uma justificativa para a propriedade intelectual. A lição de Locke na propriedade é que devemos levar em consideração o contexto metafísico das teorias trabalhistas da propriedade e seus esquemas de comunidade acompanhantes. O trabalho não deve estar no centro do palco”. (Tradução nossa) DRAHOS, Peter. **A philosophy of intellectual property**. Austrália: Australian National University Press. ANU eText edition, 2016. p. 64. Disponível em: <<http://press.anu.edu.au/node/1902>>. Acesso em 19 mar. 2017.



variadas interpretações.<sup>107</sup> Para demonstrar duas concepções diametralmente opostas, Drahos dialoga com Macpherson<sup>108</sup> e Tully<sup>109</sup>.

Na visão de Macpherson, assegura Drahos, Locke representa um fiel serviçal da ideologia capitalista, e o fundador moral da apropriação privada burguesa.<sup>110</sup> É a partir desta corrente de intérpretes, garante Drahos, que o trabalho (*labor*) passa a ganhar importância central na justificação da apropriação privada dos bens comuns (*commons*). Entretanto, o firme posicionamento de Drahos, no sentido de que o trabalho (*labor*) não possui importância central na obra de Locke, mas apenas funcional, não advém da perspectiva de Mcpherson, mas da concepção de Tully sobre a obra de Locke.

Com efeito, Drahos prefere seguir os passos de Tully, para quem a filosofia prática religiosa (*philosophy of religious praxis*) de Locke, para além de justificar a propriedade privada, serve de fundamento para a noção de “*commons*”,<sup>111</sup> através da redefinição da concepção de “comunidade”, mais precisamente, de comunidade positiva (*positive community*):

A solução de Locke, argumenta Tully, é ‘redefinir comunidade positiva’. O direito inclusivo de uma pessoa aos bens comuns não inclui o direito a tudo nos bens comuns, mas meramente o direito de ser incluído nos comuns para o exercício dos direitos naturais de sobrevivência e subsistência. A propriedade refere-se ao direito de usar os bens comuns e os objetos extraídos dos comuns - um direito de usufrutância. Descrever os meios de extração leva Locke a sua famosa discussão de como o trabalho instala a propriedade. Ao usar o trabalho como ponto de partida para a propriedade, Locke supera o problema de como os indivíduos poderiam adquirir propriedade em objetos dos comuns, sem obter o consentimento do resto dos

<sup>107</sup> DRAHOS, Peter. **A philosophy of intellectual property**. Austrália: Australian National University Press. ANU eText edition, 2016. p. 51. Disponível em: <<http://press.anu.edu.au/node/1902>>. Acesso em 19 mar. 2017.

<sup>108</sup> MACPHERSON, C. B. **A teoria política do individualismo possessivo de hobbes até locke**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

<sup>109</sup> TULLY, James. **A discourse on property**: John Lock and his adversaries. Cambridge, London, New York, New Rochelle, Melbourn, Sidney: Cambridge University Press, [2017?]. Disponível em: <[http://e-tcs.org/wp-content/uploads/2016/05/Tully-A-Discourse-on-Property\\_-John-Locke-and-his-Adversaries.pdf](http://e-tcs.org/wp-content/uploads/2016/05/Tully-A-Discourse-on-Property_-John-Locke-and-his-Adversaries.pdf)>. Acesso em 05 mar. 2017.

<sup>110</sup> DRAHOS, Peter. **A philosophy of intellectual property**. Austrália: Australian National University Press. ANU eText edition, 2016. p. 51. Disponível em: <<http://press.anu.edu.au/node/1902>>. Acesso em 19 mar. 2017.

<sup>111</sup> DRAHOS, Peter. **A philosophy of intellectual property**. Austrália: Australian National University Press. ANU eText edition, 2016. p. 51. Disponível em: <<http://press.anu.edu.au/node/1902>>. Acesso em 19 mar. 2017.

usuários dos bens comuns. O trabalho fornece a estes individuais uma maneira de usar os bens comuns para seus propósitos.<sup>112</sup>

Conforme se extrai do trecho transcrito, a perspectiva adotada por Drahos, a partir de Tully, e da redefinição de “comunidade positiva” (*positive community*), é no sentido de que a “propriedade” representa o direito de uso do “commons”, desde que extraídos deste estado comunal mediante o emprego do trabalho (*labor*), e numa quantidade necessária para o pleno exercício do direito natural à sobrevivência e à subsistência. Vê-se, portanto, que a função do trabalho (*labor*), nesta perspectiva - adotado por Drahos -, restringe-se a permitir a apropriação do “commons” sem a necessidade de consentimento dos demais participantes da comunidade positiva (*positive community*), e não para justificar a existência de um direito de propriedade.

Em síntese, Drahos conclui que a perspectiva de Locke é, de fato, importante para a propriedade intelectual, mas não por prover uma suposta “Teoria do Trabalho” (*Labor Theory*) para justificar a apropriação dos bens intelectuais, mas por clarear o fato que a escolha da natureza da propriedade, em uma determinada “comunidade” (*positive community and negative community*), possui relação direta no pretendido estímulo à criação:

Locke é importante para os teóricos da propriedade intelectual, mas não porque ele fornece uma teoria do trabalho de justificação para os direitos de propriedade intelectual. Em primeiro lugar, sua análise mostra a indeterminação do trabalho como base para uma teoria dos direitos de propriedade. O trabalho só oferece uma base aparentemente estável para teorizar na obra de Locke por causa dos pressupostos metafísicos de Locke. Locke, e a tradição da lei natural de que ele fazia parte, nos lembram que as escolhas sobre as formas de propriedade são escolhas sobre a natureza da comunidade. Quando se trata de propriedade intelectual, argumentamos, é a comunidade positiva que devemos estar inclinados a escolher. Os bens comuns intelectuais devem ser nutridos por um processo

---

<sup>112</sup> Texto original da citação: “Locke’s solution, Tully argues, is to ‘redefine positive community’. A person’s inclusive right to the commons does not include a right to everything in the commons, but merely the right to be included in the commons for the purpose of exercising the natural rights of survival and subsistence. Property refers to the right to use the commons and those objects extracted from the commons – a usufructory right. Describing the means of extraction leads Locke into his famous discussion of how labour begins property. By using labour as the starting-point for property, Locke overcomes the problem of how individuals might be said to acquire property in objects from the commons without obtaining the consent of the rest of the commoners. Labour provides the individual commoners with a way of using the commons for their purposes.” DRAHOS, Peter. **A philosophy of intellectual property**. Austrália: Australian National University Press. ANU eText edition, 2016. p. 54. Disponível em: <<http://press.anu.edu.au/node/1902>>. Acesso em 19 mar. 2017.

contínuo de acréscimo. A comunidade negativa é mais susceptível de interferir ou restringir este processo.<sup>113</sup>

Na sequência, Peter Drahos passa a se debruçar sobre a obra de Hegel, e a relação desta com a propriedade intelectual. Esta parte desperta particular interesse nesta pesquisa, em razão de dois motivos: em *primeiro lugar*, por que a perspectiva de análise é especialmente dedicada para os direitos de autor, ao contrário do que ocorre no restante da obra de Peter Drahos, que faz o cotejo entre a filosofia e todas as áreas da propriedade intelectual; em *segundo lugar*, por que Peter Drahos expressamente dialoga com Justin Hughes, criticando a perspectiva adotada por este autor, no que atine a interpretação da obra de Hegel, e a relação desta com a propriedade intelectual, notadamente os direitos de autor.

A primeira característica da leitura de Drahos sobre a influência de Hegel para a propriedade intelectual é negar que, a partir deste autor, se possa extrair uma “Teoria da Personalidade” (*Personality Theory*) para justificar a existência da propriedade intelectual, indo de encontro, *e.g.*, com a perspectiva defendida por Justin Hughes. De maneira efetiva, Drahos prefere utilizar as leituras políticas e de teoria do Estado de Hegel para, em cotejo com a teorização sobre a propriedade deste autor, afirmar a relação indissociável do indivíduo, da sociedade civil e do Estado, com os direitos de propriedade intelectual. Mais precisamente, afirma Drahos, a propriedade intelectual, sob o prisma sistêmico de análise de Hegel, revela ser um potencial “vilão” para o desenvolvimento ético e social das comunidades.<sup>114</sup>

Como ponto de partida, Drahos refuta a possível vinculação de Hegel com a construção de uma “Teoria da Personalidade” (*Personality Theory*) para justificar a existência da propriedade intelectual. Segundo o autor, é plenamente questionável a

---

<sup>113</sup> Texto original da citação: “Locke is important to the intellectual property theorist but not because he provides a labour theory of justification for intellectual property rights. First, his analysis shows the indeterminacy of labour as a basis for a theory of property rights. Labour only offers an apparently stable basis for theorising in Locke’s work because of Locke’s metaphysical assumptions. Locke, and the natural law tradition of which he was a part, remind us that the choices over property forms are choices about the nature of community. When it comes to intellectual property it is, we have argued, positive community we should be inclined to choose. The intellectual commons has to be nurtured by a continuing process of accretion. Negative community is more likely to interfere with or curtail this process.” DRAHOS, Peter. **A philosophy of intellectual property**. Austrália: Australian National University Press. ANU eText edition, 2016. p. 84. Disponível em: <<http://press.anu.edu.au/node/1902>>. Acesso em 19 mar. 2017.

<sup>114</sup> DRAHOS, Peter. **A philosophy of intellectual property**. Austrália: Australian National University Press. ANU eText edition, 2016. p. 109. Disponível em: <<http://press.anu.edu.au/node/1902>>. Acesso em 19 mar. 2017.



relação entre a Teoria da propriedade de Locke e a de Hegel, nos termos em que, usualmente, se propõe: Teoria do Trabalho (*Labor Theory*) versus Teoria da Personalidade (*Personality Theory*). Além disso, prossegue o autor, muitos dos intérpretes que tendem a visualizar uma Teoria da Personalidade (*Personality Theory*) em Hegel, pecam por negligenciar pontos críticos de sua filosofia, notadamente no que atine à questão da propriedade.

Hegel às vezes é conhecido por oferecer uma teoria distintiva da personalidade para a propriedade, que poderia ser contrastada com uma teoria trabalhista Lockeana da propriedade. No caso de certos direitos de propriedade intelectual, como direitos autorais, que trata de obras artísticas, obras dramáticas ou obras literárias, o vínculo entre direitos de propriedade e personalidade pode parecer fortemente intuitiva. Assim, uma tentadora estratégia é fazer com que a teoria da personalidade de Hegel sirva a tarefa de justificar, pelo menos, os direitos de propriedade intelectual em que a personalidade é criativamente envolvida. Há duas razões pelas quais essa abordagem não é adotada aqui. Primeiro, há uma questão séria de saber se o contraste entre a teoria da propriedade de Locke e a teoria de Hegel deve ser enquadrado em termos de trabalho versus personalidade. (...) Em segundo lugar, as discussões sobre o trabalho de Hegel que utilizam sua teoria para fins justificativos também tendem a ignorar a natureza crítica de sua filosofia, especialmente no que se refere à propriedade.<sup>115</sup>

Segundo Drahos, a concepção de vontade (*will*), e todas as suas transições, ocupam posição central da filosofia jurídica (*Philosophy of Right*) de Hegel. As transições da vontade (*will*) começam no âmbito individual, sem o intermédio social, e culminam com a sua generalização para os contextos do Estado e da história.<sup>116</sup> A

<sup>115</sup> Texto original da citação: “Hegel is sometimes said to be offering a distinctive personality theory of property, one which can be contrasted with a Lockean labour theory of property. In the case of certain intellectual property rights such as copyright, which deals with artistic works, dramatic works or literary works, the link between property rights and personality intuitively seems strong. Thus one tempting strategy is to make Hegel’s personality theory serve the task of justifying at least those intellectual property rights in which personality is creatively involved. There are two reasons why this approach is not adopted here. First, there is a serious question whether the contrast between Locke’s theory of property and Hegel’s theory ought to be framed in terms of labour versus personality. (...) Secondly, discussions of Hegel’s work which utilise his theory for justificatory purposes also tend to overlook the critical nature of his philosophy, especially with respect to property.” DRAHOS, Peter. **A philosophy of intellectual property**. Austrália: Australian National University Press. ANU eText edition, 2016. p. 88. Disponível em: <<http://press.anu.edu.au/node/1902>>. Acesso em 19 mar. 2017.

<sup>116</sup> “Central to the Philosophy of Right is the concept of a will which undergoes a series of evolutionary transitions. These transitions begin with a will unmediated by social relations and culminate in the generalised will that has located itself in the context of the state and world history”. Tradução livre: “Central para a Filosofia do Direito é o conceito de vontade que sofre uma série de transições evolutivas. Essas transições começam com uma vontade não mediada pelas relações sociais e culminam na vontade generalizada que se localizou no contexto do estado e da história mundial”.

tradicional afirmação de Hegel, no sentido de que a propriedade é uma manifestação da personalidade, é encontrada logo no primeiro estágio de transição da vontade (*will*).

A tarefa da vontade é realizada em várias etapas. Na primeira etapa, a consciência é consciente de si mesma como personalidade e busca impor-se ao mundo externo. A vontade também deve existir sob a forma de moralidade particular e subjetiva antes de encontrar sua libertação final no estado. A principal contribuição de Hegel à propriedade é encontrada na primeira etapa do desenvolvimento da vontade quando se manifestará como personalidade.<sup>117</sup>

Frisa-se, que na perspectiva de Drahos, Hegel não está interessado em defender uma particular estrutura normativa de “comunidade”, ao contrário de Locke, mas em relevar o papel que a “comunidade” exerce na evolução das liberdades individuais.<sup>118</sup> E, neste processo de evolução – transição -, é que a propriedade exerce um papel primário e fundamental, tanto no âmbito individual, quanto no âmbito social da comunidade.

Entretanto, e aqui reside um ponto crucial da leitura de Drahos sobre Hegel, para muito além de justificar (fundamentar) a relação da personalidade na constituição da propriedade, Hegel busca explicar o processo de transição da personalidade individual, desde a primordial tomada de autoconsciência – e, portanto, manifestação da liberdade -, até a relação deste indivíduo com a comunidade em que habita. A constituição da propriedade como forja da personalidade individual, repita-se, é apenas uma centelha deste processo de

---

(Tradução nossa) DRAHOS, Peter. **A philosophy of intellectual property**. Austrália: Australian National University Press. ANU eText edition, 2016. p. 89. Disponível em: <<http://press.anu.edu.au/node/1902>>. Acesso em 19 mar. 2017.

<sup>117</sup> Texto original da citação: “The task of the will is carried out in several stages. In the first stage will is conscious of itself as personality, and seeks to impose itself on the external world. Will must also exist in the form of particular, subjective morality before it finds its ultimate liberation in the state. Hegel’s main account of property is to be found in the first stage of the will’s development when will manifests itself as personality.” DRAHOS, Peter. **A philosophy of intellectual property**. Austrália: Australian National University Press. ANU eText edition, 2016. p. 89. Disponível em: <<http://press.anu.edu.au/node/1902>>. Acesso em 19 mar. 2017.

<sup>118</sup> “Unlike Locke, Hegel is not primarily interested in defending a particular normative structure of community (for example, positive inclusive community). Instead his aim is to reveal the role that community plays in the evolution of individual freedom”. Tradução livre: “Ao contrário de Locke, Hegel não se interessa principalmente por defender uma estrutura normativa específica da comunidade (por exemplo, comunidade inclusiva positiva). Em vez disso, seu objetivo é revelar o papel que a comunidade desempenha na evolução da liberdade individual”. (Tradução nossa) DRAHOS, Peter. **A philosophy of intellectual property**. Austrália: Australian National University Press. ANU eText edition, 2016. p. 86. Disponível em: <<http://press.anu.edu.au/node/1902>>. Acesso em 19 mar. 2017.

desvelamento, e não uma espécie de “essência” que o criador, supostamente, deposita sobre os objetos para trazê-los para o âmbito de seu domínio. Neste ponto, também, é que Drahos dirige sua crítica para a leitura que Hughes elabora da importância de Hegel para a propriedade intelectual:

A afirmação de Hegel de que 'a propriedade é a personificação da personalidade' levou alguns autores a forjar um vínculo entre sua teoria e objetos artísticos. É um caminho tentador a percorrer. Hughes, por exemplo, argumenta que poemas, histórias, romances e obras musicais são 'recipientes naturais para a personalidade', enquanto outros objetos como 'patentes, máscaras de microchip e segredos comerciais de engenharia' não são obviamente manifestações da personalidade individual.

Este argumento interpreta a personalidade como uma espécie de essência que em vários graus é 'derramada' em objetos. Um problema com esse argumento é que ele pressupõe que a justificativa e não a explicação é o principal objetivo de Hegel. Nós vimos, no entanto, que a propriedade - toda propriedade - é parte da explicação para a forma como a personalidade começa a se atualizar no mundo.<sup>119</sup>

Destarte, na perspectiva de Drahos, a obra de Hegel não fornece para a propriedade intelectual um trampolim para que os artistas identifiquem uma espécie privilegiada de direitos para suas criações (os direitos morais). Em outras palavras, a personalidade não é uma essência que o artista deposita em suas criações, que, por este motivo, passariam a merecer uma forma privilegiada de proteção (pelos direitos morais). Pelo contrário, Drahos entende que a análise de Hegel sobre a propriedade oferece a possibilidade de elaboração de críticas sobre a sistemática atual de proteção dos direitos de autor.<sup>120</sup> Em razão da clareza do argumento central de sua crítica, transcreve-se, *in verbis*, as palavras de Peter Drahos:

---

<sup>119</sup> Texto original da citação: “Hegel’s claim that ‘property is the embodiment of personality’ has led some to forge a link between his theory and artistic objects. It is a tempting path to go down. Hughes, for example, argues that poems, stories, novels and musical works are ‘natural receptacles for personality’ while other objects such as ‘patents, microchip masks and engineering trade secrets’ are not obviously manifestations of individual personality. This argument interprets personality as some sort of essence which in varying degrees is ‘poured’ into objects. One problem with this argument is that it assumes that justification rather than explanation is Hegel’s primary aim. We have seen, however, that property – all property – is part of the explanation for the way personality begins to actualize itself in the world.” DRAHOS, Peter. **A philosophy of intellectual property**. Austrália: Australian National University Press. ANU eText edition, 2016. p. 94. Disponível em: <<http://press.anu.edu.au/node/1902>>. Acesso em 19 mar. 2017.

<sup>120</sup> “Personality is not a springboard, at least for Hegel, for special rights for artists and other creators. Thus Hegel’s analysis of property offers the possibility of a potent critique of authors’ rights systems”. Tradução livre: “A personalidade não é um trampolim, pelo menos para Hegel, para direitos especiais para artistas e outros criadores. Assim, a análise de propriedade de Hegel oferece a possibilidade de uma crítica potente dos sistemas de direitos de autor”. (Tradução

Para Hegel, a propriedade representa o começo de uma viagem pela vontade individual dentro do seu ambiente social. A propriedade intelectual, como outras formas de propriedade, tem um papel a desempenhar no desenvolvimento do indivíduo. O perigo da propriedade intelectual reside na sua utilização pela sociedade civil. A sociedade civil, uma vez que se trata de perceber as vantagens pecuniárias dos direitos de propriedade intelectual, pressiona o Estado a construir sistemas de propriedade intelectuais cada vez mais elaborados, sistemas que, em última instância, se tornam um sistema global. Isto, sugerimos, ameaça a vida ética de comunidades individuais. Os objetos abstratos que se encontram na ciência e na cultura estão no centro de muitas das interdependências que se encontram na vida comunitária. A busca implacável da sociedade civil por esses objetos produz relações de separação e força para a fragmentação da comunidade. Uma vez que a propriedade em objetos abstratos se torna parte de um sistema global, ele não atua mais nas comunidades para permitir a liberdade, mas age sobre elas para restringir a liberdade. Ou, pelo menos, este é um resultado possível de tal sistema.<sup>121</sup>

Conforme elucidado por Peter Drahos, uma leitura apurada de Hegel permite identificar que, ao contrário do que possa ocorrer com relação à propriedade tradicional, a propriedade intelectual possui características peculiares que, quando submetidas à lógica da comunidade hegeliana, podem acabar tornando-a o próprio censor das liberdades individuais que deveria promover, notadamente quando o Estado passa a encampar a expansão de privilégios privados para atores sociais específicos, em um mundo cada vez mais globalizado.

De qualquer sorte, sem avançar demasiadamente neste tocante, sob pena de se fugir do epicentro da discussão ora proposta, denota-se que, para além de uma “Teoria da Personalidade” (*Personality Theory*), a leitura de Drahos revela que as proposições metafísicas de Hegel são preponderantes em sua teorização sobre a

---

nossa) DRAHOS, Peter. **A philosophy of intellectual property**. Austrália: Australian National University Press. ANU eText edition, 2016. p. 95. Disponível em: <<http://press.anu.edu.au/node/1902>>. Acesso em 19 mar. 2017.

<sup>121</sup> Texto original da citação: “For Hegel, property represents the beginnings of a journey for individual will within its social environment. Intellectual property, like other forms of property, has a role to play in the development of the individual person. The danger of intellectual property lies in its utilization by civil society. Civil society, once it comes to realize the pecuniary advantages of intellectual property rights, presses the state to build ever more elaborate intellectual property systems, systems which ultimately become a global system. This, we have suggested, threatens the ethical life of individual communities. The abstract objects to be found in science and culture lie at the center of many of the interdependencies to be found in community life. Civil society’s relentless pursuit of these objects produces relations of separation and a force for the fragmentation of community. Once property in abstract objects becomes part of a global system, it no longer acts within communities to enable freedom but acts upon them to restrict freedom. Or at least this is one possible outcome of such a system.” DRAHOS, Peter. **A philosophy of intellectual property**. Austrália: Australian National University Press. ANU eText edition, 2016. p. 109. Disponível em: <<http://press.anu.edu.au/node/1902>>. Acesso em 19 mar. 2017.

propriedade, notadamente o relevar do papel que a “comunidade” exerce na evolução das liberdades individuais. Não por outra razão, na sequência de sua análise filosófica sobre a Propriedade intelectual, Drahos desagua em Karl Marx – um dos maiores críticos de Hegel, diga-se de passagem.

A *priori*, pode causar estranhamento que se busque em Karl Marx, um dos mais notáveis críticos da propriedade, suporte para justificar direitos de propriedade intelectual.<sup>122</sup> Causa ainda mais estranhamento, levando-se em consideração que, muito embora Marx tenha dedicados alguns estudos para o tema do direito, seus estudos não buscam justificar a propriedade, como Locke e Hegel, por exemplo. Drahos adverte, conquanto, que seu interesse neste autor explica-se em razão de sua distinta perspectiva crítica, notadamente no que atine à interpelação da propriedade com as demandas econômicas do sistema capitalista.

Marx é usualmente considerado como um dos grandes críticos da propriedade. Ninguém olharia para Marx visando a justificar direitos de propriedade, como fazem com relação a Locke e Hegel. (...) Nosso propósito em olhar para Marx é fazer uso de sua perspectiva explicativa distintiva. Desejamos, em particular, ver se isso nos ajuda a entender melhor a interligação da propriedade intelectual, especialmente a conexão entre o direito da propriedade intelectual e as mudanças econômicas no sistema capitalista.<sup>123</sup>

Desta forma, assim como procede com os demais autores aqui examinados, Drahos está mais interessado nas análises que circundam as teorias de Marx, do que no epicentro de suas conclusões, propriamente ditas. Por esta razão, a partir de Marx, Drahos propõe a tese de que a propriedade intelectual é um elemento

<sup>122</sup> “There are at least three important ideas which can be found in Marx’s work regarding property. The first is that property is a form of alienation. Second, property is a class instrument, which is used by the ruling class to protect its interests. Third is the idea that property (especially private property) is a ruling idea, that is, property is part of ideology”. Tradução livre: “Existem pelo menos três idéias importantes que podem ser encontradas no trabalho de Marx em relação à propriedade. A primeira é que a propriedade é uma forma de alienação. Em segundo lugar, a propriedade é um instrumento de classe, que é usado pela classe dominante para proteger seus interesses. Terceiro é a idéia de que a propriedade (especialmente a propriedade privada) é uma idéia dominante, isto é, a propriedade é parte da ideologia”. (Tradução nossa) DRAHOS, Peter. **A philosophy of intellectual property**. Austrália: Australian National University Press. ANU eText edition, 2016. p. 113. Disponível em: <<http://press.anu.edu.au/node/1902>>. Acesso em 19 mar. 2017.

<sup>123</sup> Texto original da citação: “Marx is typically thought of as one of property’s great critics. No one looks to Marx in order to justify rights of property, as they do to Locke and Hegel. (...) Our purpose in looking at Marx is to make use of his distinctive explanatory perspective. We wish in particular to see if it helps us to come to a better understanding of the interconnectedness of intellectual property, especially the connection between intellectual property law and economic change in capitalist systems.” DRAHOS, Peter. **A philosophy of intellectual property**. Austrália: Australian National University Press. ANU eText edition, 2016. p. 111. Disponível em: <<http://press.anu.edu.au/node/1902>>. Acesso em 19 mar. 2017.



integrante do trabalho criativo na vida produtiva do capital.<sup>124</sup> Tal proposição estampa as análises de Marx sobre a natureza de commodities dos bens produzidos no sistema capitalista, bem como sobre o modo de comportamento do ator econômico inserido no sistema, e como suas ações contribuem para o crescimento econômico de seu capital.<sup>125</sup>

Com efeito, o diálogo com Marx permite a Drahos desenvolver um argumento crítico, no sentido de que, em sua construção epistemológica tradicional, a função primordial da propriedade intelectual é permitir a integração de bens imateriais e trabalho criativo na vida econômica do capital.<sup>126</sup> Em outras palavras: tornar os bens intelectuais passível de mercantilização, em benefício da vida econômica do capital. Não por outra razão, outrossim, é justamente esse diálogo com Karl Marx o ponto de partida da percepção do autor sobre a importância econômica para uma teoria filosófica da propriedade, o que acabaria conduzindo Drahos a desenvolver sua teoria instrumental (*instrumentalism*).

Comparando as semelhanças e rupturas entre as perspectivas de Justin Hughes e Peter Drahos, ganha destaque o fato de que ambos buscam travar um diálogo entre as teorias tradicionais da propriedade, notadamente aquelas encampadas por John Locke e Georg Wilhelm Friedrich Hegel, com as peculiaridades da propriedade intelectual, a fim de se examinar se as suas bases filosóficas partilhavam de fundamentos comuns. Apesar de estarem se debruçando sobre manancial teórico idêntico, Hughes e Drahos chegam a conclusões absolutamente distintas em suas análises. Ao passo que Hughes conclui que as teorias de Locke (*Labor Theory*) e Hegel (*Personality Theory*) possuem suas próprias forças e fraquezas, e que elas parecem se aplicar mais facilmente à

---

<sup>124</sup> “Our central thesis is that intellectual property integrates creative labour into the productive life of capital”. Tradução livre: “Nossa tese central é que a propriedade intelectual integra o trabalho criativo na vida produtiva do capital”. (Tradução nossa) DRAHOS, Peter. **A philosophy of intellectual property**. Austrália: Australian National University Press. ANU eText edition, 2016. p. 112. Disponível em: <<http://press.anu.edu.au/node/1902>>. Acesso em 19 mar. 2017.

<sup>125</sup> “The real benefit of using Marx’s theory lies in his analysis of the commodity nature of capitalism, his understanding of individual capitalist behaviour and how this contributes to the growth of economic capitalism”. Tradução livre: “O benefício real de usar a teoria de Marx reside na análise da natureza do capitalismo, da compreensão do comportamento capitalista individual e da forma como isso contribui para o crescimento do capitalismo econômico”. (Tradução nossa) DRAHOS, Peter. **A philosophy of intellectual property**. Austrália: Australian National University Press. ANU eText edition, 2016. p. 136. Disponível em: <<http://press.anu.edu.au/node/1902>>. Acesso em 19 mar. 2017.

<sup>126</sup> DRAHOS, Peter. **A philosophy of intellectual property**. Austrália: Australian National University Press. ANU eText edition, 2016. p. 136. Disponível em: <<http://press.anu.edu.au/node/1902>>. Acesso em 19 mar. 2017.

propriedade intelectual do que à propriedade tradicional, Drahos sequer visualiza em Locke e Hegel as teorias do Trabalho (*Labor*) e Personalidade (*Personality*) que Hughes percebe. Ainda, Drahos vai além ao trazer à baila Karl Marx, e a partir deste autor dialogar com uma perspectiva econômica para a propriedade intelectual, em uma perspectiva crítica.

### 2.2.3 Willian Fisher e as quatro teorias da Propriedade Intelectual

Após o ponto de partida de Hughes e Drahos, diversos autores buscaram examinar e reformular “Teorias da Propriedade Intelectual”. Atento a propagação desenfreada de teóricos sobre a propriedade intelectual, Willian Fisher,<sup>127</sup> em 1999,<sup>128</sup> busca examinar essas teorias, avaliá-las e considerar os papéis que elas desempenham nas legislações sobre a matéria. Neste processo, Fisher identifica quatro abordagens (*approaches*) que lhe parecem recorrente.

A primeira e mais popular delas é a abordagem utilitarista<sup>129</sup> (*Utilitarian Approach*). Esta abordagem, de acordo Fisher, emprega a tradicional diretriz utilitarista, no sentido de que o ânimo dos legisladores ao moldar os direitos de propriedade deve ser a maximização do bem-estar social. Perseguir esse fim, no contexto da propriedade intelectual, em geral, exigiria que os legisladores

<sup>127</sup> Vide: FISHER, William. **The growth of intellectual property**: a history of the ownership of ideas in the United States. [S.l., 2017?]. Disponível em: <<https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/iphistory.pdf>>. Acesso em 19 mar. 2017; e, FISHER, William. **Theories of intellectual property**. [S.l., 2017?] Disponível em <<https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/iptheory.pdf>>. Acesso em 12 mar. 2017.

<sup>128</sup> FISHER, William. **Geistiges Eigentum - ein ausufernder Rechtsbereich**: Die Geschichte des Ideenschutzes in den Vereinigten Staaten. Eigentum im internationalen Vergleich. Vandenhoeck & Ruprecht, 1999, 265-91. *Apud*. FISHER, William. **The growth of intellectual property**: a history of the ownership of ideas in the United States. [S.l., 2017?]. Disponível em: <<https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/iphistory.pdf>>. Acesso em 19 mar. 2017.

<sup>129</sup> Acerca da origem e significado da palavra “utilitarismo”, cumpre a transcrição de ensinamento de Liz Sass: “Sua origem está no pensamento filosófico inglês desenvolvido entre fins do século XVIII e início do século XIX. Jeremy Bentham (1748-1832) é considerado o fundador do pensamento utilitarista, o qual é delineado na sua obra intitulada Introdução aos Princípios da Moral e Legislação, publicada em 1789. Stuart Mill (1806-1873) foi um de seus principais seguidores e, com a publicação da obra Utilitarismo esboçou de forma mais concisa e acessível as bases do pensamento utilitarista, embora com algumas diferenças em relação à teoria de Bentham. Assim, inicialmente, o termo utilitarismo é adotado para toda concepção ético-política desenvolvida por esses autores e seus seguidores. Contudo, ao longo do tempo a terminologia assume uma variedade de significados e atualmente designa uma série de doutrinas ou teorias<sup>32</sup>, com implicações no campo econômico, político e social”. SASS, Liz Beatriz. **Da (não) justificativa do uso dos direitos de propriedade intelectual para a apropriação da biodiversidade**: a sustentabilidade como limite. 2016. 449 f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2016. p. 103. Disponível em: <[http://www.gedai.com.br/sites/default/files/tese\\_versao\\_a5\\_liz\\_sass.pdf](http://www.gedai.com.br/sites/default/files/tese_versao_a5_liz_sass.pdf)>. Acesso em 12 jun.2017.

estabelecessem um equilíbrio ideal entre, por um lado, o poder dos direitos de exclusividade como estímulo à criação e, por outro, o direito de acesso do público em geral.

A primeira e mais popular das quatro abordagens emprega a diretriz utilitarista, segundo o qual a pedra angular dos legisladores ao moldar direitos de propriedade deve ser a maximização do bem-estar social líquido. Perseguir esse fim no contexto da propriedade intelectual, em geral, exige que os legisladores estabeleçam um equilíbrio ideal entre, por um lado, o poder dos direitos exclusivos para estimular a criação de invenções e obras de arte e, por outro, a tendência parcialmente compensadora de tais direitos de restringir o gozo público generalizado dessas criações.<sup>130</sup>

De acordo com Fisher, dois representantes desta forma de abordagem (*Utilitarian Approach*), de maneira especial para os direitos de autor, seriam William Landes e Richard Posner.<sup>131</sup>

Na sequência, Fisher examina a segunda abordagem que julga gozar de maior aderência teórica nos trabalhos acadêmicos sobre a matéria, a abordagem de Locke (ou Teoria do Trabalho – *Labor Theory*). Para Fisher, esta abordagem centra-se na proposição de que uma pessoa que empenha trabalho sobre recursos que são mantidos em comum (*common*) passa a ter um direito de propriedade natural aos frutos de seu trabalho - e que o Estado tem o dever de respeitar e fazer cumprir este direito natural.<sup>132</sup>

A segunda das quatro abordagens que atualmente dominam a literatura teórica brota da proposição de que uma pessoa que trabalha com recursos que são ou não possuídos ou "mantidos em comum" tem um direito de propriedade natural aos frutos de seus esforços - e que o Estado tem o dever de respeitar e fazer valer esse direito natural. Essas ideias, originadas nos escritos de John Locke, são amplamente consideradas especialmente aplicáveis ao campo da propriedade intelectual, onde as matérias-primas pertinentes

<sup>130</sup> Texto original da citação: "The first and most popular of the four employs the familiar utilitarian guideline that lawmakers' beacon when shaping property rights should be the maximization of net social welfare. Pursuit of that end in the context of intellectual property, it is generally thought, requires lawmakers to strike an optimal balance between, on one hand, the power of exclusive rights to stimulate the creation of inventions and works of art and, on the other, the partially offsetting tendency of such rights to curtail widespread public enjoyment of those creations." FISHER, William. **Theories of intellectual property**. [S.l., 2017?]. p. 2. Disponível em <<https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/iptheory.pdf>>. Acesso em 12 mar. 2017.

<sup>131</sup> FISHER, William. **Theories of intellectual property**. [S.l., 2017?]. p. 2. Disponível em <<https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/iptheory.pdf>>. Acesso em 12 mar. 2017.

<sup>132</sup> FISHER, William. **Theories of intellectual property**. [S.l., 2017?]. p. 4. Disponível em <<https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/iptheory.pdf>>. Acesso em 12 mar. 2017.



(fatos e conceitos) parecem, em certo sentido, ser "mantidas em comum" e onde o trabalho parece contribuir de forma tão importante para o valor dos produtos acabados.<sup>133</sup>

Para Fisher, um bom exemplo de representante dessa perspectiva é a breve, mas influente discussão de Robert Nozick sobre a lei de patentes em *Anarchy, State, and Utopia*.<sup>134</sup>

A terceira abordagem, para Fisher, deriva vagamente dos escritos de Kant e Hegel. É a denominada teoria da personalidade (*Personality Theory*). A premissa desta abordagem é de que os direitos de propriedade são cruciais para a satisfação de algumas necessidades humanas fundamentais e que os legisladores devem empregar esforços em alocar direitos aos recursos que melhor permitam às pessoas satisfazerem essas necessidades. Os direitos de propriedade intelectual, portanto, seriam justificados porque protegem de apropriação ou modificação os artefatos nos quais os autores expressaram suas vontades e/ou porque criam condições econômicas e sociais propícias à criatividade, que é importante para o florescimento humano.<sup>135</sup>

A premissa da terceira abordagem - derivada vagamente dos escritos de Kant e Hegel - vai no sentido de que os direitos de propriedade privada são cruciais para a satisfação de algumas necessidades humanas fundamentais; os formuladores de políticas devem, portanto, se esforçar para criar e alocar direitos aos recursos da forma que melhor permita às pessoas satisfazer essas necessidades. Sob esse ponto de vista, os direitos de propriedade intelectual podem ser justificados pelo fato de proteger artefatos de apropriação ou modificação através dos quais autores e artistas expressaram suas "vontades" (uma atividade considerada central para a "personalidade") ou no sentido de que eles criam condições sociais e

---

<sup>133</sup> Texto original da citação: "The second of the four approaches that currently dominate the theoretical literature springs from the propositions that a person who labors upon resources that are either unowned or 'held in common' has a natural property right to the fruits of his or her efforts – and that the state has a duty to respect and enforce that natural right. These ideas, originating in the writings of John Locke, are widely thought to be especially applicable to the field of intellectual property, where the pertinent raw materials (facts and concepts) do seem in some sense to be 'held in common' and where labor seems to contribute so importantly to the value of finished products." FISHER, William. **Theories of intellectual property**. [S.l., 2017?]. p. 4. Disponível em <<https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/iptheory.pdf>>. Acesso em 12 mar. 2017.

<sup>134</sup> FISHER, William. **Theories of intellectual property**. [S.l., 2017?]. p. 4. Disponível em <<https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/iptheory.pdf>>. Acesso em 12 mar. 2017.

<sup>135</sup> FISHER, William. **Theories of intellectual property**. [S.l., 2017?]. p. 5/6. Disponível em <<https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/iptheory.pdf>>. Acesso em 12 mar. 2017.

econômicas propícias à atividade intelectual criativa, que por sua vez são importantes para o florescimento humano.<sup>136</sup>

Segundo Fisher, a contribuição mais refinada para esta abordagem advém de Justin Hughes, de cuja obra Fisher extrai quatro proposições essenciais de um sistema de propriedade intelectual embasado na filosofia da propriedade hegeliana.

Em talvez o argumento mais desenvolvido desse tipo, Justin Hughes deriva da Filosofia de Direito de Hegel as seguintes diretrizes sobre a forma adequada de um sistema de propriedade intelectual. (A) Devemos estar mais dispostos a conceder proteção legal aos frutos de atividades intelectuais altamente expressivas, como a escrita de romances, do que aos frutos de atividades menos expressivas, como a pesquisa genética. (B) Porque a "persona" de uma pessoa - sua "imagem pública, incluindo seus traços físicos, maneirismos e história" - é um importante "receptáculo para a personalidade", merece uma generosa proteção legal, apesar do fato de que ordinariamente elas não resultam do trabalho. (C) Os autores e inventores devem ser autorizados a ganhar respeito, honra, admiração e dinheiro do público através da venda ou doação de cópias de suas obras, mas não devem ser autorizados a renunciar a seu direito de impedir que outros mutilem suas obras.<sup>137</sup>

A última das quatro abordagens, denominada por Fisher de teoria do plano social (*Social Planning Theory*), está enraizada na proposição de que os direitos de propriedade em geral - e os direitos de propriedade intelectual em particular - podem e devem ser moldados de forma a promover a cultura. Na opinião de Fisher, os teóricos que trabalham nesta abordagem normalmente tomam inspiração em um

<sup>136</sup> Texto original da citação: "The premise of the third approach -- derived loosely from the writings of Kant and Hegel -- is that private property rights are crucial to the satisfaction of some fundamental human needs; policymakers should thus strive to create and allocate entitlements to resources in the fashion that best enables people to fulfill those needs. From this standpoint, intellectual property rights may be justified either on the ground that they shield from appropriation or modification artifacts through which authors and artists have expressed their 'wills' (an activity thought central to 'personhood') or on the ground that they create social and economic conditions conducive to creative intellectual activity, which in turn is important to human flourishing." FISHER, William. **Theories of intellectual property**. [S.l., 2017?] p. 5/6. Disponível em <<https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/iptheory.pdf>>. Acesso em 12 mar. 2017.

<sup>137</sup> Texto original da citação: "In perhaps the most fully developed argument of this sort, Justin Hughes derives from Hegel's Philosophy of Right the following guidelines concerning the proper shape of an intellectual-property system. (a) We should be more willing to accord legal protection to the fruits of highly expressive intellectual activities, such as the writing of novels, than to the fruits of less expressive activities, such as genetic research. (b) Because a person's 'persona' -- his 'public image, including his physical features, mannerisms, and history' -- is an important "receptacle for personality," it deserves generous legal protection, despite the fact that ordinarily it does not result from labor. (c) Authors and inventors should be permitted to earn respect, honor, admiration, and money from the public by selling or giving away copies of their works, but should not be permitted to surrender their right to prevent others from mutilating or misattributing their Works." FISHER, William. **Theories of intellectual property**. [S.l., 2017?]. p. 6. Disponível em <<https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/iptheory.pdf>>. Acesso em 12 mar. 2017.

conjunto eclético de teóricos políticos e jurídicos, incluindo Thomas Jefferson, Karl Marx, Realismo Jurídico, etc. Esta abordagem - prossegue Fisher – pode até parecer semelhante à abordagem utilitarista no que atine a sua orientação teleológica, mas se distingue em sua disposição em implantar visões de uma sociedade inclusiva.<sup>138</sup>

De acordo com Fisher, essas quatro abordagens (em ordem de proeminência e influência) seriam as teorias que dominam, atualmente, o âmbito da propriedade intelectual. Em que pese os teóricos da matéria tenham uma tendência em segmentá-las em quatro abordagens distintas, Fisher observa que, na prática, as decisões judiciais e projetos legislativos costumam misturá-las, expandi-las e/ou segmentá-las, a fim de atender com fundamentos filosóficos as novas demandas. E, após cotejar seus benefícios e deficiências, Fisher conclui que, na prática, todas essas quatro teorias se revelaram menos úteis do que os seus proponentes costumam afirmar.<sup>139</sup>

#### 2.2.4 Abordagens e justificativas contemporâneas.

Atualmente, as teorias - ora examinadas - ainda ocupam posição de destaque na fundamentação teórica da matéria, sendo fartamente utilizadas pela literatura técnica especializada<sup>140</sup> - em que pese à ressalva de William Fisher sobre suas fraquezas. Inclusive, seria plenamente aceitável a crítica de que esta pesquisa trabalha dentro da lógica da Teoria do Plano Social (*Social Planning Theory*), eis que, ao fim e ao cabo, busca-se, de fato, aproximar os direitos de propriedade

<sup>138</sup> FISHER, William. **Theories of intellectual property**. [S.l., 2017?]. p. 6. Disponível em <<https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/iptheory.pdf>>. Acesso em 12 mar. 2017.

<sup>139</sup> FISHER, William. **Theories of intellectual property**. [S.l., 2017?]. p. 13. Disponível em <<https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/iptheory.pdf>>. Acesso em 12 mar. 2017.

<sup>140</sup> Exclusivamente em âmbito regional, poder-se-ia citar no mínimo quatro autores que buscam suporte na obra de William Fisher como base para suas pesquisas: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação**. 2006. 386 f. Tese (Doutorado em Direito Público) - Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). São Leopoldo, 2006. Disponível em <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2472>>. Acesso em 20 ago. 2017; AVANCINI, Helenara Braga. **O direito autoral numa perspectiva dos direitos fundamentais: a limitação do excesso de titularidade por meio do Direito da Concorrência e do Consumidor**. PIDCC, Aracaju, Ano I, Edição nº 01/2012, p.1 a 304 Out/Dez 2012; BARCELLOS, Milton Leão. **Propriedade industrial & constituição: as teorias preponderantes e sua interpretação na realidade brasileira**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2007; SASS, Liz Beatriz. **Da (não) justificativa do uso dos direitos de propriedade intelectual para a apropriação da biodiversidade: a sustentabilidade como limite**. 2016. 449 f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2016. Disponível em: <[http://www.gedai.com.br/sites/default/files/tese\\_versao\\_a5\\_liz\\_sass.pdf](http://www.gedai.com.br/sites/default/files/tese_versao_a5_liz_sass.pdf)>. Acesso em 12 jun.2017.

intelectual em geral - e os direitos de autor em particular – da necessária promoção à cultura e à educação. Conquanto, o que difere esta investigação dos trabalhos realizados pelos autores imersos na famigerada Teoria do Plano Social (*Social Planning Theory*) não é tanto a sua teleologia, mas a epistemologia, ético-filosófica, para se atingir tal desiderato – que não comunga com a ótica proprietária, sequer com a perspectiva econômica usualmente utilizada para justificar a propriedade intelectual.

A propósito, forçoso reconhecer, igualmente, que a perspectiva econômica para justificar a propriedade intelectual tem passado a gozar, progressivamente, de maior força e preponderância na literatura técnica – em que pese possua, de fato, suas próprias fraquezas e limitações. Não por acaso, a abordagem utilitarista (*Utilitarian Approach*) de William Fisher, com esteio em William Landes e Richard Posner,<sup>141</sup> é apontada como a abordagem preponderante e mais comum na literatura técnica para justificar os direitos de propriedade intelectual em geral, e os direitos de autor em particular. Da mesma forma, não parece um acaso que Peter Drahos promova forte crítica à perspectiva proprietária dos direitos de autor, notadamente a partir da leitura de Justin Hughes, e venha a apostar em uma teoria instrumental (*instrumentalism*) para justificar a propriedade intelectual, com forte substrato de teorias econômicas.

Segundo Landes e Posner, já é dominante, hoje, o entendimento de que a análise da propriedade intelectual pode, sim, ser adequadamente conduzida dentro de um quadro econômico, que busca alinhar com a lei os ditames da eficiência econômica.<sup>142</sup> Na verdade, ambos os autores são igualmente céticos quando a capacidade das teorias não econômicas da propriedade intelectual em alcançar poder explanatório e normativo significativo – especialmente as Teorias do Trabalho e da Personalidade, notoriamente atribuídas a Locke e Hegel, respectivamente.<sup>143</sup> Para Landes e Posner, portanto, a perspectiva econômica possui melhores condições em erigir elementos estruturantes para uma justificação adequada para a propriedade intelectual.

---

<sup>141</sup> FISHER, William. **Theories of intellectual property**. [S.l., 2017?]. p. 2. Disponível em <<https://cyber.harvard.edu/people/ffisher/iptheory.pdf>>. Acesso em 12 mar. 2017.

<sup>142</sup> LANDES, William M. POSNER, Richard A. **The economic structure of intellectual property law**. [S.l.]: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003. p. 5.

<sup>143</sup> LANDES, William M. POSNER, Richard A. **The economic structure of intellectual property law**. [S.l.]: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003. p. 5.

De fato, a economia representa um recurso demasiado importante para ser ignorado em uma perspectiva filosófica da propriedade intelectual,<sup>144</sup> eis que permite análises empíricas do custo-benefício envolvido na criação de exclusividades temporárias sobre bens imateriais, sem as quais não se conseguiria ter ideia dos efeitos sociais, positivos ou deletérios, envolvidos na estratégia da criação da propriedade intelectual como meio de apropriação de bens intangíveis (não escassos e não rivais).

Destarte, proceder-se-á, a seguir, a análise dessa outra corrente teórica que afasta a noção de propriedade privada do epicentro do direito de autor (em que pese a mantenha em menor escala), e a percebe, a partir de aportes econômicos, como que gozando de uma natureza (preponderante) de instrumento econômico (monopólio).

### 2.3 O Direito de Autor a partir da perspectiva econômica

De acordo com Robert Cooter,<sup>145</sup> embora, originalmente, a importância da economia para o direito tenha ficado restrita às áreas das finanças, tributário e concorrencial, desde os anos 1960 houve uma reversão deste quadro, quando os conceitos econômicos passaram a ser utilizados, também, em áreas mais tradicionais do direito, como os contratos e a propriedade, por exemplo - inclusive aquela de natureza imaterial. Trata-se do advento da perspectiva da *Law and Economics*, que propõe operar uma análise econômica das tradicionais instituições do direito.

A partir desta perspectiva, portanto, a propriedade intelectual, e também o direito de autor, passam a ser compreendidos, inclusive no âmbito de sua “estória”, como um remédio jurídico (instrumento) utilizado para resolver uma falha de mercado (*Market Failure*) que faz com que bens imateriais (bens públicos,<sup>146</sup> na acepção econômica do termo) tenham alto custo de desenvolvimento, mas custo marginal reduzidos/nulos para sua reprodução, dificultando, assim, a alocação de

---

<sup>144</sup> DRAHOS, Peter. **A philosophy of intellectual property**. Austrália: Australian National University Press. ANU eText edition, 2016. p. 8. Disponível em: <<http://press.anu.edu.au/node/1902>>. Acesso em 19 mar. 2017.

<sup>145</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6 ed. [S.l.] Berkeley Law Books, 2016. p. 1. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/books/2>. Acesso em 13 maio 2017.

<sup>146</sup> STIGLITZ, Joseph E. Economic foundations of intellectual property rights. [S.l.]: **Duke Law Journal**. 2008. p.1693-1724. p. 1700/1701. Disponível em <<http://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol57/iss6/3/>>. Acesso em 04 jun. 2017.

recursos para investimento em criação/inação que assegurem o retorno do investimento inicial. Ou seja, o mercado de bens imateriais – que não gozam de escassez natural e são não exclusivos<sup>147</sup> - parece ser por si só insuficiente para a manutenção de um fluxo de investimento e rentabilidade na produção de bens imateriais. De acordo com a literatura da *Law and Economics*, portanto, mesmo que não dito de forma expressa, deve-se acreditar que a propriedade intelectual representa fator de estímulo - à inováção e criações, em geral.<sup>148</sup>

Para a melhor compreensão do direito de autor a partir da perspectiva econômica detalha-se, a seguir, o conceito já citado, primordialmente a partir do diálogo entre Robert Cooter, Joseph E. Stiglitz e Denis B. Barbosa, mas, também, a partir das perspectivas teóricas de Maria Tereza Leopardi Mello, Willian Lades e Richard Posner.

### 2.3.1 Market *Failure* e o paradoxo do Direito de Autor

A idéia básica que se reveste a problemática da propriação de bens imateriais possui origem na seguinte questão fundamental: o conhecimento, insumo básico da inováção, é um bem público,<sup>149</sup> ou seja, seu consumo é não competitivo (*nonrivalness*). Uma cadeira, por exemplo, é um bem privado e material, uma pessoa pode possuí-la e apenas uma pessoa pode nela sentar-se, por vez. O mesmo vale para alimentos: apenas uma pessoa pode comer um hambúrguer, e.g.. O conhecimento, no entanto, é diferente, conforme denuncia o economista Joseph, E. Stiglitz:

Acabo de compartilhar com vocês algumas das coisas que eu sei, mas compartilhar esse conhecimento com vocês não retirou de mim o que eu sei. Por isso, é que o conhecimento tem a qualidade de um bem de consumo não competitivo (*nonrivalrous consumption*).<sup>150</sup>

<sup>147</sup> STIGLITZ, Joseph E. Economic foundations of intellectual property rights. [S.l]: **Duke Law Journal**. 2008. p.1693-1724. p. 1700/1701. Disponível em <<http://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol57/iss6/3/>>. Acesso em 04 jun. 2017.

<sup>148</sup> TIMM, Luciano Benneti. CAOVIALLA, Renato. As Teorias Rivals sobre a Propriedade Intelectual no Brasil. **Economic Analysis of Law Review**. v.1, nº 1, Jan-Jun, [S.l.]. 2010. p. 49-77. p. 50.

<sup>149</sup> STIGLITZ, Joseph E., Economic foundations of intellectual property rights. [S.l]: **Duke Law Journal**. 2008. p. 1693-1724. p. 1700/1701. Disponível em <<http://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol57/iss6/3/>>. Acesso em 04 jun. 2017.

<sup>150</sup> Texto original da citação: "Knowledge, however, is different. I have just shared with you some of the things I know, but sharing this knowledge with you has not taken away from what I know. Thus, knowledge has the quality of nonrivalrous consumption". STIGLITZ, Joseph E., Economic



De acordo com Stiglitz,<sup>151</sup> outra maneira de colocar a mesma questão, é que não haveria custo marginal associado com a utilização do conhecimento. Em outras palavras, o conhecimento é um bem abundante e sem escassez natural. De forma mais poética e ilustrativa, Stiglitz cita a metáfora de Thomas Jefferson, que teria dito que o conhecimento é como uma vela: quando uma acende outra, a segunda não diminui a luz da primeira.

Importante lembrar, conforme adverte Eduardo Loureiro,<sup>152</sup> que a propriedade, sob a ótica econômica, é uma resposta à escassez. Ou seja, quando são muitos os recursos, não há necessidade de se apropriar deles, pois eles estão disponíveis em comum e para todos, gratuitamente e em abundância. Apenas quando se tornam escassos é que nascem os conflitos e a necessidade de apropriação individual dos bens.

Estando o conhecimento, destarte, na base da criação, e sendo um bem público, não escasso e não exclusivo (*nonrivalrous*), poderíamos ser levados a crer que seria muito mais eficiente distribuí-lo, livremente, a toda a gente, do que restringir o seu uso. Entretanto, alerta Stiglitz,<sup>153</sup> a distribuição gratuita do conhecimento pode causar problemas para a criação de incentivos para a produção de novas criações.

Em tese, se um agente do mercado investe no desenvolvimento de certa tecnologia, filme, livro, etc., ele espera que este investimento possa retornar, trazendo-lhe algum benefício pessoal ou monetário. Entretanto, lembra Robert Cooter, por suas características específicas (“não rivalidade” e “não exclusividade”), estes bens demandam um alto custo de desenvolvimento, por um lado, mas, de outro, são de

---

foundations of intellectual property rights. [S.l]: **Duke Law Journal**. 2008. p.1693-1724. p. 1700/1701. Disponível em <<http://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol57/iss6/3/>>. Acesso em 04 jun. 2017.

<sup>151</sup> STIGLITZ, Joseph E., Economic foundations of intellectual property rights. [S.l]: **Duke Law Journal**. 2008. p.1693-1724. p. 1700/1701. Disponível em <<http://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol57/iss6/3/>>. Acesso em 04 jun. 2017.

<sup>152</sup> LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003, p. 10

<sup>153</sup> “It is more efficient to distribute knowledge freely to everybody than to restrict its use by charging for it. Free distribution, however, could cause problems for creating incentives for the production of innovation, and that is the dynamics issue”. Tradução livre: “É mais eficiente distribuir o conhecimento livremente a todos do que restringir seu uso cobrando por ele. A distribuição gratuita, no entanto, pode causar problemas para criar incentivos para a produção de inovação, e essa é a questão da dinâmica”. (Tradução nossa). STIGLITZ, Joseph E., Economic foundations of intellectual property rights. [S.l]: **Duke Law Journal**. 2008. p.1693-1724. p. 1700/1701. Disponível em <<http://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol57/iss6/3/>>. Acesso em 04 jun. 2017.



fácil reprodução por terceiros.<sup>154</sup> Oportuno transcrever a ilustração de Cooter, a este respeito:

Para ilustrar, a música popular é cara de produzir e as gravações são baratas de copiar. No momento em que o produtor vende informações ao comprador, esse comprador se torna um concorrente potencial com o produtor original. Por exemplo, quando alguém compra uma gravação de disco compacto em uma loja de música, o comprador pode copiar o disco imediatamente e revendê-lo a outras pessoas. Além disso, o revendedor tem apenas o custo de transmissão, não o custo de produção. Assim, os revendedores que pagam pela transmissão subcotam os produtores que pagam pela produção. Os consumidores tentam "viajar livremente" pagando apenas o custo da transmissão.<sup>155</sup>

A fácil reprodução por terceiros é o que Robert Cooter chama de “problema da *nonappropriability*”<sup>156</sup> e Denis Borges Barbosa de “tendência inexoravelmente à dispersão”<sup>157</sup> do conteúdo informacional dos bens imateriais. Trata-se de um vício incorrigível dos bens imateriais em escorregar para a categoria de bens públicos, onde todo mundo os copia e os usa. E, como consequência dessas características, o livre jogo de mercado passa a ser “insuficiente para garantir que se crie e mantenha o fluxo de investimento em uma tecnologia ou um filme”<sup>158</sup>. Nas palavras de Robert Cooter:

<sup>154</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6 ed. [S.l.] Berkeley Law Books, 2016. p. 115. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/books/2>. Acesso em 13 maio 2017.

<sup>155</sup> Texto original da citação: “To illustrate, popular music is costly to make and recordings are cheap to copy. The instant the producer sells information to the buyer, that buyer becomes a potential competitor with the original producer. For example, when someone buys a compact disk recording at a music store, the buyer can copy the disk immediately and resell it to others. Furthermore, the reseller bears only the cost of transmission, not the cost of production. Thus, resellers who pay for transmission undercut producers who pay for production. Consumers try to ‘free ride’ by paying no more than the cost of transmission.” COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6 ed. [S.l.] Berkeley Law Books, 2016. p. 115. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/books/2>. Acesso em 13 maio 2017.

<sup>156</sup> A propósito: “The fact that producers have difficulty selling information for more than a fraction of its value is called the problem of nonappropriability.” Tradução livre: “O fato de os produtores terem dificuldade em vender informações por mais de uma fração de seu valor é chamado de problema de não-apropriação”. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6 ed. [S.l.] Berkeley Law Books, 2016. p. 114. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/books/2>. Acesso em 13 maio 2017.

<sup>157</sup> BARBOSA, Denis Borges. **Uma economia do direito autoral**. [S.l., 2017?]. p. 30. Disponível em <[http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/uma\\_economia\\_direito\\_autoral.pdf](http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/uma_economia_direito_autoral.pdf)>. Acesso em 26 jun. 2016.

<sup>158</sup> BARBOSA, Denis Borges. **Uma economia do direito autoral**. [S.l., 2017?]. p. 30. Disponível em <[http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/uma\\_economia\\_direito\\_autoral.pdf](http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/uma_economia_direito_autoral.pdf)>. Acesso em 26 jun. 2016.

Devido a esses problemas, os mercados privados geralmente não fornecem bens públicos. Da mesma forma, economistas que desenvolveram a economia original da informação concluíram que um mercado privado proporcionaria menos do que a quantidade eficiente de informações. Essas considerações teóricas sugerem que um mercado não regulamentado não proporcionará obras criativas que incorporem ideias, como ciência, invenções, livros e pinturas. O problema tem quatro remédios diferentes que descreveremos.<sup>159</sup>

Destarte, visando a dirimir a problemática da “tendência inexoravelmente à dispersão” (*nonappropriability*), é que, em sua concepção original (econômica), a propriedade intelectual cria uma *escassez artificial* e uma *rivalidade de consumo* para os bens imateriais – que são “bens livres” e “públicos”, em seu estado natural –, justamente para permitir sua apropriação, como se estivessem sujeitos à lei da escassez, e, desta forma, servir de incentivo à inovação. Em termos microeconômicos,<sup>160</sup> pode-se dizer que a propriedade intelectual nasce para resolver uma falha de mercado (*Market Failure*), que não consegue assegurar a alocação de recursos para o investimento criativo, conforme expõe Denis Borges Barbosa, *in verbis*:

Quando os benefícios privados não igualam os benefícios sociais, ou os custos privados não igualam custos sociais, existe uma falha do mercado. O resultado eficiente não é alcançado. Uma falha do mercado é quando os valores sociais e privados diferem, de modo que o mercado seja incapaz de fornecer uma solução eficiente.

(...)

Por que falha? Porque o mercado, com toda a prestidigitação de sua mão invisível, não consegue assegurar a alocação de recursos para o investimento criativo, nem lhe assegurar o retorno. Assim, torna-se indispensável intervir no mercado.<sup>161</sup>

<sup>159</sup> Texto original da citação: “Because of these problems, private markets often undersupply public goods. Similarly, economists who developed the original economics of information concluded that a private market would provide less than the efficient amount of information. These theoretical considerations suggest that an unregulated market will undersupply creative works that embody ideas, such as science, inventions, books, and paintings.” COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6 ed. [S.l.] Berkeley Law Books, 2016. p. 115. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/books/2>. Acesso em 13 maio 2017.

<sup>160</sup> Microeconomia é o ramo da economia que estuda o comportamento dos indivíduos (pessoas e firmas) perante a escassez de recursos. Mais precisamente, a microeconomia trata sobre o processo de tomada de decisões dos indivíduos quanto a alocação de recursos finitos, i.e, em um ambiente de mercado. Para tanto, a teoria microeconômica busca modelar a atividade econômica como uma interação de agentes econômicos individuais que baseiam seu comportamento em seus interesses privados. A propósito, ver: MAS-COLL, I Andreu. **Microeconomic theory**. [S.l.]: Oxford University Press, 1995.

<sup>161</sup> BARBOSA, Denis Borges. **Uma economia do direito autoral**. [S.l., 2017?]. p. 30. Disponível em <[http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/uma\\_economia\\_direito\\_autoral.pdf](http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/uma_economia_direito_autoral.pdf)>. Acesso em 26 jun. 2016.

Paradoxalmente, é através de um mecanismo jurídico que cria uma segunda falha de mercado, que se sana a primeira falha: o Estado intervém no mercado, criando uma exclusividade, ou seja, o direito torna indisponível, reservado, fechado, o que naturalmente tenderia à dispersão. Em outras palavras, para corrigir uma falha do mercado receita-se o remédio mais oposto à liberdade de mercado – o monopólio.<sup>162</sup>

### 2.3.2 O Direito de Autor como Monopólio Legal

O paradoxo da Propriedade intelectual, que nasce para resolver uma falha de mercado (*Market Failure*), eis sua inaptidão para assegurar a alocação de recursos para o investimento criativo, encontra-se no epicentro de sua fundamentação econômica, e revela um caráter nítido de instrumento (econômico) para a propriedade intelectual. Tal resta ainda mais evidente, conforme adverte Karin Grau-Kunst, quando lembramos, *e.g.*, que “os bens intelectuais só se tornam apropriáveis através de uma criação legal, *i.e.*, de uma intervenção do Estado. É o Estado, através da lei, quem transforma o bem intelectual em bem apropriável”.<sup>163</sup>

Neste contexto, vale lembrar que para Denis Borges Barbosa, o pressuposto de uma teoria da propriedade intelectual, num contexto de economia de mercado, é a assunção de que:

Em *primeiro lugar*, a livre concorrência deve presidir todas as relações econômicas; e que, em *segundo lugar*, é uma falha ou impossibilidade de correto funcionamento da livre concorrência que leva ao aparecimento do conjunto de restrições à concorrência em que consiste a propriedade intelectual.<sup>164</sup>

Retornando ao conceito que se lançou nas linhas introdutórias deste subcapítulo, no sentido de que a propriedade intelectual é um remédio jurídico (instrumento) utilizado para resolver uma falha de mercado (*Market Failure*), pode-se,

<sup>162</sup> “Ao contrário do que ocorria na nossa tradição constitucional até a Carta de 1946, a Carta de 1988 não prevê alternativa à proteção das criações intelectuais e tecnológicas senão a restrição à concorrência através da exclusiva. Até a carta de 1946, era possível pelo menos como alternativa à patente a concessão de um prêmio estatal. Assim, a proteção única possível para todos direitos da propriedade intelectual é uma restrição à concorrência. Ocorre, porém, o paradoxo de que em nossa Constituição a tutela da concorrência é princípio básico”. BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997. p. 90.

<sup>163</sup> GRAU-KUNTZ, Karin. Jusnaturalismo e propriedade intelectual. **Revista da ABPI** – nº100 – Mai/Jun. [S.l.]. 2009. p. 09.

<sup>164</sup> BARBOSA, Denis Borges. **Uma economia do direito autoral**. [S.l., 2017?]. p. 31. Disponível em <[http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/uma\\_economia\\_direito\\_autoral.pdf](http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/uma_economia_direito_autoral.pdf)> . Acesso em 26 jun. 2016.

também, notar que é o seu próprio paradoxo que o fundamenta como instrumento econômico. Entretanto, cumpre esclarecer, desde já, que a aparência do paradoxo não resiste a um olhar mais acurado.

Em geral, para a ciência econômica, monopólio designa uma situação particular de concorrência imperfeita, na qual um único agente econômico detém o mercado de um determinado produto ou serviço, conseguindo, portanto, influenciar o preço de determinado bem comercializado. Evidentemente, tal situação representa uma anomalia de mercado que deve ser tratada pelo direito antitruste. No âmbito da propriedade intelectual, entretanto, o uso da expressão “monopólio” não significa, necessariamente, identificar os “monopólios” criados, jurídica e legalmente, com os “monopólios” de mesmo nome do direito antitruste, que regulamentam as imperfeições de mercado.

Dentre outros motivos para elucidar a diferenciação entre o monopólio economicamente reprovável e o monopólio legal da propriedade intelectual, Denis Borges Barbosa afirma que:

Os direitos exclusivos sobre novas criações não retiram do público qualquer liberdade que havia anteriormente a sua constituição, eis que os elementos tornados exclusivos – técnicas, ou obras expressivas - nunca haviam sido integrados ao domínio comum. Novos, ou originais, são sempre res nova, bens ainda não inseridos na economia. Ainda que “monopólios”, seriam de uma subespécie socialmente aceitável.<sup>165</sup>

Relevante citar, que no texto constitucional pátrio, assim como na maioria dos países do mundo, adotou-se essa *subespécie socialmente aceitável* de monopólio. Tanto os direitos de autor, quanto as invenções industriais (patentes e modelos de utilidade) são tratados como monopólios legais (ou jurídicos), mais precisamente, como “direito exclusivo” e “privilegio temporário”, respectivamente:

CF/88, Art 5º: (...):

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a

---

<sup>165</sup> BARBOSA, Denis Borges. **A criação de um ambiente competitivo no campo da propriedade intelectual – o caso sul americano**. [S.l.] Centre for Sustainable Development (ICTSD), 2005. p. 14.

outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.<sup>166</sup>

Com efeito, apenas os signos distintivos (marcas) possuem natureza de direito de propriedade, na afeição tradicional do termo. Os demais são monopólios temporários e exclusivos concedido pelo Estado, com fins de suprir a falha de mercado e assegurar a alocação de recursos para o investimento criativo.

A jurisprudência norte americana<sup>167</sup> há muito reconheceu a natureza de monopólio legal da propriedade intelectual, sem que isso importe em conflito com o direito da concorrência, eis que, paradoxalmente, a propriedade intelectual é criada para incentivar a concorrência, suprimindo falhas de mercado.

De fato, explica Denis Borges Barbosa, “a expressão ‘monopólio’, utilizada em conexão com os direitos exclusivos sobre criações intelectuais, implica numa fé na prevalência do interesse público sobre o interesse privado dos investidores”.<sup>168</sup> Em outras palavras, explana Denis Barbosa, a criação de um direito exclusivo pelo estado que retira os benefícios imediatos da dispersão de informações; e ainda empresta a estrutura estatal sustentada pelo contribuinte para assegurar a eficácia da

<sup>166</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 04 jun. 2017.

<sup>167</sup> Neste sentido, citamos: *Pennock v. Dialogue*, 27 U.S. (2 Pet.) 1,19 (1829): “If an inventor should be permitted to hold back from the knowledge of the public the secrets of his invention; if he should for a long period of years retain the monopoly and make and sell the invention publicly”. Tradução livre: “Se um inventor deve ser autorizado a reter do conhecimento do público os segredos de sua invenção; se ele deveria, por um longo período de anos, manter o monopólio e criar e vender a invenção publicamente” (Tradução nossa); e *Graham v John Deere Co* 383 US 1 at 5-6 (1966): “The Congress in the exercise of the patent power may not overreach the restraints imposed by the stated constitutional purpose. Nor may it enlarge the patent monopoly without regard to the innovation, advancement or social benefit gained thereby”. Tradução livre: “O Congresso no exercício do poder de patente não pode exceder as restrições impostas pelo propósito constitucional declarado. Também não pode ampliar o monopólio de patentes sem levar em conta a inovação, o avanço ou o benefício social obtido assim” (Tradução nossa). ESTADOS Unidos da América. United States Supreme Court. **27 U.S. (2 Pet.) 1,19 (1829)**. Autor: Abraham L. Pennock & James Sellers. Réu: Adam Dialogue. Chefe da Justiça: John Marshall, 26 de janeiro de 1829. Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/27/1/case.html>>. Acesso em 04 Jan. 2018; ESTADOS Unidos da América. United States Supreme Court. **Co 383 US 1 at 5-6 (1966)**. Autor: William T. Graham, et al. Réu: John Deere Co. of Kansas City, et al. Chefe da Justiça: Earl Warren, 21 de fevereiro de 1966. Disponível em <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/383/1.html>>. Acesso em 04 Jan. 2018.

<sup>168</sup> BARBOSA, Denis Borges. **A criação de um ambiente competitivo no campo da propriedade intelectual – o caso sul americano**. [S.l.] Centre for Sustainable Development (ICTSD), 2005. p. 13.

exclusividade cria a necessidade de equilibrar os interesses sociais com os daqueles dos indivíduos que são pessoalmente favorecidos pela intervenção.<sup>169</sup>

Sem dúvida, também no tocante aos direitos autorais se reafirma a questão constitucional de que eles existem não para favorecer pessoalmente o sambista ou a Metro Goldwyn Mayer, mas a sociedade como um todo na sua demanda de produção expressiva. Já o disse a Suprema Corte dos Estados Unidos:

The monopoly privileges that Congress may authorize are neither unlimited nor primarily designed to provide a special private benefit. Rather, the limited grant is a means by which an important public purpose may be achieved. It is intended to motivate the creative activity of authors and inventors by the provision of a special reward, and to allow the public access to the products of their genius after the limited period of exclusive control has expired. *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 429 (1984)<sup>170</sup>

Destarte, para a perspectiva econômica, os direitos exclusivos só devem ser conferidos a criações expressivas cuja produção justifique o custo social da exclusão, sob pena do sistema, como um todo, esvair-se de qualquer sentido. O produto desta relação entre liberdade *versus* exclusividade é o que Denis Borges Barbosa chama de contributo mínimo,<sup>171</sup> ou seja, a denúncia de que deve haver um critério que pautar a concessão de direitos exclusivos pelo Estado, em níveis adequados, visando a mitigar as distorções econômicas indesejáveis.

### 2.3.3 A função regulatória e as interfaces concorrenciais.

Do exposto até o presente momento, exsurge que, para a perspectiva econômica, a relevância dos direitos de propriedade intelectual “se deve ao fato de constituir um *direito de propriedade* e, assim, dotar o seu objeto dos atributos da *apropriabilidade* e da *transferibilidade*, delimitando as fronteiras do bem imaterial e mitigando custos de transação”.<sup>172</sup> E, também, que devido a sua natureza de

<sup>169</sup> BARBOSA, Denis Borges. **Uma economia do direito autoral**. [S.l., 2017?]. p. 33. Disponível em <[http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/uma\\_economia\\_direito\\_autoral.pdf](http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/uma_economia_direito_autoral.pdf)>. Acesso em 26 jun. 2016.

<sup>170</sup> BARBOSA, Denis Borges. **Uma economia do direito autoral**. [S.l., 2017?]. p. 33. Disponível em <[http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/uma\\_economia\\_direito\\_autoral.pdf](http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/uma_economia_direito_autoral.pdf)>. Acesso em 26 jun. 2016.

<sup>171</sup> BARBOSA, Denis Borges; MAIOR, Rodrigo Souto; RAMOS, Carolina Tinoco. **O contributo mínimo na propriedade intelectual**: atividade inventiva, originalidade, distinguibilidade e margem mínima. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>172</sup> MELLO, Maria Tereza Leopardi. Propriedade intelectual e concorrência. *in*: **Revista Brasileira de Inovação**. Vol.8 (2 jul/dez) [S.l.]. 2009. p. 372.



“monopólio”, deve haver um critério para equalizar o custo social da exclusão, com os benefícios concorrenciais que a propriedade intelectual pode conceder ao mercado, evitando distorções.

Em outras palavras, trata-se de reconhecer que como todo monopólio, a propriedade intelectual pode ser também fator de exclusão – “isto é, exclui terceiros do uso e fruição do objeto do direito, garantindo a exclusividade destes ao titular do direito– e, nessa medida, restringe a concorrência”.<sup>173</sup> Ou seja, restringe a concorrência para permitir que os direitos de propriedade intelectual possam ser apropriados e inseridos como bens móveis passível de concorrência. Daí a sua natureza ambígua, afirma Maria Tereza Mello, eis que “efeitos socialmente positivos e negativos podem estar relacionados ao exercício desses direitos”.<sup>174</sup>

Não seria demais repisar, trazendo a lume os ensinamentos de Cláudio Lins de Vasconcellos, que “as atividades de criação, produção e distribuição de conteúdo intelectual não são gratuitos. Para que atinjam o nível de produtividade desejado pela sociedade, é preciso investir recursos de toda a ordem em sua viabilização econômica”<sup>175</sup>. Por isso, é que os “direitos de PI constituem a tecnologia jurídica a qual o Estado busca remunerar, e com isso, incentivar pessoas físicas e jurídicas a investir na realização de uma espécie de conhecimento que não surge espontaneamente”<sup>176</sup>.

Destarte, a perspectiva econômica busca elucidar que a propriedade intelectual não é antítese de concorrência,<sup>177</sup> mas pelo contrário, que ela foi desenvolvida como instrumento jurídico (monopólio) para suprir falhas de mercado, e, conseqüentemente, possui uma função regulatória imanente, que visa à inovação como fator de desenvolvimento e crescimento econômico, e, porque não: bem-estar (*welfare*).

---

<sup>173</sup> MELLO, Maria Tereza Leopardi. Propriedade intelectual e concorrência. *in*: **Revista Brasileira de Inovação**. Vol.8 (2 jul/dez) [S.I.]. 2009. p. 372.

<sup>174</sup> MELLO, Maria Tereza Leopardi. Propriedade intelectual e concorrência. *in*: **Revista Brasileira de Inovação**. Vol.8 (2 jul/dez) [S.I.]. 2009. p. 395.

<sup>175</sup> VASCONCELOS, Cláudio Lins de. **Mídia e propriedade intelectual**: a crônica de um modelo em transformação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 277.

<sup>176</sup> VASCONCELOS, Cláudio Lins de. **Mídia e propriedade intelectual**: a crônica de um modelo em transformação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p. 277.

<sup>177</sup> “É preciso reconhecer, enfim, que propriedade intelectual não é antítese de concorrência; é, antes, um instrumento de competição que, como outros, pode ser utilizado para a busca e/ou manutenção de posições monopolistas”. Os efeitos de incentivo e de restrição lhe são inerentes; ambos fazem parte de um mesmo e único processo – a concorrência –, e é nesse âmbito que deve ser tratado.” MELLO, Maria Tereza Leopardi. Propriedade intelectual e concorrência. *in*: **Revista Brasileira de Inovação**. Vol.8 (2 jul/dez) [S.I.]. 2009. p. 398



O processo de concorrência no qual os direitos de propriedade intelectual estão inseridos serve, a um só tempo, como incentivo e restrição de concorrência – mais precisamente, incentiva (a inovação/criação) porque restringe (a tendência à dispersão/concorrência). Ou, dizendo de outra forma: se incentiva, é porque restringe; como efeitos indissociáveis e inerentes ao sistema de propriedade intelectual, conforme esclarece Maria Tereza Leopardi Mello, *in verbis*:

Essa ambiguidade frequentemente leva a um debate sobre os impactos da proteção à PI fortemente enviesado ideologicamente; quando se olha apenas um lado da proteção jurídica – seja o restritivo da concorrência, seja o incentivador de inovações –, tende-se a negligenciar a complexidade de seus efeitos e desconsiderar um aspecto fundamental para a análise destes: as condições do processo competitivo e dos mercados no bojo dos quais os DPs são usados como instrumento de concorrência.<sup>178</sup>

A compreensão da função regulatória imanente à propriedade intelectual, na sua afeição de instrumento de concorrência, conduz à óbvia indagação acerca de qual deve ser o nível de proteção adequado à propriedade intelectual capaz de tornar os efeitos de *incentivo* preponderantes aos efeitos de *restrição*, e desta forma sanar as falhas do mercado e tornar a inovação instrumento de desenvolvimento (*welfare*).

Certamente, a análise do nível de proteção adequado à propriedade intelectual extravasa os objetivos da presente pesquisa. Todavia, mesmo que de forma breve, pretende-se apresentar algumas hipóteses que podem servir de critérios de análise para a aferição de políticas<sup>179</sup> de propriedade intelectual em níveis adequados capazes de tornar os efeitos de *incentivo* preponderantes aos efeitos de *restrição*.

Neste sentido, primeiramente destaca-se que a literatura técnica econômica, mormente aquela embasada em estudos empíricos, indica ser inadequada uma análise geral e irrestrita dos efeitos da propriedade intelectual nos mais diversos mercados:

---

<sup>178</sup> MELLO, Maria Tereza Leopardi. . Propriedade intelectual e concorrência. *in: Revista Brasileira de Inovação*. Vol.8 (2 jul/dez) [S.I.]. 2009. p. 373.

<sup>179</sup> A propósito, cumpre frisar que, segundo o Prof. Adam Mossof, os Direitos Autorais não podem ser considerados como “direitos de propriedade”, mas instrumento de política estatal. Em suas palavras: “*copyright is policy, not property*”. Ou seja, o Direito Autoral é política, não propriedade. MOSSOF, Adam. Is copyright property?. Vol. 42. *San Diego Law Review*, [S.I.]. 2005. p. 29. Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=491466>>. Acesso 28 maio 2017.

Uma das principais conclusões propiciadas pelos trabalhos empíricos é que a análise dos efeitos da propriedade intelectual deve ser alvo de uma abordagem setorial; isso implica que, em alguns setores, a proteção patentária é um dos principais meios de apropriabilidade e que só podemos comparar os efeitos incentivador e restritivo da proteção jurídica dentro de um mesmo setor.<sup>180</sup>

Com efeito, é preciso atentar para o risco de se compararem efeitos detectados em mercados diferentes e níveis diferentes de abordagem. Neste sentido, afirma Maria Tereza: “os efeitos restritivos significativos que são identificados em algumas indústrias – farmacêutica, principalmente – só podem ser comparados com os eventuais efeitos incentivadores na própria indústria farmacêutica”.<sup>181</sup>

Isso indica que, possivelmente, uma análise dos níveis adequados de proteção à propriedade intelectual deve privilegiar um nível de abordagem específico (microeconômico ou macroeconômico, *e.g.*), e um nicho de mercado específico. Consequentemente, uma legislação de propriedade intelectual que preveja níveis e regramentos genéricos de proteção, como a atual Lei Federal nº 9.610/98,<sup>182</sup> sem atentar para as diversas peculiaridades de cada nicho de mercado, potencialmente, pode não ser adequado para os fins econômicos da propriedade intelectual.

Veja-se, *e.g.*, essa diferença de análises, microeconômico e macroeconômico, dentro de um mesmo autor. Maria Tereza Mello, assim, ao passo que afirma que níveis elevados de proteção à propriedade intelectual são comprovadamente benéficos em nível microeconômico, reconhece que o mesmo não se pode dizer em uma análise macroeconômica:

Se a identificação de efeitos dos DPIs no nível micro e seu uso estratégico são bem estabelecidos na literatura – e razoavelmente comprovados –, o mesmo não se pode dizer sobre as possíveis relações causais entre propriedade intelectual e variáveis mais gerais, como a atividade inovativa da indústria, ou o ritmo do progresso técnico, ou o desenvolvimento de países ou setores.<sup>183</sup>

---

<sup>180</sup> MELLO, Maria Tereza Leopardi. Propriedade intelectual e concorrência. *in: Revista Brasileira de Inovação*. Vol.8 (2 jul/dez) [S.I.]. 2009. p. 373.

<sup>181</sup> MELLO, Maria Tereza Leopardi. Propriedade intelectual e concorrência. *in: Revista Brasileira de Inovação*. Vol.8 (2 jul/dez) [S.I.]. 2009.. p. 373.

<sup>182</sup> BRASIL. **Lei 9.610, 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 27 Ago. 2017.

<sup>183</sup> MELLO, Maria Tereza Leopardi. Propriedade intelectual e concorrência. *in: Revista Brasileira de Inovação*. Vol.8 (2 jul/dez) [S.I.]. 2009. p. 373.

Gesner Oliveira e Thomas Fujiwara cancelam a conclusão de que em nível microeconômico, níveis elevados de proteção à propriedade intelectual são, *a priori*, mais benéficos para as empresas do que o seu oposto, representando, inclusive, fator de incentivo a práticas de boa concorrência:

Em conclusão, os resultados mostram que um uso mais frequente e uma aplicação mais forte dos sistemas de patentes e marcas diminuem a probabilidade de práticas anticompetitivas. Esses resultados confirmam a proposição teórica de que IP e antitruste são políticas complementares e não contraditórias.<sup>184</sup>

Todavia, estudo promovido pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) indica, paradoxalmente, que a literatura técnica permanece dividida se níveis elevados de proteção à propriedade intelectual, em nível macroeconômico, são realmente positivos para o crescimento econômico de países em desenvolvimento.<sup>185</sup> De qualquer sorte, para o específico caso dos países em desenvolvimento, como o Brasil, e a partir deste mesmo estudo promovido pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual, pode-se concluir haver certo consenso na literatura, no que atine ao fato de que: i) a propriedade intelectual não é a única medida possível para o estímulo do crescimento econômico através da inovação, mas que um nível mínimo sempre é adequado; ii) instituições sólidas são particularmente importantes para o melhor desempenho do item anterior; e que, iii) leis que busquem estimular a concorrência livre, bem como coibir abusos, são particularmente importantes para o desiderato dos itens anteriores.

Um consenso emerge, entretanto, dentre alguns aumentos que reconhecem que regimes de propriedade intelectual representam apenas um variável com potencial de promover crescimento

---

<sup>184</sup> Texto original da citação: “In conclusion, the results show that a more frequent use and stronger enforcement of the patent and trademark systems diminishes the probability of anticompetitive practices. These results confirm the theoretical proposition that IP and antitrust are complementary, not contradictory policies.” OLIVEIRA, Gesner. Fujiwara, Thomas. **Intellectual property and competition as complementary policies: a test using an ordered probit model**. World Intellectual Property Organization (WIPO). Genebra: [2017?]. p. 11. Disponível em <[http://www.wipo.int/export/sites/www/ip-competition/en/studies/study\\_ip\\_competition\\_oliveira.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/ip-competition/en/studies/study_ip_competition_oliveira.pdf)>. Acesso em 25 jun. 2016.

<sup>185</sup> “The articles demonstrate that scholars remain divided about whether strong international standards will promote economic growth in the developing world”. Tradução Livre: “Os artigos demonstram que os estudiosos permanecem divididos sobre se os padrões internacionais fortes promoverão o crescimento econômico no mundo em desenvolvimento” (Tradução nossa) WORLD Intellectual Property Organization (WIPO). **Report on an analysis of the economic/legal literature on intellectual property (IP) rights: a barrier to entry?** Committee on Development and Intellectual Property (CDIP) Eighth Session Geneva, November 14 to 18. Genebra. 2011. p. 27.

econômico em países em desenvolvimento. Esses aumentos argumentam que sólidos direitos de propriedade intelectual podem ser fator de crescimento quando esses direitos são combinados com reformas institucionais complementares. Eles concluem que países em desenvolvimento irão beneficiar-se dos direitos de propriedade intelectual no mercado global se eles estabelecerem padrões mínimos de proteção a propriedade intelectual, assim como construirão infraestrutura básica e adotaram regulamentos protetivos contra abusos concorrenciais de barreiras de entrada. Por exemplo, alguns autores recomendam que países em desenvolvimento deveriam estabelecer sólidos regimes de concorrência para combater potenciais práticas anticoncorrenciais. (...)<sup>186</sup>

O estudo acima citado elucida o fato de que, como instrumento econômico, a função regulatória da propriedade intelectual não se exaure nela mesma, mas depende, principalmente, de políticas estatais e instituições sólidas.

#### **2.4 O Quebra-Cabeça do Direito de Autor: à mingua de uma justificação**

Procedendo a um balanço comparativo entre ambas as correntes – “filosóficas” da propriedade privada, ou econômica do monopólio – denota-se que elas partem da preocupação econômica com o objeto (obra), para buscar uma forma de proteção que garanta o exercício de direitos de exclusividade por alguém (autor ou titular).

Ocorre que, o advento da Internet e da sociedade informacional têm colocado em cheque a capacidade das estruturas tradicionais do direito de autor em tutelar, de forma adequada, as novas possibilidades de uso e compartilhamento de obras protegidas. Assim, tem ganhado espaço na literatura autoralista denúncias críticas que demonstram o descompasso do direito de autor com as exigências da

---

<sup>186</sup> Texto original da citação: “A consensus does emerge, however, amongst some authors who recognize that IP regimes represent just one variable that might enhance economic growth in developing countries. These authors argue that strong IP rights may be growth-enhancing when such rights are combined with other complementary institutional reforms. They conclude that developing economies will most profit from implementing IP rights in the global marketplace if they establish minimum IP standards, build necessary infrastructure, and adopt regulatory safeguards to prevent abuses and promote free entry. For instance, some authors recommend that developing countries should establish strong competition regimes to combat potentially anti-competitive practices (...).” WORLD Intellectual Property Organization (WIPO). **Report on an analysis of the economic/legal literature on intellectual property (IP) rights: a barrier to entry?** Committee on Development and Intellectual Property (CDIP) Eighth Session Geneva, November 14 to 18. Geneva. 2011. p. 28.

contemporaneidade (digital),<sup>187</sup> bem como a natureza derivativa da criatividade<sup>188</sup> – ao contrário do que somos levados a crer analisando a perspectiva autoralista tradicional e seus fundamentos.

Aliás, mesmo as teorias críticas (mais arejadas), em que pese tenham dado azo a ações afirmativas pontuais (Software Livre e *Creative Commons*, e.g.) ainda não se mostraram hábil em erigir novas bases (filosóficas) que a matéria possa fincar suas bases epistemológicas. Ao fim e ao cabo, no cotejo das teorias que formam a tradição epistemológica do direito de autor, denota-se a inexistência de uma razão clara que justifique a proteção, ou, muito menos, que demonstre, com clareza, o real ânimo da proteção.

Cumpra especial ressalva, sequer a perspectiva econômica, que despontava com melhores condições de justificar a proteção dos direitos de autor, parece suportar a um exame crítico preliminar.

Conforme alerta Luciano Timm, a literatura da *Law and Economics* parte do axioma de que a propriedade intelectual representa fator de estímulo à inovação e criações em geral.<sup>189</sup> Ou seja, que “sem direitos de autor, nós nunca teríamos todos aqueles filmes excitantes ou a música e as novelas de que gostamos tanto”.<sup>190</sup> Ocorre que, alerta Joost Smiers,<sup>191</sup> há razões suficientes para argumentar que a ligação entre incentivo financeiro (receita) e direitos de autor é em grande parte

<sup>187</sup> A propósito, ganha preponderante relevo a crítica de Lawrence Lessig, na obra *Free Culture: LESSIG, Lawrence. Free culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity.* New York, USA: The Penguin Press, 2005.

<sup>188</sup> A propósito, ganha preponderante relevo a crítica de Giancarlo Frosio: FROSIO, Giancarlo F. Rediscovering cumulative creativity from the oral formulaic tradition to digital remix: can I get a witness?. [S.l.]. **The John Marshall Review of Intellectual Property Law**, 2014. Disponível em <<https://cyberlaw.stanford.edu/files/publication/files/Rediscovering%20Cumulative%20Creativity%20From%20the%20Oral%20Formulaic%20Tradi.pdf>>. Acesso em 28 fev. 2017. p. 343-393. Outrossim, no âmbito da crítica literária ao fetiche da originalidade aos textos clássicos (Homero e Virgílio, por exemplo), vide: GAZDA, Elaine K. Beyond copying: artistic originality and tradition. In GAZDA, Elaine K. (Org.) **The ancient art of emulation: studies in artistic originality and tradition from the present to classical antiquity.** Michigan, University of Michigan Press for the American Academy, Vol. 1., p. 1-24., 2002. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/4238443>>. Acesso em 02 out. 2014.; e NETTLESHIP, Henry. **Lectures and essays on subjects connected with latin literature and scholarship.** London: Oxford at the Clarendon Press, 1885. Disponível em: <<http://scans.library.utoronto.ca/pdf/1/31/lecturesessayson00nettuoft/lecturesessayson00nettuoft.pdf>>. Acesso em 28 fev. 2017.

<sup>189</sup> TIMM, Luciano Benneti. CAOVIALLA, Renato. As teorias rivais sobre a propriedade intelectual no Brasil. **Economic Analysis of Law Review**. v.1, nº 1, Jan-Jun, [S.l.], 2010. p. 49-77. p. 50.

<sup>190</sup> SMIERS, Joost; SCHIJNDEL, Marieke Van. **Imagine there is no copyright and no cultural conglomerates: an essay.** Institut of Network Cultures. [S.l., 2017?]. p. 15. Disponível em <[http://networkcultures.org/\\_uploads/tod/TOD4\\_nocopyright.pdf](http://networkcultures.org/_uploads/tod/TOD4_nocopyright.pdf)>. Acesso em 05 jun. 2017.

<sup>191</sup> SMIERS, Joost; SCHIJNDEL, Marieke Van. **Imagine there is no copyright and no cultural conglomerates: an essay.** Institut of Network Cultures. [S.l., 2017?]. p. 15. Disponível em <[http://networkcultures.org/\\_uploads/tod/TOD4\\_nocopyright.pdf](http://networkcultures.org/_uploads/tod/TOD4_nocopyright.pdf)>. Acesso em 05 jun. 2017.

irrelevante para muitos artistas. Segundo pesquisas econômicas, prossegue Joost Smiers, dos rendimentos relacionados com os direitos de autor, cerca de 10% (dez por cento) vai para 90% (noventa por cento) dos artistas, ao passo que os demais 90% (noventa por cento) vão para um seleto grupo que representa apenas 10% (dez por cento) dos artistas. De fato, “há um grande número de bandas criando música sem qualquer esperança de receber algo como uma renda de royalties”.<sup>192</sup> Muitas dessas criações são disponibilizadas gratuitamente em redes sociais como o Youtube.com, e.g., que no final de 2009 recebia uma média de 24h (vinte e quatro horas) de conteúdo novo a cada minuto.<sup>193</sup>

Na mesma realidade, encontram-se as comunidades Fanfiction.com – “comunidade de pessoas que escrevem histórias novas ambientadas em mundos imaginários de obras ficção já existentes”.<sup>194</sup> A mais popular dessas comunidades, por exemplo, a comunidade *fanfic* de Harry Potter é responsável por escrever histórias que chegam, atualmente, “a mais de 100 mil palavras, mais ou menos o tamanho dos romances originais de J.K. Rowling”.<sup>195</sup>

Aliás, sequer para o mercado audiovisual tradicional, um dos mais notáveis nichos de valorização dos direitos de autora, é possível denotar o efeito de incentivo esperado. Pelo contrário, de acordo com Cláudio Lins de Vasconcellos, no meio audiovisual, há um paradoxo de regulação, por ele denominado de “paradoxo da eficácia assimétrica”, que faz com que a elevação dos parâmetros protetivos cause a tendência de “desincentivar investimentos na indústria, gerando efeito oposto ao que normalmente se espera com o instituto da PI, que é justamente o incentivo às atividades criativas”.<sup>196</sup>

Ou seja, conforme restará demonstrado, em pormenores, no capítulo seguinte, não se sustenta o axioma de que o direito de autor serve como fator de incentivo – fato que esvazia a justificativa econômica para a proteção. Na verdade, a partir de Clay Shirky, denota-se haver, atualmente, uma “cultura da participação”,

---

<sup>192</sup> SMIERS, Joost; SCHIJNDEL, Marieke Van. **Imagine there is no copyright and no cultural conglomerates: an essay.** Institut of Network Cultures. [S.l., 2017?]. p. 15. Disponível em <[http://networkcultures.org/\\_uploads/tod/TOD4\\_nocopyright.pdf](http://networkcultures.org/_uploads/tod/TOD4_nocopyright.pdf)>. Acesso em 05 jun. 2017.

<sup>193</sup> SHIRKY, Clay. **A cultura da participação: criatividade e generosidade no mundo conectado.** Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 87.

<sup>194</sup> SHIRKY, Clay. **A cultura da participação: criatividade e generosidade no mundo conectado.** Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 84.

<sup>195</sup> SHIRKY, Clay. **A cultura da participação: criatividade e generosidade no mundo conectado.** Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 84.

<sup>196</sup> VASCONCELOS, Cláudio Lins de. **Mídia e propriedade intelectual: a crônica de um modelo em transformação.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 283.



que através da teoria das motivações (intrínsecas e extrínsecas) do psicólogo Edward Deci,<sup>197</sup> explica as razões pelas quais as pessoas sentem-se motivadas a criar – e a pecúnia passa ao largo deste âmbito de motivações.

Portanto, se é verdade que as quatro principais abordagens (da propriedade) se revelaram menos úteis do que os seus proponentes costumam afirmar (William Fisher), inclusive a famigerada perspectiva econômica, apontada por Landes e Posner como que gozando de melhores condições de justificar a proteção dos direitos de propriedade intelectual em geral, e os direitos de autor em particular, conclui-se haver a carência de elementos que, de fato, justifique a proteção.

---

<sup>197</sup> A propósito: "The results indicate that (a) when money was used as an external reward, intrinsic motivation tended to decrease, whereas (b) when verbal reinforcement and positive feedback were used, intrinsic motivation tended to increase." Tradução livre "Os resultados indicam que (a) quando o dinheiro foi usado como uma recompensa externa, a motivação intrínseca tendeu a decrescer, enquanto que (b) quando o reforço verbal e o feedback positivo foram usados, a motivação intrínseca tendeu a aumentar" (Tradução nossa) DECI, Edward L. Effects on externally mediated rewards on intrinsic motivation. **Journal of Personality and Social Psychology**. [S.l.] Vol 18. nº 1, 105-115. 1971. p. 105.

### 3 FETICHES E DESCOMPASSOS: A CRISE DO DIREITO DE AUTOR COM O ADVENTO DA SOCIEDADE INFORMACIONAL

Sem dúvida alguma, uma das maiores dificuldades em trabalhar com os direitos de propriedade intelectual reside no fato de que o seu discurso está impregnado por um conjunto de *fetiches, crenças, valores e justificativas*, que constituem uma espécie de “senso comum teórico” da matéria. Neste tocante, rende-se homenagem à Liz Beatriz Sass.

Uma das dificuldades de se trabalhar no âmbito dos DPIs está no fato de que o seu discurso é impregnado de um conjunto de fetiches, crenças, valores e justificativas, legitimado por órgãos institucionais de caráter internacional que formam de maneira muito contundente o que Warat denomina de “senso comum teórico dos juristas”.<sup>198</sup>

No capítulo anterior, objetivou-se desmistificar a crença de que exista uma justificção para a proteção dos direitos de autor, e se colocou em cheque suas duas principais correntes de sustentação: a perspectiva que vê no direito de autor uma propriedade (natural); e a que a vê como um monopólio temporário. Se a primeira corrente, na sua afeição mais tradicional e eloquente defende que aos autores é devida a propriedade (natural) sobre os frutos de seu trabalho (*lockeana*), ou, ainda, que haja um vínculo moral entre obra e criador, fazendo com que este ostente a propriedade sobre aquele (hegeliana); a segunda corrente, a partir de aportes econômicos (*law and economics*), sustenta que sem o direito autoral não haveria incentivo suficiente para criação de obras intelectuais. Em que pese ambas as correntes ainda estejam extremamente vivas na prática dos operadores do direito que se dedicam ao tema, ao final do capítulo anterior demonstrou-se a insuficiência de ambas as correntes para fundamentar a proteção autoralista pretendida.<sup>199</sup> Mais:

---

<sup>198</sup> SASS, Liz Beatriz. WACHOWICZ, Marcos. O Direito Autoral como propulsor da diversidade cultural: falácias e desafios. In WACHOWICZ, Marcos (Coord.). **Direito autoral & economia criativa**. Curitiba: Gedai, 2015. p. 153-184. p. 163. Disponível em <[http://www.gedai.com.br/sites/default/files/publicacoes/direito\\_autoral\\_e\\_economia\\_criativa\\_eboo k.pdf](http://www.gedai.com.br/sites/default/files/publicacoes/direito_autoral_e_economia_criativa_eboo k.pdf)>. Acesso 16 out. 2017.

<sup>199</sup> Reforçando todo o argumento já expandido sobre a impossível natureza de “propriedade” dos direitos autorais, cumpre a transcrição de ensinamento de Ângela Kretschmann: “Por tudo isso não vejo com bons olhos a questão de chamar os Direitos de Autor de “propriedade”, pois se propriedade for, a tendência é aplicar ao instituto todas as regras do direito de propriedade, e fazendo isso, ela torna todo potencial usuário (e todo somos) ladrões em potencial – por isso é necessário, ou afastar a idéia de propriedade no Direito Autoral, ou repensar o instituto da propriedade e dos direitos reais. Dentro da tradição teórica elaborada por Locke, a propriedade é herança do trabalho, e assim, e mesmo que seja ilegítima, ela é propriedade, o que, ao que me

constatou-se que as razões (teorias) tradicionais da propriedade intelectual, assim como sua fundamentação econômica, são insuficientes para justificar a existência do direito de autor, e dão azo à sensação de crise e de descompasso advinda com a Sociedade Informacional, notadamente a Internet e sua nova arquitetura comunicacional.

Evidentemente, ao utilizar o termo, “colocar em cheque”, não se pretendeu aduzir que, em poucas linhas, tenha-se transcendido séculos de dois paradigmas fortemente enraizados na cultura jurídica autoralista. Também não se pretendeu aduzir o eventual esgotamento das fontes e justificativas existentes para a criação e manutenção dos direitos de autor. Todavia, pretendeu-se, ao menos, trazer luz à evidência da existência de fortes *fetiches, crenças, valores e justificativas* no discurso jurídico autoralista, os quais, se não forem transcendidos, darão azo a um contínuo de pesquisas jurídicas estéreis, e reféns da crise de sentidos que se denota na produção intelectual autoralista.

Esse processo de tomada de consciência seguirá, com maior ênfase, neste segundo capítulo, que objetiva demonstrar o descompasso do direito de autor com o advento da Sociedade Informacional, em grande parte graças à carência de uma justificação adequada para fundamentá-lo. Por isso, passa a fazer sentido o trabalho com os três substantivos que darão tônica à perspectiva de análise - além do próprio “descompasso”: “fetiche” e “crise”.

A propósito deste último, e a fim de alinhar-se toda a gama de sentido que se pretende extrair do termo - “crise” -, cumpre a transcrição de ensinamento de Ricardo Timm de Souza, para quem:

“Crise” origina-se do grego “kríno”, adequado a um grande conjunto de sentidos: “distinguir”, “discernir”, “julgar”, “acusar”, “condenar”, “explicar uma questão”, “interpretar”, “apreciar”, “avaliar”. E “crise” - krísis - significa, entre outras coisas, “ação ou faculdade de separar, discernir”, “luta”, “decisão”, “juízo”, “sentença”, “resultado”, “desenlace”.

É assim facilmente perceptível que a palavra crise, em sua etimologia, envia muito mais para uma situação de tensão e decisão

do que para um acontecimento de catástrofe absoluta ou de decadência irreparável.<sup>200</sup>

Consoante este autor, para muito além do sentido raso que se costuma empregar o termo - “crise” -, vinculado a catástrofes ou decadências, em sua dimensão etimológica, seu significado está intimamente relacionado à faculdade de “distinguir”, “discernir” e “julgar”. Ou seja, à capacidade de julgar, presente, passado e futuro, a fim de tomar decisões que rompam com a lógica estéril de um determinado tempo.

“Crise” significa, assim, antes, uma situação a respeito da qual uma determinada decisão tem de ser tomada: significa o rompimento com a lógica do passado e o equacionamento e interpretação precisos das condições do presente; significa a capacidade potencial de “julgar” o sentido do passado; significa a possibilidade de discernir os elementos do passado e do presente no sentido da construção do futuro.<sup>201</sup>

Por isso, ao ostentar o termo, “crise”, no título deste segundo capítulo, não se está aduzindo, necessariamente, a eventual decadência do direito de autor. Obviamente, tal constatação poderá (e deverá) advir nas conclusões desta pesquisa. Por ora, entretanto, a referência à “crise” dialoga com a necessária tomada de consciência dos fundamentos do passado que erigiram o direito de autor, até os dias de hoje, a fim de se poder “julgar” como se pretende (re)construí-lo daqui por diante, notadamente em face do advento da Sociedade Informacional.

Até esta quadra da história, o que se tem é um direito de autor estático e estéril, uma totalidade fechada em torno do “fetiche” do “incentivo” – isso quer dizer, sem o “incentivo” do direito de autor, supostamente, não haveria estímulo para a criação de novas obras; ou, pior, em torno do “fetiche” da explicação metafísica do direito de autor como uma propriedade (natural). Consoante se comprovou no capítulo anterior, ambas as assertivas não sobrevivem a um estudo detalhado. A “propriedade” e o “incentivo”, portanto, operam na justificação do direito de autor da mesma forma com que os “fetiches” operam e intervêm na constituição – “irracional” - da realidade ao homem.

---

<sup>200</sup> SOUZA, Ricardo Timm de. **Sobre a construção do sentido**: pensar e o agir entre a vida e a filosofia. São Paulo: Perspectiva, 2004. p. 29-30.

<sup>201</sup> SOUZA, Ricardo Timm de. **Sobre a construção do sentido**: pensar e o agir entre a vida e a filosofia. São Paulo: Perspectiva, 2004. p. 29-30.

A propósito da etimologia do termo – “fetiche” -, em si, Vicente de Paulo Barreto expõe que:

O fetiche é definido como ‘objeto a que se atribui o poder sobrenatural e se presta culto’, com vistas a sua ação mágica e benéfica. O culto do fetiche ou fetichismo é uma palavra que se constituiu na principal contribuição das línguas portuguesas e espanhola para a moderna metafísica, filosofia política e teoria. Como escreve Guardiola-Rivera, o termo ‘fetiche’ surgiu da transformação da palavra portuguesa feitiço ou hecho, significando ‘feito’ ou ‘feito pela arte’. A raiz comum da palavra traz noção de que é alguma coisa produzida pelas mãos do homem, uma cópia, degradada e, portanto, indigna de nossa atenção em virtude da falta de autenticidade.

A palavra, entretanto, tornou-se usual nas ciências sociais quando foi incorporada nas línguas anglo-germânicas para designar as formas afro-lógicas de religiosidade, em particular aquelas dos povos da África Ocidental, mas também no estudo das religiões trazidas pelos povos africanos no processo de escravidão, como o vuduísmo, o candomblé e santería. Essas formas de culto fetichistas tornaram-se centrais nos movimentos revolucionários, no Caribe, durante os séculos XVIII, XIX e XX. Nesse uso, ensina a antropologia, o fetiche era o objeto, o encantamento ou o amuleto através dos quais os deuses, espíritos e os ancestrais comunicam-se e intervêm nos assuntos dos homens e da sociedade.<sup>202</sup>

Especificamente tratando sobre o “fetiche dos direitos humanos”, este autor sustenta a existência de duas faces da conjuntura atual dos direitos humanos, em sua afeição “fetichizada”: “uma face simbólica, libertadora e redentora dos seres humanos; e outra face dogmática, formalista e na sua arrogância de tudo abranger limitadora do aperfeiçoamento da sociedade”.<sup>203</sup> Nas palavras do próprio autor:

Os direitos humanos ganharam assim características que ameaçam desnaturá-los. Na verdade, o fetiche dos direitos humanos apresenta na modernidade duas faces: uma face simbólica, libertadora e redentora dos seres humanos; e outra face dogmática, formalista e na sua arrogância de tudo abranger limitadora do aperfeiçoamento da sociedade.<sup>204</sup>

Em analogia ao fetiche dos direitos humanos, também o direito de autor ganhou características que ameaçam desnaturá-lo, e as duas faces de um “fetiche”

<sup>202</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 23

<sup>203</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 23

<sup>204</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 23

igualmente podem ser aqui observadas. Ao passo que se dispõe de uma inquestionável face simbólica e redentora, que visa, ao fim e ao cabo, o aperfeiçoamento intelectual do homem, mediante a cultura e a educação que se promoveriam por intermédio do direito de autor; também se dispõe de outra face, formalista e arrogante, que visualiza na “propriedade” e no “incentivo” ao autor a única forma possível para perseguir o fim almejado.

Na presente construção teórica, portanto, os termos “fetiche” e “crise” estarão intimamente relacionados. Não fosse o “fetiche” da “propriedade” e do “incentivo” do direito de autor, não se estaria diante de uma “crise de sentidos”, que se prolifera em inúmeros outros “fetiches”, e apenas com o auxílio interdisciplinar da filosofia poder-se-á identificar e refletir, consoante explica Ricardo Timm de Souza.

A filosofia, qualquer que seja pressupõe uma situação de crise de sentido da realidade. Sem crise do sentido, o mundo inteiro, nas suas mais diversas dimensões e aspectos, encontram-se desde sempre como que “explicados” – ou sua explicação definitiva consiste precisamente em não ter explicação nenhuma. Em um como em outro caso, o que se tem é uma situação estática, fechada, sufocada em si mesma, sem questionamento algum: uma totalidade fechada de sentido, tal como temos usado essa expressão: sem fresta, sem o respirar de uma temporalidade renovada para além do maciço e do opaco, do opressivo e automático dia-a-dia. Vida amortecida, talvez semi-vida.

A crise de sentido introduzirá nessa totalidade opressiva um crivo de imprevisíveis consequências. E o filosofar consiste, em sua primeira dimensão, no aproveitamento consistente desse crivo.<sup>205</sup>

Com o apoio da perspectiva filosófica, portanto - que advirá mais à tona no derradeiro capítulo - vislumbra-se, como bem adverte Luiz Gonzaga Adolfo, que a “crise de sentidos” autoralista advém, dentre outros fatores, de um inquestionável “progresso da técnica, principalmente visualizado na Internet, no acesso mais rápido, mais amplo e mais eficaz de criações intelectuais dos mais variados gêneros”,<sup>206</sup> fazendo com que o direito de autor não possa mais “ser estudado e trabalhado com

---

<sup>205</sup> SOUZA, Ricardo Timm de. **Sobre a construção do sentido**: pensar e o agir entre a vida e a filosofia. São Paulo: Perspectiva, 2004. p. 29-30.

<sup>206</sup> ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obras privadas, benefícios coletivos**: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação. 2006. 386 f. Tese (Doutorado em Direito Público) - Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). São Leopoldo, 2006. p. 191. Disponível em <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2472>>. Acesso em 20 ago. 2017.



os meios e procedimentos (jurídicos) do século passado".<sup>207</sup> Dito de outra forma, a Sociedade Informacional "representou um verdadeiro *tsunami* no Direito Autoral",<sup>208</sup> e trouxe à tona a fragilidade dos fundamentos que sempre o sustentou.

Evidentemente, as características da Sociedade Informacional demandam novas posturas do direito de autor, além de um revisitar de suas próprias estruturas. Nos subcapítulos seguintes, passar-se-á, em um primeiro momento, a apontar a revolução e o descompasso que se encontra na gênese da Sociedade Informacional, para, a seguir, apontar como a sociedade e as pessoas têm se organizado, em "iniciativas privadas", para readequar o direito de autor às novas demandas e exigências estruturais da Sociedade Informacional.

### 3.1 O Direito Autoral e a Sociedade Informacional

Pode-se afirmar que o direito de autor é a história da lei tentando impor freios aos avanços tecnológicos que colocam em cheque a rentabilidade dos bens imateriais, em uma economia de mercado. A fundamentação econômica dos direitos de propriedade intelectual, consoante examinado no capítulo anterior, auxilia na compreensão dessa característica dispersiva dos bens imateriais, que tornam a propriedade intelectual um instrumento econômico para garantir a mercantibilidade destes bens (imateriais).

O direito de autor, como um direito de cópia (*copy-right*), desenvolveu-se como instrumento (resposta) à tecnologia que deu gênese à imprensa: a máquina de Gutemberg.<sup>209</sup> Por mais sugestivo que possa parecer, o direito de autor, em sua mais

---

<sup>207</sup> ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obras privadas, benefícios coletivos**: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação. 2006. 386 f. Tese (Doutorado em Direito Público) - Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). São Leopoldo, 2006. p. 191. Disponível em <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2472>>. Acesso em 20 ago. 2017.

<sup>208</sup> ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obras privadas, benefícios coletivos**: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação. 2006. 386 f. Tese (Doutorado em Direito Público) - Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). São Leopoldo, 2006. p. 191. Disponível em <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2472>>. Acesso em 20 ago. 2017.

<sup>209</sup> De acordo com Marcos Wachowicz: "O direito da propriedade intelectual contemporâneo nasceu do pensamento europeu continental do final do século XIX, sendo concebido dentro de um longo processo tecnológico desencadeado a partir da invenção dos tipos móveis de Gutenberg, em 1450. Foi essa tecnologia que propiciou o surgimento do livro impresso e sua difusão, fazendo com que se valorizassem não mais os copistas medievais que reproduziam os livros em pergaminho nos mosteiros, mas os autores da obra que passavam a ser os criadores do novo conhecimento proveniente das universidades". WACHOWICZ, Marcos. **O "novo" direito autoral na sociedade informacional**. [S.l., 2017?]. p. 1-12. p. 1. Disponível em

tenra gênese, era uma resposta a esse específico avanço tecnológico.<sup>210</sup> Não por outra razão, livros, mapas e cartas são as genuínas obras protegidas pelo antigo direito de autor (*copyright*). Aos poucos, o avanço tecnológico foi impondo reformas pontuais em sua estrutura normativa para incluir as novas formas de exploração de obras intelectuais desveladas pelos avanços tecnológicos. A título meramente ilustrativo pode-se citar as obras audiovisuais e fotográficas, a música mecânica, as obras arquitetônicas, e, mais recentemente, o *software*.

Todavia, em seu epicentro normativo, o direito de autor segue ostentando a mesma carga axiológica de sua gênese, em que pese tenha sofrido mudanças profundas no alargamento de seu escopo e tempo de proteção ao longo dos anos.<sup>211</sup> Ou seja, hodiernamente tem-se um instituto jurídico que almeja proteger o autor e sua obra dos novos contextos digital e da Internet, mas com esteio no mesmo paradigma “analógico” que o fundou, em meados do século XVI. Dito de outra forma: tenta proteger as obras do compartilhamento ilícito na Internet com a mesma ferramenta que era utilizada para coibir a impressão ilícita de livros no período medieval. Evidentemente, inúmeras peculiaridades tornam evidente esse descompasso. A principal delas reside no conjunto de transformações, econômicas, antropológicas e sociais, movida pela revolução tecnológica da Era da Informação,<sup>212</sup> que se tem chamado de Sociedade Informacional.<sup>213</sup>

---

<[http://www.gedai.com.br/sites/default/files/arquivos/artigo\\_o\\_novo\\_direito\\_autoral\\_na\\_sociedade\\_informacional\\_marcos\\_wachowicz.pdf](http://www.gedai.com.br/sites/default/files/arquivos/artigo_o_novo_direito_autoral_na_sociedade_informacional_marcos_wachowicz.pdf)>. Acesso em 03 Set. 2017.

<sup>210</sup> A propósito da relação indissociável entre o direito autoral e os avanços tecnológicos, cumpre a transcrição de ensinamento de Luiz Gonzaga Adolfo: "As tecnologias foram importantes em torno da concretização do Direito Autoral. Ele, inclusive, teria surgido delas, na afirmação clássica de todos os autores sobre a importância que teve a máquina impressora idealizada por Gutenberg como primeiro passo, em nível mundial, para seu surgimento efetivo como ramo do Direito". ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação**. 2006. 386 f. Tese (Doutorado em Direito Público) - Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). São Leopoldo, 2006. p. 200. Disponível em <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2472>>. Acesso em 20 ago. 2017.

<sup>211</sup> Consoante analisou-se no capítulo anterior, ao passo que o direito de autor, em sua origem inglesa, possuía como objeto, único e exclusivo, a criação de um direito de cópia (*copy-right*) para obras literárias (no sentido estrito do termo, ou seja, livros), por um período de singelos quatorze anos prorrogáveis por igual período, para as obras novas, e vinte e um anos para as obras anteriores a publicação da precursora legislação (Estatuto da Rainha Ana), em 1709/1710, os desdobramentos atuais da matéria indicam que o seu escopo aumentou para abarcar diversas outras formas de utilização e obras tuteladas, inclusive, recentemente, o software, por um período que, no Brasil, como regra, engloba a vida do autor mais setenta anos após a sua morte.

<sup>212</sup> Revoluções tecnológicas permearam toda a história da humanidade. Para fins de delimitação, cumpre explicitar que o foco de análise são as novas tecnologias advindas na Era da Informação, na forma como trabalhado por Marcos Wachowicz: No entendimento deste autor, a Revolução da Tecnologia da Informação entabula-se em três fases distintas e sucessivas: primeiro, a Era

De acordo com Luiz Gonzaga Adolfo, em que pese o termo – “Sociedade Informacional”<sup>214</sup> – não seja unanimidade entre os autores que se dedicam ao seu estudo, citando como exemplo José de Oliveira Ascensão<sup>215</sup>, é cediço que os

---

Eletrônica, seguida pela Era Digital, culminando na Era da Informação. A Era Eletrônica teria surgido com o primeiro computador eletrônico, denominado Eniac, em 1945, vindo a cabo com a invenção do microprocessador, em 1971, embutindo-se um computador inteiro em um único chip. Por sua vez, a sucessora Era Digital é marcada pela massificação dos computadores pessoais, a partir da década de 80. Na Era Digital, assevera Marcos, “a maior evolução foi transformar o computador em um aparelho interativo com o homem, que não existia na Era Eletrônica, e inseri-lo na sociedade tornando-o um veículo de comunicação”. Os desdobramentos tecnológicos da Era Digital propiciaram, nos anos 90, a expansão das conexões e redes informáticas, que marcam a atual Era da Informação: *www. (world wide web)*, ciberespaço, Internet, etc., são alguns dos conceitos ínsitos a Era da Informação. A partir desse contexto, portanto, toda referência ao termo “Era da Informação”, nesta pesquisa, levará em consideração essa carga semântica. WACHOWICZ, Marcos. A Revolução Tecnológica da Informação: os valores éticos para uma efetiva tutela jurídica dos bens intelectuais. In ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Coord). **Direito da propriedade intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 39–83. p. 45-53..

<sup>213</sup> O tema da Sociedade Informacional, atrelada ou não ao Direito Autoral, tem sido pródigo em análises, dissertações e teses. Nesta investigação, portanto, será considerada questão superada a qualificação, doutrinária e histórica, do conceito de Sociedade Informacional. Neste sentido, além das obras já citadas neste trabalho, ver, também: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva (Org.). **Direitos fundamentais na sociedade da informação**. Florianópolis: Gedai, 2012. Disponível em <[http://www.gedai.com.br/sites/default/files/publicacoes/direitosfundamentaisnasociedadedainformacao-1\\_com\\_capa.pdf](http://www.gedai.com.br/sites/default/files/publicacoes/direitosfundamentaisnasociedadedainformacao-1_com_capa.pdf)>. Acesso em 12 jun.2017.; MEDEIROS, Heloísa Gomes. **A sobreposição de direitos de propriedade intelectual no software: coexistência entre direitos de autor e patentes na sociedade informacional**. 2017. 440 f. (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2017. Disponível em: <[http://www.gedai.com.br/sites/default/files/tese\\_deposito\\_heloisa\\_medeiros\\_ufsc.pdf](http://www.gedai.com.br/sites/default/files/tese_deposito_heloisa_medeiros_ufsc.pdf)>. Acesso em 12 jun.2017.; MARTINS, Diana Zerbini de Carvalho. **Os impactos da propriedade intelectual do software sobre o desenvolvimento no contexto da sociedade da informação**. 2009. 149 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2009. Disponível em: <[http://www.gedai.com.br/sites/default/files/dissertacao\\_diana\\_zerbini\\_martins.pdf](http://www.gedai.com.br/sites/default/files/dissertacao_diana_zerbini_martins.pdf)>. Acesso em 12 jun.2017.; SILVA, Guilherme Coutinho. **Acesso às obras fonográficas na sociedade informacional: as relações com o Sistema Internacional de Tutela do Direito Autoral**. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2011. Disponível em: <[http://www.gedai.com.br/sites/default/files/295257-\\_dissertacao\\_mestrado\\_guilherme.pdf](http://www.gedai.com.br/sites/default/files/295257-_dissertacao_mestrado_guilherme.pdf)>. Acesso em 12 jun.2017.

<sup>214</sup> No mesmo passo da divisão empregada por Liz Sass, parafraseando Manuel Castells, nesta investigação será empregado o termo, “Sociedade Informacional”, e não, “Sociedade da Informação”. Neste sentido, *vide*: “Dessa maneira, a noção de rede permeia a compreensão sobre a própria forma organizacional da sociedade contemporânea, bem como é basilar para a compreensão da revolução tecnológica, a qual consiste na aplicação da informação para gerar conhecimentos e dispositivos de processamento e comunicação da informação num ciclo regenerativo-interativo. A informação deixa de ser apenas um elemento para tornar-se um processo fundamental na sociedade em rede. É por esta razão que Castells diferencia os termos sociedade da informação e sociedade informacional: enquanto o primeiro caracteriza uma sociedade que recebe os impactos informacionais, o segundo revela a estrutura básica fornecida pelas redes.” SASS, Liz Beatriz. **Da (não) justificativa do uso dos direitos de propriedade intelectual para a apropriação da biodiversidade: a sustentabilidade como limite**. 2016. 449 f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2016. Disponível em: <[http://www.gedai.com.br/sites/default/files/tese\\_versao\\_a5\\_liz\\_sass.pdf](http://www.gedai.com.br/sites/default/files/tese_versao_a5_liz_sass.pdf)>. Acesso em 12 jun.2017. p. 39.

<sup>215</sup> De acordo com José de Oliveira Ascensão, “‘Sociedade da Informação’ não é um conceito técnico: é um *slogan*. Melhor sealaria até em sociedade da comunicação, uma vez que o que se pretende impulsionar é a comunicação, e só num sentido muito lato se pode qualificar toda mensagem

princípios que estão por detrás deste conjunto significativo de transformações, econômicas e sociais, advindas com as novas tecnológicas comunicacionais, são da mais alta relevância ao estudo do direito de autor.

No Direito Autoral, a grande novidade também é a chamada “Sociedade da Informação”. Embora haja quem discorde da expressão, como Ascensão, para quem “Sociedade da Informação não é um conceito técnico: é um slogan”, e entende que, desta forma, seria mais adequado chamá-la “Sociedade da Comunicação”, já que o que se pretende impulsionar é a comunicação, e somente num sentido lato poderia ser qualificada toda mensagem como informação, não há dúvidas de que hoje esta expressão tem variantes e inúmeros pensadores das mais diversas áreas utilizam expressões próprias para designar esta realidade, sempre, porém, enfatizando seus principais aspectos.<sup>216</sup>

De fato, é notável a dita relevância, no direito de autor, do *paradigma da tecnologia da informação*<sup>217</sup>, que se encontra no seio de análise da Sociedade Informacional, desde meados dos anos 70'.<sup>218</sup> Inclusive, prescinde-se de maiores

---

como informação”. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da internet e da sociedade da informação**: estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 71.

<sup>216</sup> ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obras privadas, benefícios coletivos**: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação. 2006. 386 f. Tese (Doutorado em Direito Público) - Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). São Leopoldo, 2006. p. 191. Disponível em <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2472>>. Acesso em 20 ago. 2017.

<sup>217</sup> “A primeira característica do novo paradigma é que a informação é sua matéria prima: são tecnologias para agir sobre a informação, não apenas informação para agir sobre a tecnologia, como foi o caso das revoluções tecnológicas anteriores. O segundo aspecto refere-se à penetrabilidade dos efeitos das novas tecnologias. Como a informação é uma parte integral de toda atividade humana, todos os processos de nossa existência individual e coletiva são diretamente moldados (embora, com certeza, não determinados) pelo novo meio tecnológico. A terceira característica refere-se à lógica de redes em qualquer sistema ou conjunto de relações, usando essas novas tecnologias da informação. A morfologia da rede parece estar bem adaptada à crescente complexidade de interação e aos modelos imprevisíveis do desenvolvimento derivado do poder criativo dessas interações. Essa configuração topológica, a rede, agora pode ser implementada materialmente em todos os tipos de processos e organizações graças a recentes tecnologias da informação. Sem elas, tal implementação seria bastante complicada. E essa lógica de redes, contudo, é necessária para estruturar o não estruturado, porém preservando a flexibilidade, pois o não estruturado é a força motriz da inovação na atividade humana. (...) Em quarto lugar, referente ao sistema de redes, mas sendo um aspecto claramente distinto, o paradigma da tecnologia da informação é baseada na flexibilidade. Não apenas os processos são reversíveis, mas a organização e instituições podem ser modificadas, e até mesmo fundamentalmente alteradas, pela reorganização de seus componentes. (...) Então, uma quinta característica dessa revolução é a crescente convergência de tecnologias específicas para um sistema altamente integrado, no qual trajetórias tecnológicas antigas ficam literalmente impossíveis de se distinguir em separado”. CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em rede**. 17. ed. ver. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2016. p. 124-125.

<sup>218</sup> Segundo Manuel Castells, a revolução tecnológica da informação da Era Informacional nasceu na década de 1970, notadamente nos Estados Unidos da América. Neste sentido, *in verbis*: “Assim, o microprocessador, o principal dispositivo de difusão da microeletrônica, foi inventado em 1971 e começou a ser difundido em meados dos anos 1970. O microcomputador foi inventado em 1975, e

digressões para que se possa concluir a íntima relação existente entre os avanços tecnológicos, na Era da Informação, e o descompasso provocado na matéria. Consoante expõe Luiz Gonzaga Adolfo, a possibilidade de reprodução instantânea da obra original, a perfeição e exatidão das cópias digitais, e o baixo custo envolvido nesse processo de reprodução, são apenas alguns fatores preliminares que denunciam o descompasso do direito de autor na Sociedade Informacional.

No atinente ao Direito Autoral, o que se pode visualizar é o surgimento de uma nova realidade em torno dele, pois, como se vê em uma dezena de observações pontuais que faz Akester, a informação em formato digital pode ser reproduzida instantaneamente, com perfeita exatidão e sem esforço significativo; a inexistência de qualquer diferença entre o original digital e a respectiva cópia possibilita a efetivação de um número ilimitado de cópias; contrariamente à tecnologia analógica, que veda a realização de cópias multi geração, a tecnologia digital é compatível com a realização de inúmeras cópias virtualmente perfeitas; os avanços tecnológicos recentes contribuíram para tornar fácil, rápido e barato o processo de execução e distribuição de cópias de obras na internet.<sup>219</sup>

Outro reflexo que denuncia o referido descompasso reside no paradoxo existente entre as funções exercidas pelo direito de autor (de restrição), e as possibilidades comunicacionais das novas tecnologias, na Era da Informação. Conforme alertam Liz Beatriz Sass e Marcos Wachowicz, se o espaço digital

---

o primeiro produto comercial de sucesso, o Apple II, foi introduzido em abril de 1977, por volta da mesma época em que a Microsoft começava a produzir sistemas operacionais para microcomputadores. A Xerox Alto, matriz de muitas tecnologias de software para os PCS dos anos 1990, foi desenvolvida nos laboratórios PARC em Palo Alto, em 1973. O primeiro comutador eletrônico industrial apareceu em 1969, e o comutador digital foi desenvolvido em meados dos anos 1970 e distribuído no comércio em 1977. A fibra ótica foi produzida em escala industrial pela primeira vez pela Corning Glass, no início da década de 1970. Além disso, em meados da mesma década, a Sony começou a produzir videocassetes comercialmente, com base em descobertas da década de 1960 nos EUA e na Inglaterra, que nunca alcançaram produção em massa. E, finalmente, mas não menos importante, foi em 1969 que a Arpa (Agência de Projetos de Pesquisa Avançada do Departamento de Defesa Norte-Americano) instalou uma nova e revolucionária rede eletrônica de comunicação que se desenvolveu durante os anos 1970 e veio a se tornar a internet. Ela foi extremamente favorecida pela invenção, por Cerf e Kahn em 1973, do TCP/IP, o protocolo de interconexão em rede que introduziu a tecnologia de “abertura”, permitindo a conexão de diferentes tipos de rede. Acho que podemos dizer, sem exagero, que a revolução da tecnologia da informação propriamente dita nasceu na década 1970, principalmente se nela incluímos o surgimento e a difusão paralela da engenharia genética mais ou menos nas mesmas datas e locais, fato que merece, no mínimo, algumas linhas”. CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em rede**. 17. ed. ver. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2016. p. 109.

<sup>219</sup> ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obras privadas, benefícios coletivos**: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação. 2006. 386 f. Tese (Doutorado em Direito Público) - Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). São Leopoldo, 2006. p. 205-206. Disponível em <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2472>>. Acesso em 20 ago. 2017.



contemporâneo estimula a interlocução e deliberação cidadã, o direito de autor, que deveria servir de estímulo a essas atividades, acaba operando, paradoxalmente, como o próprio censor dessas novas liberdades estimuladas pela Sociedade Informacional. Novamente, descompasso.

Na sociedade contemporânea o espaço digital é entendido como um novo espaço público, razão pela qual proliferam políticas públicas tendentes a demonstrar a importância e a centralidade das novas tecnologias como ferramentas de interlocução e deliberação cidadã. Porém, ao mesmo tempo em que se costuma enaltecer as variáveis políticas da cultura digital, ignora-se que este espaço também sofre as restrições legais impostas pelo direito de autor. Nesse sentido, o direito de autor, ao invés de propiciar e incentivar a criatividade intelectual, na maior parte das vezes, funciona como um obstáculo às trocas culturais no âmbito digital em benefício de grupos econômicos privilegiados.<sup>220</sup>

Inclusive, o descompasso em pauta torna-se ainda mais agudo, para a realidade específica de países em desenvolvimento, como o Brasil, ao considerar-se o prisma de análise das diferenças existentes na concretização do projeto da Sociedade Informacional nos mais diversos modelos de sociedade pós-industrial. A propósito, esclarece Liz Beatriz Sass.

Não obstante, é preciso considerar que o projeto da sociedade informacional impacta de forma muito divergente diferentes tipos de sociedades. É possível afirmar que coexistem tantos modelos diferentes de sociedade informacional como se encontram modelos diferentes de sociedade industrial. Em outros termos, assim como as sociedades industriais diferem quanto à forma como lidam com questões como a exclusão social, os impactos ambientais decorrentes das atividades econômicas ou os interesses coletivos, o mesmo tende a ocorrer nas sociedades informacionais. Com efeito, há uma diferença entre o caráter de novidade dentro do *continuum* do desenvolvimento capitalista entre a morfologia que vai adquirindo a sociedade da informação na Europa e na América Latina. Enquanto as políticas europeias tem como preocupação básica a garantia da coesão socioeconômica, na América Latina pós-ditatorial a fratura social e econômica constitui um fenômeno estrutural que tem se agravado nos últimos anos do século XX. Esta tendência não tem sido modificada pelo advento da sociedade informacional, pelo contrário, com a crescente importância da informação como insumo e sua inserção no processo produtivo, as

---

<sup>220</sup> SASS, Liz Beatriz. WACHOWICZ, Marcos. O Direito Autoral como propulsor da diversidade cultural: falácias e desafios. In WACHOWICZ, Marcos (Coord.). **Direito autoral & economia criativa**. Curitiba: Gedai, 2015. p. 153-184. p. 173. Disponível em <[http://www.gedai.com.br/sites/default/files/publicacoes/direito\\_autoral\\_e\\_economia\\_criativa\\_ebook.pdf](http://www.gedai.com.br/sites/default/files/publicacoes/direito_autoral_e_economia_criativa_ebook.pdf)>. Acesso 16 out. 2017.



linhas assinaladas tem, por vezes, se aprofundado (BECERRA, 2003).<sup>221</sup>

Por outro lado, simplesmente aduzir o referido descompasso, sem maiores aprofundamentos, não deixa de ser uma forma de (retro)alimentar o “senso comum” que impera no estudo da propriedade intelectual, especificamente no direito de autor, e dá azo ao conjunto de *fetiches, crenças, valores e justificativas* denunciados por Liz Beatriz Saas.<sup>222</sup> Isso porque, a história é pródiga em exemplos dos diversos estranhamentos causados pelo advento das novas tecnologias, em suas respectivas épocas, na proteção concedida pelo direito de autor. Exemplificativamente, basta lembrar o alvoroço causado, quando a Sony inseriu no mercado de consumo os primeiros videocassetes (*Vídeo Cassette Recorder*), em meados dos 80’, dando causa ao famoso “*Betamax Case*”.<sup>223</sup>

Tradicionalmente, cada avanço tecnológico que se sobrepõe ao *status quo* provoca descompassos e rupturas. Por isso, Lawrence Lessig<sup>224</sup> é enfático ao afirmar que não restam dúvidas de que a tecnologia atual ameaça, sim, os negócios

<sup>221</sup> SASS, Liz Beatriz. **Da (não) justificativa do uso dos direitos de propriedade intelectual para a apropriação da biodiversidade**: a sustentabilidade como limite. 2016. 449 f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2016. p. 42/43. Disponível em: <[http://www.gedai.com.br/sites/default/files/tese\\_versao\\_a5\\_liz\\_sass.pdf](http://www.gedai.com.br/sites/default/files/tese_versao_a5_liz_sass.pdf)>. Acesso em 12 jun.2017.

<sup>222</sup> SAAS, Liz Beatriz. WACHOWICZ, Marcos. O Direito Autoral como propulsor da diversidade cultural: falácias e desafios. In WACHOWICZ, Marcos (Coord.). **Direito Autoral & Economia Criativa**. Curitiba: Gedai, 2015. p. 153-184. p. 163. Disponível em <[http://www.gedai.com.br/sites/default/files/publicacoes/direito\\_autoral\\_e\\_economia\\_criativa\\_eboo k.pdf](http://www.gedai.com.br/sites/default/files/publicacoes/direito_autoral_e_economia_criativa_eboo k.pdf)>. Acesso 16 out. 2017.

<sup>223</sup> "Betamax case" é o nome popular do caso "Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984)", julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 17 de janeiro de 1984. Como é cediço, a *Universal City Studios* e a *Walt Disney Productions* são duas empresas norte americanas que se dedicam a produzir filmes e obras audiovisuais para televisão, além de outros produtos voltados ao entretenimento, em geral. Em 1975, a empresa *Sony Corporation* lançou no mercado de consumo um produto denominado "Betamax", que permitiu, pela primeira vez na história, a gravação de programas televisivos em fitas caseiras de 12.7 mm. Trata-se da gênese dos vídeos-cassetes, que, naturalmente, causou um alvoroço entre os produtores de conteúdo audiovisual, visto que, a partir de então, passaria a permitir que os consumidores gravassem quaisquer programas televisivos, consoante melhor lhe aprouvessem. Visando a responsabilizar a criadora do "Betamax" pela suposta infração de direitos autorais, consubstanciada da criação de uma tecnologia que incentivava práticas ilícitas, as empresas *Universal City Studios* e *Walt Disney Productions* buscaram abrigo perante o Poder Judiciário. Em 17 de janeiro de 1984, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América decidiu que realização de cópias individuais de programas completos de televisão para fins de uso privado não constitui violação de direitos autorais. Mais, também decidiu que os fabricantes de dispositivos domésticos de gravação de vídeo, como o "Betamax" ou outros videocassetes, não podem ser responsabilizados. Para maiores informações sobre o caso, inclusive a íntegra da decisão e o próprio manual do "Betamax", vide: ELETRONIC Frontier Foundation. **The betamax case**: Sony Corp. of America v. Universal City Studios, 464 U.S. 417 (1984). [S.l., 2017?]. Disponível em <<https://w2.eff.org/legal/cases/betamax/#documents>>. Acesso em 19 out. 2017.

<sup>224</sup> LESSIG, Lawrence. **Free culture**: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity. New York, USA: The Penguin Press, 2005. p. 211.

estabelecidos, assim como alguns artistas que tem no direito de autor uma perspectiva de renda e lucro. Por outro, trata-se de uma ameaça proporcional à causada, por esses mesmos atores, aos seus antecessores. Neste sentido, basta lembrar que a atual indústria cinematográfica de Hollywood – notadamente estúdios como a Fox - foi construída por criadores e diretores (“piratas fugitivos”, segundo Lessig<sup>225</sup>) que migraram da costa leste dos Estados Unidos da América para a Califórnia, no início do século XX, justamente para escapar do controle que as patentes de invenção concediam ao inventor do cinema, Thomas Edison, que, por sua vez, eram exercidos mediante licenciamento exclusivo pela empresa “Motion Pictures Patents Company”.<sup>226</sup> Nas palavras de Lawrence Lessig, o “Napsters” daquela época, em relação à “Motion Pictures Patents Company”, eram empresas como a Fox.

O Napsters daqueles dias, os "independentes", eram empresas como a Fox. E não menos do que hoje, esses "independentes" foram vigorosos opositores. Tiroteios eram interrompidos por roubos de máquinas, e 'acidentes' frequentemente resultavam em perda de negativos, equipamentos, edifícios e, por vezes, vidas. Isso levou os "independentes" a fugirem da Costa Leste. A Califórnia era suficientemente remota do alcance de Edison e os cineastas poderiam piratear suas invenções sem medo da lei. Os líderes do cinema de Hollywood, notadamente a Fox, fizeram exatamente isso.<sup>227</sup>

---

<sup>225</sup> A propósito: “The film industry of Hollywood was built by fleeing pirates. Creators and directors migrated from the East Coast to California in the early twentieth century in part to escape controls that patents granted the inventor of filmmaking, Thomas Edison. These controls were exercised through a monopoly ‘trust,’ the Motion Pictures Patents Company, and were based on Thomas Edison’s creative property—patents”. Tradução livre: “A indústria cinematográfica de Hollywood foi construída por piratas fugidos. Criadores e diretores migraram da Costa Leste para a Califórnia no início do século XX, em parte, para escapar dos controles que as patentes concediam ao inventor do cinema, Thomas Edison. Esses controles foram exercidos através de uma "licença" concedida para a Motion Pictures Patents Company, e basearam-se nas patentes de propriedade de Thomas Edison”. (tradução nossa). LESSIG, Lawrence. **Free culture**: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity. New York, USA: The Penguin Press, 2005. p. 53.

<sup>226</sup> LESSIG, Lawrence. **Free culture**: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity. New York, USA: The Penguin Press, 2005. p. 53.

<sup>227</sup> Texto original da citação: “The Napsters of those days, the “independents,” were companies like Fox. And no less than today, these independents were vigorously resisted. ‘Shooting was disrupted by machinery stolen, and ‘accidents’ resulting in loss of negatives, equipment, buildings and sometimes life and limb frequently occurred.’ That led the independents to flee the East Coast. California was remote enough from Edison’s reach that filmmakers there could pirate his inventions without fear of the law. And the leaders of Hollywood filmmaking, Fox most prominently, did just that”. LESSIG, Lawrence. **Free culture**: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity. New York, USA: The Penguin Press, 2005. p. 54.

Portanto, se “pirataria” significa usar a propriedade intelectual de outra pessoa, sem permissão, esclarece Lawrence Lessig,<sup>228</sup> todo o setor afetado, hoje, pelos direitos de autor - filmes, música mecânica, rádio, TV a cabo, etc. -, é fruto do produto de alguma forma de pirataria. Obviamente, com esse arrazoado não se pretende fazer coro à pirataria, muito menos erigi-la ao posto de *lugar comum histórico*, como se fosse uma sina a ser enfrentada. Entretanto, é a partir desse percurso histórico que se poderão extrair as características fundamentais do descompasso que dá título a este capítulo, e vai muito além dos simples estranhamentos causados aos atores inseridos em um determinado *status quo*, após o advento de uma nova tecnologia que coloque em cheque sua atual forma de negócio. Desde já, portanto, esclarece-se que o descompasso aqui trabalhado reside nas entranhas do direito de autor, ou seja, em sua estrutura normativa mais radical, e se reflete na justificção para a própria concessão da proteção.

Ora, se até esta quadra da história a normatividade que protege a criação intelectual tem se dado por intermédio de leis e códigos (da propriedade Intelectual) – sistemas fechados, lineares e hierarquizados – as próprias características da Sociedade Informacional denunciam que a dinâmica (não linear) e flexibilidade do atual paradigma melhor se adaptam a um sistema aberto (em rede), que saiba lidar com os diversos estranhamentos causados pelos atores externos que não se furtaram em abalar a estabilidade do sistema.

Se, de acordo Manuel Castells, o paradigma da tecnologia da informação “não evolui para seu fechamento como um sistema, mas rumo à abertura como uma rede de acessos múltiplos”,<sup>229</sup> também o direito de autor, na Sociedade Informacional, deve evoluir neste mesmo sentido. Em outras palavras, a lógica da rede não deve permear, apenas, a explicação da revolução tecnológica causada no âmbito econômico, antropológico e social da sociedade contemporânea, na Era da Informação, mas deve servir de baliza para a reestruturação de um novo paradigma para a normatividade do direito de autor.

Neste cenário, portanto, a manutenção da unidade e coerência normativa do direito de autor é o que irá garantir a devida estabilidade da rede – sem afetá-la os diversos estranhamentos que, frequentemente, colocarão à prova a força de suas

---

<sup>228</sup> LESSIG, Lawrence. **Free culture**: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity. New York, USA: The Penguin Press, 2005. p. 61.

<sup>229</sup> CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 17. ed. ver. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2016. p. 128.

estruturas. Por isso, sobressai urgente uma justificação constitucional para o direito de autor, que irá permitir a abertura do direito de autor à dinâmica viva da rede, sem colocar em cheque o epicentro de sua normatividade.

Ademais, “o direito autoral na sociedade informacional deve ser um instrumento de desenvolvimento que venha ampliar políticas públicas de difusão da cultura, promovendo a educação e o conhecimento”.<sup>230</sup> Nesse sentido, apenas uma reflexão que traga consciência sobre os fetiches e descompassos que acompanham o direito de autor, hodiernamente, permitirá que se abra espaço para a mudança paradigmática que deve tomar a epistemologia autoralista, rumo à (re)estruturação normativa que alimente (sua dimensão pública<sup>231</sup>) e mantenha sua unidade normativa, necessariamente de origem constitucional e alinhada ao projeto político brasileiro insculpido na Carta Magna de 1988.

### 3.2 Revolução e Descompasso

Conforme se examinou, até esse ponto, a Sociedade Informacional causou um significativo descompasso normativo no direito de autor, que não consegue mais tutelar a criação intelectual, na Era da Informação, como antes o fazia – independente de “como” e “se”, de fato, o fazia. A partir desse ponto, conquanto, uma distinção deve ser feita, notadamente para a compreensão da dimensão da propalada “revolução”, e como ela causa uma segunda forma de descompasso, desta vez na própria forma como o direito de autor regula a criatividade e os

<sup>230</sup> WACHOWICZ, Marcos. **O "novo" direito autoral na sociedade informacional**. [S.l., 2017?]. p.1-12. p. 9. Disponível em <[http://www.gedai.com.br/sites/default/files/arquivos/artigo\\_o\\_novo\\_direito\\_autoral\\_na\\_sociedade\\_informacional\\_marcos\\_wachowicz.pdf](http://www.gedai.com.br/sites/default/files/arquivos/artigo_o_novo_direito_autoral_na_sociedade_informacional_marcos_wachowicz.pdf)>. Acesso em 03 Set. 2017.

<sup>231</sup> Acerca da dimensão pública do direito autoral, cumpre a transcrição de Marcos Wachowicz: “A dimensão pública do direito autoral tem papel preponderante quando se aborda a questão de políticas públicas para a preservação cultural e promoção da diversidade cultural do povo brasileiro. Isso porque a preservação do patrimônio cultural do país passa necessariamente pela criação e manutenção de políticas públicas que fomentem a diversidade cultural, e o direito de autor deve servir como um instrumento legal de sustentação dessas políticas. Se pensar de maneira inversa, ou seja, que o bem intelectual é um produto das indústrias criativas, que será posteriormente consumido pelas massas, pela sociedade, estaremos reduzindo a obra intelectual a mero bem de consumo. Ora, o bem intelectual não é um bem de consumo, tal qual um eletrodoméstico, porque ele tem valores e significados culturais que extrapolam uma relação privada de consumo, que é justamente aquilo que faz com que o direito de autor não seja banalizado. Vale dizer: a expressão artística e cultural deve estar presente na obra”. WACHOWICZ, Marcos. **O "novo" direito autoral na sociedade informacional**. [S.l., 2017?]. p.1-12. p. 9. Disponível em <[http://www.gedai.com.br/sites/default/files/arquivos/artigo\\_o\\_novo\\_direito\\_autoral\\_na\\_sociedade\\_informacional\\_marcos\\_wachowicz.pdf](http://www.gedai.com.br/sites/default/files/arquivos/artigo_o_novo_direito_autoral_na_sociedade_informacional_marcos_wachowicz.pdf)>. Acesso em 03 Set. 2017.

conteúdos providos pelo gênio humano. Trata-se da diferença entre mídia (*media*) e tecnologias de distribuição (*delivery technologies*).

Segundo Henry Jenkins,<sup>232</sup> mídia é uma tecnologia que permite a comunicação. Mais do que isso, mídia refere-se a um conjunto de protocolos sociais e práticas culturais que se desenvolvem, de forma sistêmica, em torno de uma determinada tecnologia. Henry Jenkins<sup>233</sup> é enfático, no sentido de que não se pode confundir mídia (*media*) e tecnologia de distribuição (*delivery technologies*), já que, estas últimas, são, única e exclusivamente, tecnologias. Exemplificativamente, ao passo que CDs, MP3 e fitas cassetes são tecnologias de distribuição, a música mecânica é a mídia. Ou seja, para muito além de uma simples tecnologia, mídia refere-se, então, a um sistema cultural. Ao passo que as tecnologias de distribuição (CDs, MP3 e fita cassete, *e.g.*) são sensíveis às (r)evoluções tecnológicas, e tornam-se obsoletas com o tempo, as mídias (música mecânica, *e.g.*) jamais desaparecem, mas evoluem e se transformam no seio do sistema cultural vigente.

O conteúdo de uma mídia pode mudar (como ocorreu quando a televisão deslocou o rádio como um meio de contar histórias, liberando o rádio para se tornar a principal vitrine do rock and roll), o público pode mudar (como aconteceu quando os quadrinhos se moveram de um meio dominante na década de 1950 para um nicho médio, atualmente), e seu status social pode aumentar ou diminuir (como aconteceu quando o teatro se moveu da forma popular de entretenimento para uma forma elitizada). Entretanto, assim que um meio se estabelece como satisfazendo a alguma demanda humana básica, ele continua a funcionar dentro de um sistema maior de comunicação. Uma vez que o som gravado tornou-se uma

---

<sup>232</sup> JENKINS, Henry. **Convergence culture**: where old and new media collide. New York and London: New York University Press, 2006. p. 13-14.

<sup>233</sup> Nas palavras do próprio autor: "To define medium, let's turn to historian Lisa Gitelman, who offers a model of media that works on two levers: on the first, a medium is a technology that enables communication; on the second, a medium is a set of associated 'protocols' or social and cultural practices that have grown up around that technology. Delivery systems are simply and only technologies; media are also cultural systems. Delivery technologies come and go all time, but media persist as a layers within and ever more complicated information and entertainment stratum." Tradução livre: "Para definir meio, voltemos para a historiadora Lisa Gitelman, que oferece um modelo de mídia que funciona em dois eixos: no primeiro, um meio é uma tecnologia que permite a comunicação; no segundo, um meio é um conjunto de "protocolos" associados ou práticas sociais e culturais que cresceram em torno dessa tecnologia. Os sistemas de entrega são tecnologias simples e únicas; os meios de comunicação também são sistemas culturais. As tecnologias de entrega vêm e vão em todos os tempos, mas a mídia continua como uma camada dentro e cada vez mais complicada de informação e entretenimento". (tradução nossa). JENKINS, Henry. **Convergence culture**: where old and new media collide. New York and London: New York University Press, 2006. p. 13-14.



possibilidade, continuamos a desenvolver novos e melhores meios de gravação e reprodução de som.<sup>234</sup>

A importância do entendimento do significado de mídia é tamanha que Clay Shirky chega a afirmar que “mídia é o tecido conjuntivo da sociedade”.<sup>235</sup>

Mídia é o modo como você fica sabendo quando e onde vai ser aquela festa de aniversário do seu amigo. Mídia é o modo como você fica sabendo o que está acontecendo em Teerã, quem governa Tegucigalpa ou qual é o preço do chá na China. Mídia é o modo como você fica sabendo que nome sai amiga deu ao bebê. Mídia é como você fica descobre por que Kierkegaard discordou de Hegel. Mídia é como você fica sabendo onde é a sua próxima reunião. Mídia é como você fica sabendo de tudo que fica a mais de dez metros de distância.<sup>236</sup>

Por isso, é fundamental a diferença entre mídia (*media*) e tecnologias de distribuição (*delivery technologies*). Em que pese ambos os conceitos possuam uma íntima relação, as revoluções que ambos os conceitos sofrem com o tempo são independentes entre si. Usualmente, costuma-se reduzir todo o debate a uma única revolução tecnológica. Todavia, os processos que a mídia vem sofrendo possuem características próprias, e têm atendido ao fenômeno da convergência.<sup>237</sup> Isso significa, que não apenas as tecnologias têm impulsionado novas possibilidades de

---

<sup>234</sup> Texto original da citação: “A medium’s content may shift (as occurred when television displaced radio as a storytelling medium, freeing radio to become the primary showcase for rock and roll), its audience may change (as occurs when comics move from a mainstream medium in the 1950s to a niche medium today), and its social status may rise or fall (as occurs when theater moves from popular form to an elite one), but once a medium establishes itself as satisfying some core human demand, it continues to function within the larger system of communication options. Once recorded sound becomes a possibility, we have continued to develop new and improved means of recording and playing back sound”. JENKINS, Henry. **Convergence culture**: where old and new media collide. New York and London: New York University Press, 2006. p. 14.

<sup>235</sup> SHIRKY, Clay. **A cultura da participação**: criatividade e generosidade no mundo conectado. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 52.

<sup>236</sup> SHIRKY, Clay. **A cultura da participação**: criatividade e generosidade no mundo conectado. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 52.

<sup>237</sup> Segundo Henry Jenkins: “By convergence, I mean the flow of content across multiples media platforms, the cooperation between multiples media industries, and the migratory behavior of media audiences who will go almost anywhere in search of the kinds of entertainment experiences they want. Convergence is a word that manages to describe technological, industrial, cultural, and social changes depending on who’s speaking and what they think are talking about”. Tradução livre: “Por convergência, quero dizer o fluxo de conteúdo em múltiplas plataformas de mídia, a cooperação entre múltiplas indústrias de mídia e o comportamento migratório do público da mídia que irão praticamente em qualquer lugar em busca dos tipos de experiências de entretenimento que eles querem. Convergência é uma palavra que consegue descrever mudanças tecnológicas, industriais, culturais e sociais, dependendo de quem está falando e do que elas pensam estar falando”. (tradução nossa). JENKINS, Henry. **Convergence culture**: where old and new media collide. New York and London: New York University Press, 2006. p. 3.



relacionamento das pessoas com a mídia, mas a própria mídia tem se alterado rumo a uma convergência, que altera a forma como o conteúdo é produzido e consumido.

Segundo Henry Jenkins, a indústria da mídia tradicional (profissional) está passando, atualmente, por uma mudança de paradigma (*paradigma shift*),<sup>238</sup> impulsionada pela convergência cultural (*convergence culture*), onde “as mídias antigas e novas colidem, onde as mídias de base e corporativa se interceptam, onde o poder dos produtores de mídia e o poder dos consumidores de mídia interagem de maneiras imprevisíveis”.<sup>239</sup> Trata-se de uma profunda mudança sociocultural, na medida em que, se no antigo paradigma os destinatários de mídia (consumidores) eram tratados como “espectadores”, eis que desempenhavam um papel essencialmente passivo no recebimento de informações, após os desdobramentos da Sociedade Informacional, especialmente o paradigma da convergência, dissolvem-se os papéis de produtor e consumidor de mídia. Nas palavras de Henry Jenkins, no paradigma da convergência, “em vez de tratar os produtores e consumidores de mídia como ocupantes de papéis separados, agora podemos vê-los como participantes que interagem uns com os outros de acordo com um novo conjunto de regras”.<sup>240</sup>

“Prosumidores” (*prosumers*) é o termo cunhado por Jeremy Rifkin<sup>241</sup> para designar os consumidores que se tornam seus próprios produtores de mídia, no paradigma da convergência cultural. Segundo Rifkin,<sup>242</sup> atualmente, mais de um

<sup>238</sup> JENKINS, Henry. **Convergence culture**: where old and new media collide. New York and London: New York University Press, 2006. p. 5.

<sup>239</sup> Texto original da citação: “Old and new media collide, where grassroots and corporates media intersects, where the power of the media producers and the power of the media consumers interact in unpredictable ways”. JENKINS, Henry. **Convergence culture**: where old and new media collide. New York and London: New York University Press, 2006. p. 2.

<sup>240</sup> Texto original da citação: “Rather than talking about media producers and consumers as occupying separate roles, we might now see them as participants who interact with each other according to a new set of rules”. JENKINS, Henry. **Convergence culture**: where old and new media collide. New York and London: New York University Press, 2006. p. 3.

<sup>241</sup> A propósito: “Today are already millions of ‘prosumers’ – consumers who have become their own producers”. Tradução livre: “Hoje, existem milhões de “prosumers” - consumidores que se tornaram seus próprios produtores”. (tradução nossa) RIFKIN, Jeremy. **The zero marginal cost society**: the internet of things, the collaborative commons, and the eclipse of capitalism. [S.l., 2017?]. posição 159. Documento disponível para Kindle.

<sup>242</sup> A propósito: “Today, more than one-third of the human race is producing its own informations on relatively cheap cellphones and computers and sharing it via video, audio, and text at near zero marginal cost in a collaborative networked world”. Tradução livre: “Hoje, mais de um terço da raça humana está produzindo suas próprias informações em celulares e computadores relativamente baratos e compartilhando via vídeo, áudio e texto com custo marginal quase zero em um mundo colaborativo em rede”. (tradução nossa) RIFKIN, Jeremy. **The zero marginal cost society**: the internet of things, the collaborative commons, and the eclipse of capitalism. [S.l., 2017?]. posição 159. Documento disponível para Kindle.

terço da raça humana produz e compartilha, na Internet, conteúdo de mídia, em vídeo, áudio e texto, a partir de celulares e computadores relativamente baratos, a um custo marginal quase zero, o que levaria a sociedade, nas próximas duas ou três décadas,<sup>243</sup> a atingir um paradigma econômico de bens e serviços gratuitos – o que seria o fim do capitalismo,<sup>244</sup> e, conseqüentemente, da indústria da mídia tradicional.

De qualquer sorte, todos esses elementos aparentam estar convergindo para o desvelamento de dois enormes impactos no epicentro do direito de autor. Em síntese, o primeiro deles advém da aparente incapacidade do direito de autor tutelar as novas formas de distribuição de mídia (sejam elas protegidas, ou não), de maneira especial a partir da Internet. Não se pode esquecer, que em sua essência o direito de autor ainda opera na perspectiva “analógica” da negativa de acesso e utilização por terceiros, salvo autorização do titular do direito de autor. Tal exercício resta sensivelmente prejudicado com uma tecnologia de distribuição como a Internet.

O segundo impacto, e mais importante, advém da própria alteração da forma com as pessoas têm se relacionado com a mídia. Assim, por exemplo, se antes os grandes veículos de comunicação (produtores) possuíam a exclusividade sobre a produção de mídia (destinada a um público consumidor definido – “espectadores”), na atualidade esse relacionamento fragmenta-se naquilo que Jeremy Rifkin denomina de “prosumidores” (*prosumers*).

Compreendido o contexto epistemológico em que está inserido o presente discurso, nos três próximos subitens serão examinados, especificamente: os reflexos da Internet na estrutura normativa tradicional do direito de autor, a fim de demonstrar a cabal impossibilidade normativa da tutela autoral neste novo ambiente; o

---

<sup>243</sup> A propósito: “Within the next two to three decades, prosumers in vast continental and global network will be producing and sharing green energy as well as physical goods and services, and learning in online virtual classrooms at near zero marginal cost, bringing the economy into an era of nearly free goods and services”. Tradução livre: “Nas próximas duas a três décadas, os prosumers da vasta rede continental e global estarão produzindo e compartilhando energia verde, bem como bens e serviços físicos, e aprendendo em salas de aula virtuais em linha com custo marginal quase zero, trazendo a economia para uma era de bens e serviços quase gratuitos”. (tradução nossa) RIFKIN, Jeremy. **The zero marginal cost society: the internet of things, the collaborative commons, and the eclipse of capitalism**. [S.l., 2017?]. posição 168. Documento disponível para Kindle.

<sup>244</sup> A propósito: “A new economic model is emerging in the twilight of the capitalist era that is better suited to organize a society in which more and more goods and services are nearly free”. Tradução livre: “Um novo modelo econômico está emergindo no crepúsculo da era capitalista que é mais adequado para organizar uma sociedade em que mais e mais bens e serviços são quase gratuitos”. (tradução nossa) RIFKIN, Jeremy. **T The zero marginal cost society: the internet of things, the collaborative commons, and the eclipse of capitalism**. [S.l., 2017?]. posição 275. Documento disponível para Kindle.

nascedouro de uma *geração remix*, que trouxe à tona a natureza cumulativa e derivativa da criatividade, não apenas na Era da Informação, mas desde a própria criação da palavra escrita, no intuito de demonstrar o fetiche do “gênio criador” na normatividade autoralista; e, por fim, o excedente cognitivo e a cultura da participação, que têm pautado criações autorais independente de incentivo pecuniário, visando a demonstrar que a criação autoral prescinde, na Era da Informação, de estímulos externos.

### 3.2.1 Internet e a nova Arquitetura Informacional

Com este subitem, objetiva-se demonstrar os reflexos da Internet na estrutura normativa tradicional do direito de autor, com o intento de comprovar a cabal impossibilidade normativa da tutela autoral neste novo ambiente. Em que pese seja, absolutamente, verdadeiro o argumento crítico de Liz Beatriz Sass,<sup>245</sup> no sentido de que a Internet é apenas uma das diversas manifestações tecnológicas da Sociedade Informacional, não se pode olvidar que se trata, inegavelmente, da sua manifestação mais relevante. A dita relevância advém da constatação de dois principais descompassos por ela provocados na normatividade autoralista: *primeiro*, o aumento espontâneo do escopo de proteção do direito de autor, para abranger, praticamente, toda e qualquer forma de utilização de uma obra intelectual; *segundo*, o paradoxal enfraquecimento da capacidade de tutela do direito autoral.

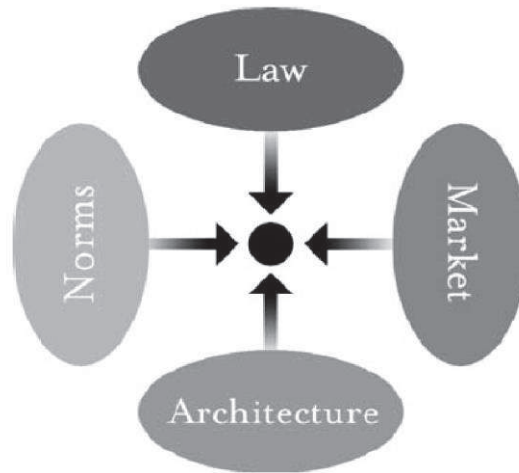
Inicia-se esta análise pelo *segundo* descompasso, e, para a sua melhor compreensão, utilizar-se-á o diagrama das quatro forças - Lei (*Law*),<sup>246</sup> Normas

<sup>245</sup> “Caracterizar a sociedade informacional consiste em uma tarefa árdua, pois se trata de discorrer sobre a contemporaneidade e a atualidade imediata de um conjunto multifacetado de processos, perante o qual se impõe uma resistência contra a tentação de reduzir a sua complexidade à uma série de mudanças tecnológicas nas indústrias e nas atividades de informação e de comunicação. Ainda que muitos estudiosos tenham a tendência de focalizar o conceito a partir das transformações decorrentes da Internet, esta é apenas uma de suas diversas manifestações e não há uma abordagem consagrada como válida universalmente ou que se pretenda como inquestionável quanto à sociedade informacional”. SASS, Liz Beatriz. **Da (não) justificativa do uso dos direitos de propriedade intelectual para a apropriação da biodiversidade: a sustentabilidade como limite**. 2016. 449 f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2016. p. 36. Disponível em: <[http://www.gedai.com.br/sites/default/files/tese\\_versao\\_a5\\_liz\\_sass.pdf](http://www.gedai.com.br/sites/default/files/tese_versao_a5_liz_sass.pdf)>. Acesso em 12 jun.2017.

<sup>246</sup> Não se desconhece que, usualmente, “sistema jurídico” é a melhor tradução para o português do termo em língua inglesa, “Law”. Optou-se, conquanto, por utilizar o termo “Lei”, para seguir o padrão utilizado na tradução brasileira da obra: LESSIG, Lawrence. **Cultura livre**: como a mídia usa a tecnologia e a lei para barrar a criação cultural e controlar a criatividade. Trad. Fábio Emílio Costa. [S.l., 2018?]. Disponível em <<https://www.ufmg.br/proex/cpinfo/educacao/docs/10d.pdf>>. Acesso em 14 abril. 2018.

Sociais (*Norms*), Mercado (*Market*) e Arquitetura (*Architecture*) - da autoria de Lawrence Lessig,<sup>247</sup> representado na Figura 1.

Figura 1 – Diagrama das quatro forças



Fonte: Lessig.<sup>248</sup>

Em sua obra, *Free Culture*,<sup>249</sup> Lawrence Lessig explica a interação e o equilíbrio destas quatro forças - Lei (*Law*), Normas Sociais (*Norms*), Mercado (*Market*) e Arquitetura (*Architecture*) - através do exemplo da liberdade de dirigir um automóvel em alta velocidade. Segundo Lawrence Lessig, a liberdade de uma determinada pessoa de dirigir em alta velocidade é restringida, em parte, pela Lei (*Law*): limite de velocidade que diz o quão rápido alguém pode dirigir em certos locais em certos momentos. Também é restringida pela Arquitetura (*Architecture*): quebra-molas e tacógrafos nos ônibus, por exemplo, acabam definindo a velocidade máxima na qual o motorista pode guiar. A restrição à liberdade de dirigir em alta velocidade também advém do Mercado (*Market*): a eficiência do combustível diminui conforme a velocidade aumenta, portanto, o preço da gasolina indiretamente afeta a velocidade. E, finalmente, também possuem efeito de restrição as Normas Sociais

<sup>247</sup> LESSIG, Lawrence. **Free culture**: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity. New York, USA: The Penguin Press, 2005.

<sup>248</sup> LESSIG, Lawrence. **Free culture**: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity. New York, USA: The Penguin Press, 2005. p. 121.

<sup>249</sup> LESSIG, Lawrence. **Free culture**: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity. New York, USA: The Penguin Press, 2005.

(*Norms*): dirigir a 80 quilômetros por hora perto de uma escola ou hospital pode ser motivo de reprimenda social, por exemplo.<sup>250</sup>

Antes do advento da Internet, o direito de autor ostentava o balanço entre essas quatro forças. No entender de Lawrence Lessig,<sup>251</sup> a Lei (*Law*) restringia a capacidade de cópia e compartilhamento de conteúdo, impondo severas penalidades. Por sua vez, a Lei (*Law*) era sustentada pela Arquitetura (*Architecture*), consubstanciada na tecnologia precária da época, e pelo Mercado (*Market*), que tornava difícil e financeiramente inviável o exercício da capacidade de cópia e compartilhamento de conteúdo. Dito de outra forma, a aquisição da obra original não era incentivada, apenas, pela Lei (*Law*). Tendo em vista a tecnologia disponível (Arquitetura), à época, a aquisição da obra original era mais fácil, e financeiramente mais viável (Mercado), do que o exercício de qualquer forma ilegal de cópia ou compartilhamento de conteúdo. Por fim, e não menos importante, as Normas Sociais (*Norms*) também eram mais flexíveis e tolerantes com algumas formas (insignificantes) de infração, conforme explica Lawrence Lessig:

Existe equilíbrio entre lei, normas, mercado e arquitetura. A lei limita a capacidade de copiar e compartilhar conteúdo, impondo sanções aos que copiam e compartilham conteúdo. Essas penalidades são reforçadas por tecnologias, que tornam difícil a cópia e compartilhamento de conteúdo (arquitetura), além caro para copiar e compartilhar conteúdo (mercado). Finalmente, essas sanções são atenuadas por normas que todos reconhecemos - crianças, por exemplo, gravando os registros de outras crianças. Esses usos de material com direitos autorais podem ser uma infração, mas as normas de nossa sociedade (antes da Internet, pelo menos) não tiveram nenhum problema com essa forma de violação.<sup>252</sup>

---

<sup>250</sup> LESSIG, Lawrence. **Free culture**: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity. New York, USA: The Penguin Press, 2005. p. 125.

<sup>251</sup> LESSIG, Lawrence. **Free culture**: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity. New York, USA: The Penguin Press, 2005. p. 124-125.

<sup>252</sup> Texto original da citação: "There is balance between law, norms, market, and architecture. The law limits the ability to copy and share content, by imposing penalties on those who copy and share content. Those penalties are reinforced by technologies that make it hard to copy and share content (architecture) and expensive to copy and share content (market). Finally, those penalties are mitigated by norms we all recognize—kids, for example, taping other kids' records. These uses of copyrighted material may well be infringement, but the norms of our society (before the Internet, at least) had no problem with this form of infringement". LESSIG, Lawrence. **Free culture**: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity. New York, USA: The Penguin Press, 2005. p. 124-125.

Após o advento da Internet, as quatro forças que mantinham a unidade e equilíbrio do direito de autor entram em colapso. Para Lawrence Lessig,<sup>253</sup> a força da Arquitetura (*Architecture*) sofre drásticas transformações com a chegada de tecnologias como MP3 e p2p, e acaba induzindo a consequente perda da capacidade de restrição da força Mercado (*Market*). Isso ocorre, porque o compartilhamento de conteúdos via tecnologias MP3 e p2p passa a ser mais simples e interessante, financeiramente, do que a aquisição da obra original - usualmente mais cara e de difícil acesso. Com isso, a Lei (*Law*) perde toda sua força de regulação, e as pessoas - Normas Sociais (*Norms*) - passam a sentir a contradição existente entre as possibilidades comunicacionais das novas tecnologias da Era da Informação contra as restrições do direito de autor. Com isso, o balanço existente entre as quatro forças, após o advento da Internet, torna-se um estado de pura anarquia.

Entra a Internet ou, mais precisamente, tecnologias como MP3 e compartilhamento de p2p. Agora, a restrição da arquitetura muda dramaticamente, assim como a restrição do mercado. E como tanto o mercado como a arquitetura relaxam, as normas de regulação dos direitos autorais entram em conflito. O equilíbrio feliz (para os guerreiros, pelo menos) da vida antes da internet se torna um estado efetivo de anarquia após a Internet.<sup>254</sup>

Como pode-se observar, a partir do diagrama das quatro forças, ao menos dois importantes elementos regulatórios sofrem significativo impacto, com o surgimento da Internet: Arquitetura (*Architecture*) e o Mercado (*Market*). Se, antes, as restrições legais eram auxiliadas pela natureza dispendiosa e complexa do exercício da capacidade de reprodução e compartilhamento, a Internet faz com que essas capacidades sejam exercidas de forma instantânea, com um baixo custo envolvido e qualidade perfeita, quase idêntica à obra original.

Importante destacar, que não se trata de afirmar que a Lei (*Law*) é elemento de somenos importância na tutela do direito de autor, como se as pessoas apenas a

---

<sup>253</sup> LESSIG, Lawrence. **Free culture**: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity. New York, USA: The Penguin Press, 2005. p. 124-125.

<sup>254</sup> Texto original da citação: "Enter the Internet, or, more precisely, technologies such as MP3s and p2p sharing. Now the constraint of architecture changes dramatically, as does the constraint of the market. And as both the market and architecture relax the regulation of copyright, norms pile on. The happy balance (for the warriors, at least) of life before the Internet becomes an effective state of anarchy after the Internet". LESSIG, Lawrence. **Free culture**: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity. New York, USA: The Penguin Press, 2005. p. 124-125.



cumprissem, antes do advento da Internet, por motivo reflexo à aparente impossibilidade técnica (Arquitetura) e financeira (Mercado), de se socorrer a meios alternativos (ilegais) para usufruto da obra (original). A questão central, aqui, reside na existência de um balanço entre as quatro forças, que mutuamente compeliavam as pessoas ao cumprimento do direito de autor. Na ausência de duas dessas forças - Arquitetura (*Architecture*) e o Mercado (*Market*) - as remanescentes não conseguem garantir novo equilíbrio ao sistema autoralista, que emerge em estado de total anarquia. Dito de outra forma: descompasso.

Atrelado a isso, e já adentrando na análise do *primeiro* descompasso, a Internet também revela um cenário paradoxal: a aparente expansão do escopo de sua proteção, para abranger toda e qualquer forma de uso potencial de uma obra. Diz-se “paradoxal”, uma vez que a expansão do escopo vem acompanhada, como visto acima, do enfraquecimento da capacidade de tutela do direito de autor. Entretanto, de acordo com José de Oliveira Ascensão, a imunidade do uso privado segue sendo um princípio fundamental do direito de autor.

Um princípio fundamental do Direito Autoral é o da imunidade do uso privado. O direito de autor recai sobre formas de utilização pública da obra. Deixa de fora, por natureza, o uso privado. Não há aqui sequer um limite; há a própria fronteira entre o domínio reservado e atividades que não são objeto do exclusivo. A agressão ao princípio da liberdade do uso privado foi-se, porém, gradualmente ampliado. O uso privado representa um campo extremamente apetecível para uma extensão do exclusivo atribuído do autor.<sup>255</sup>

Não apenas na tradição continental do direito autoral a imunidade do uso privado é um princípio fundamental. Para L. Ray Patterson, também na tradição da *common law (copyright)* a imunidade do uso privado representa um princípio fundamental.

O princípio do direito de acesso, por sua vez, exigia um princípio de uso pessoal; com o primeiro, o comprador de um livro poderia lê-lo, mas sem o último, ele não conseguiria escrever seu conteúdo. O predicado do princípio do uso pessoal é que exista uma diferença entre o uso do suporte e o uso dos direitos autorais, e o princípio aplica-se apenas ao uso do suporte (o uso dos direitos autorais é uma questão de *fair use*). Assim, o princípio do uso pessoal proíbe que os direitos autorais sejam usados para inibir o esforço de um usuário para aprender.

---

<sup>255</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da internet e da sociedade da informação**: estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 104.

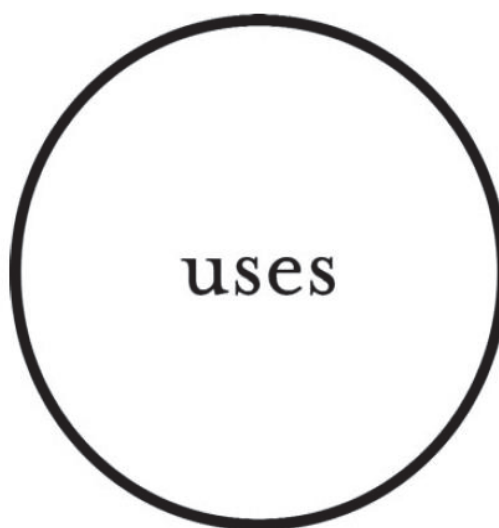
O princípio do uso pessoal é uma parte da tradição de direitos autorais que costumava ser assumida, raramente articulada. O lugar para expressá-lo, é claro, seria em casos de infração, mas uma ação de violação de direitos autorais, necessariamente, envolve não só o uso do suporte, mas também o uso dos direitos autorais (ou seja, um Réu é acusado de ter exercido um dos direitos reservados ao proprietário dos direitos autorais). Um indivíduo que simplesmente faz um uso pessoal do suporte não interfere com os direitos autorais, e os proprietários de direitos autorais não processam indivíduos que simplesmente utilizam o suporte. Portanto, até agora não houve ocasião para enunciar o princípio do uso pessoal em casos de direitos autorais.<sup>256</sup>

Antes da implantação da Internet, a mesma Arquitetura (*Architecture*) que garantia a estabilidade do sistema, também tornava viável o exercício do direito de imunidade do uso privado. Com a aquisição do exemplar de um determinado livro, por exemplo, seu proprietário (do livro) poderia exercer uma gama de ações em face deste livro. Dentre elas: ler, emprestar, doar, vender, etc. Dialogando com os infográficos utilizados por Lawrence Lessig,<sup>257</sup> para ilustrar esse mesmo exemplo, pode-se visualizar, nas Figuras 2 e 3, respectivamente, que dentre todas as possibilidades de usos de uma determinada obra, o direito de autor (representado na Figura 3 pelo tradicional símbolo do *copyright*, em seu núcleo) restringia apenas algumas formas de uso, deixando livres inúmeras outras formas de uso, representadas na membrana da Figura 3, e especialmente na Figura 4.

<sup>256</sup> Texto original da citação: “The right-of-access principle, in turn, required a personal-use principle; with the former, the purchaser of a book could read it, but without the latter, he could not write out its contents. The predicate of the personal-use principle is that there is a difference between the use of the work and the use of the copyright, and the principle applies only to the use of the work (The use of the copyright is matter of fair use). Thus, the personal-use principle prohibits copyright from being used to inhibit a user’s effort to learn. The personal-use principle is so much a part of copyright tradition that it has customarily been assumed, seldom articulated. The place to express it, of course, would be in infringement cases, but a copyright infringement action is necessarily one that involves not only the use of the work but also the use of the copyright (that is, a defendant is charged with having exercised one of the rights reserved to the copyright owner). An individual who merely makes a personal use of the work does not interfere with the copyright, and copyright owners do not sue individuals who merely use the work. Therefore, thus far there has been no occasion to enunciate the personal-use principle in copyright cases”. PATTERSON, L. Ray; LINDBERG, Stanley W. **The nature of copyright: a law of users’ rights**. Atenas e Londres: The University of Georgia Press, 1991. p. 69-70.

<sup>257</sup> LESSIG, Lawrence. **Free culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity**. New York, USA: The Penguin Press, 2005. p. 140-143.

Figura 2 – Ilustração dos usos potenciais de uma obra



Fonte: Lessig.<sup>258</sup>

Figura 3 – Ilustração dos usos regulados e não regulados



Fonte: Lessig.<sup>259</sup>

<sup>258</sup> LESSIG, Lawrence. **Free culture**: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity. New York, USA: The Penguin Press, 2005. p. 140-143.

<sup>259</sup> LESSIG, Lawrence. **Free culture**: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity. New York, USA: The Penguin Press, 2005. p. 140-143.

Figura 4 – Ilustração dos usos não regulados



Fonte: Lessig.<sup>260</sup>

Ou seja, dentro do escopo de regulamentação do direito de autor, algumas formas de uso eram restringidas pela Lei (Law) - consoante núcleo da Figura 3 -, mas inúmeras outras formas de uso do objeto sobre o qual recaía o direito de autor – no exemplo, um livro -, tais como ler, emprestar, doar, vender, etc. – ilustrados na membrana da Figura 3, e especialmente na Figura 4 -, eram de livre uso e acobertadas pelo princípio da imunidade do uso privado.

De acordo com Lawrence Lessig,<sup>261</sup> a questão fundamental, neste cenário, reside no fato de que nenhuma das possíveis formas de uso de um livro, no mundo real, cria cópias do mesmo.

Pense em um livro no espaço real e imagine este círculo para representar todos os seus usos potenciais. A maioria desses usos não está regulamentada pela lei de direitos autorais, porque os usos não criam uma cópia. Se você lê um livro, esse ato não está regulado pela lei de direitos autorais. Se você der a alguém o livro, esse ato não está regulado pela lei de direitos autorais. Se você revender um livro, esse ato não está regulamentado (a lei de direitos autorais expressamente afirma que após a primeira venda de um livro, o proprietário dos direitos autorais não pode impor mais condições à disposição do livro). Se você dormir sobre o livro ou usá-lo para

<sup>260</sup> LESSIG, Lawrence. **Free culture**: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity. New York, USA: The Penguin Press, 2005. p. 140-143.

<sup>261</sup> LESSIG, Lawrence. **Free culture**: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity. New York, USA: The Penguin Press, 2005. p. 141.

segurar uma lâmpada ou deixar seu filhote de cachorro mastigá-lo, esses atos não são regulados pela lei de direitos autorais, porque esses atos não fazem uma cópia.<sup>262</sup>

No mundo real, portanto, prossegue Lawrence Lessig,<sup>263</sup> as possibilidades de uso de um livro podem ser divididas em três: (1) usos regulados (núcleo da Figura 3); (2) usos não regulados (membrana da Figura 3 e Figura 4); e, por fim, (3) usos regulados, mas acobertados por alguma limitação ao direito autoral (Figura 5).<sup>264</sup>

---

<sup>262</sup> Texto original da citação: “Think about a book in real space, and imagine this circle to represent all its potential uses. Most of these uses are unregulated by copyright law, because the uses don’t create a copy. If you read a book, that act is not regulated by copyright law. If you give someone the book, that act is not regulated by copyright law. If you resell a book, that act is not regulated (copyright law expressly states that after the first sale of a book, the copyright owner can impose no further conditions on the disposition of the book). If you sleep on the book or use it to hold up a lamp or let your puppy chew it up, those acts are not regulated by copyright law, because those acts do not make a copy”. LESSIG, Lawrence. **Free culture**: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity. New York, USA: The Penguin Press, 2005. p. 141.

<sup>263</sup> LESSIG, Lawrence. **Free culture**: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity. New York, USA: The Penguin Press, 2005. p. 143.

<sup>264</sup> A legislação brasileira não dispõe de um conceito jurídico idêntico ao “fair use”, que não se confunde com as limitações ao direito de autor, previstos no artigo 46, da Lei nº 9.610/98. Em uma tradução literal, o termo “fair use” equivaleria a um “uso justo” da obra protegida. Neste tocante, reside a mais significativa distinção entre ambos os conceitos. Ao passo que o “fair use” encontra-se dentro da tutela do direito de autor, porém, seu uso é “justo”, prescindido da prévia autorização, as limitações ao direito de autor, da legislação brasileira, representam condutas/ usos expressamente não tutelados. Ambos dispensam a prévia autorização, porém, um deles limita o uso (justo) de uma obra tutelada (“fair use”), e o outro exclui determinadas condutas, expressamente previstas, da tutela do direito autoral (limitações). De repente, o conceito jurídico pátrio mais próximo do conceito de “fair use” seria a paródia, prevista no artigo 47, da Lei nº 9.610/98. Acerca das diferenças entre os dois conceitos, *vide*: POLLAUD-DULIAN, Frédéric. The dragon and the white whale: three steps and fair use. *In* TAKENAKA, Toshiko. **Intellectual property in common law and civil law**. Cheltenham e Northampton: Edward Elgar, 2013. p. 158-176.

Figura 5 – Ilustração dos usos justos ou limitados



Fonte: Lessig.<sup>265</sup>

Com o advento da Internet e da distribuição digital de conteúdo, todo e qualquer uso de obra passa a produzir cópias da mesma, e, em razão desta característica fundamental do design de transmissão da informação na rede, o intento dos usos regulados sofre drástica expansão, segundo a ilustração da Figura 6.

Figura 6 - Ilustração dos usos regulados na era da Internet



Fonte: Lessig.<sup>266</sup>

<sup>265</sup> LESSIG, Lawrence. **Free culture**: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity. New York, USA: The Penguin Press, 2005. p. 143.



Para melhor visualizar o fato de que, na Internet, cada uso produz uma cópia, importante trazer o exemplo do paradigmático caso *Capitol Records v. ReDigi*.<sup>267</sup> A discussão foi travada perante o tribunal federal norte-americano, do distrito de Nova York, entre a empresa fonográfica *Capitol Records* e o sítio eletrônico *ReDigi*, que se intitulava como o primeiro mercado para revenda de músicas digitais usadas – “*the world’s first and only online marketplace for digital used music*”. A questão colocada nesta demanda foi a seguinte: é possível que arquivos de música digital, legalmente adquiridas, sejam revendidos pelo seu proprietário, em sítios eletrônicos especializados? Segundo entendimento proferido pelo juiz federal norte-americano, Richard J. Sullivan, a resposta é não!

Conforme consta na decisão,<sup>268</sup> em 13 de outubro de 2011, o sítio eletrônico *ReDigi* inaugurou sua página na internet, convidando os usuários a (re)vender seus arquivos de músicas digital, desde de que legalmente adquiridos, bem como para adquirir outros, pela fração do preço disponível no *iTunes*. Com suporte no *Copyright Act 17 U.S.C. § 101*, a empresa *Capitol Records*, autora da ação, e detentora dos direitos autorais de algumas obras negociadas no sítio eletrônico *ReDigi*, argumentou que o serviço violava seu direito de autor de reproduzir, distribuir e executar publicamente, com exclusivamente, as obras protegidas. Em contrapartida, a *ReDigi* alegou que, com o advento da primeira venda, operou-se a exaustão do direito patrimonial de distribuição das obras musicais por parte do titular do direito – *first sale doctrine* –, razão pela não haveria qualquer infração a direitos de autor. Asseverou, ainda, que as obras musicais negociadas em seu sítio eletrônico são licenciadas, e que na transação se opera a total transferência do arquivo de música entre os usuários, não permanecem à disposição de ambos os usuários após a venda, mas, apenas, para o usuário adquirente.

---

<sup>266</sup> LESSIG, Lawrence. **Free culture**: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity. New York, USA: The Penguin Press, 2005. p. 143.

<sup>267</sup> ESTADOS Unidos da América. United States District Court, Souther Distric of New York. **No. 12 Civ. 95 (RJS)**. Autor: Capital Records, LLC. Réu: ReDigi INC. Juiz Federal Distrital: Richard J. Sullivan. Nova York, 30 de março de 2013. Disponível em <<http://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1334&context=historical>>. Acesso em 12 out. 2017.

<sup>268</sup> ESTADOS Unidos da América. United States District Court, Souther Distric of New York. **No. 12 Civ. 95 (RJS)**. Autor: Capital Records, LLC. Réu: ReDigi INC. Juiz Federal Distrital: Richard J. Sullivan. Nova York, 30 de março de 2013. Disponível em <<http://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1334&context=historical>>. Acesso em 12 out. 2017.

No entendimento do juiz federal Richard J. Sullivan, entretanto, a doutrina do *first sale doctrine* é inaplicável aos casos envolvendo a transferência de músicas digitais. Em sua fundamentação argumenta que, na realidade, a *ReDigi* não (re)distribui os arquivos de músicas, mas, sim, opera a reprodução destes arquivos de músicas, fixadas em novos meios, *in casu*, no servidor da *ReDigi*, no Estado norte-americano do Arizona, e nos discos rígidos dos usuários. Por isso, partindo do pressuposto de que, na Internet, cada uso produz uma cópia, e que a reprodução (direito de cópia) é um direito exclusivo do titular do direito de autor sobre a obra, e que a (re)distribuição de obras musicais no sítio eletrônico *ReDigi* implica, na verdade, na reprodução não autorizada das obras, o juiz federal norte-americano concluiu que os direitos de autor da *Capitol Records* foram violados pela *ReDigi*.

O exemplo do caso *Capitol Records v. ReDigi* bem ilustra a expansão do escopo do direito de autor. Ao passo que, antes do advento da Internet, seria plenamente lícito ao adquirente de um determinado disco ou CD revendê-lo em qualquer sebo, feira ou brique especializado, na era da Internet essa mesma ação (revenda de músicas originais) passa a ser vetada, pois, logicamente, a transferência de mídia entre dois computadores produz cópias (reprodução), e tal disposição da obra é exclusividade do titular do direito.

Por conseguinte, nas palavras de José de Oliveira Ascensão, “todos estes elementos, e muitos outros que por brevidade não referimos, ensinam-nos que o espaço de proibições tem progredido a olhos vistos sobre o espaço de liberdade”,<sup>269</sup> e, mesmo que, paradoxalmente, a proteção tenha se enfraquecido, “o diálogo social vai ficando sucessivamente cerceado”.<sup>270</sup> Justamente por essa razão fala-se do descompasso. O instrumento (direito de autor) expandiu seu intento de aplicação, entretanto, a capacidade de tutela deste instrumento (direito autoral) enfraqueceu com a chegada da nova arquitetura comunicacional da Internet. Ou seja, descompasso!

### 3.2.2 A natureza cumulativa e derivativa da criatividade.

O referido descompasso, em sua dupla vertente, extravasa o exposto no subitem anterior. Trazendo à tona a distinção realizada no início deste capítulo –

---

<sup>269</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da internet e da sociedade da informação**: estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 121.

<sup>270</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da internet e da sociedade da informação**: estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 121.

entre mídia (*media*) e tecnologias de distribuição (*delivery technologies*) – poder-se-ia afirmar que o descompasso objeto do subitem anterior referia-se às tecnologias de distribuição (*delivery technologies*), já que o ponto fulcral de alteração reside, justamente, na arquitetura informacional e os seus efeitos tecnológicos na tutela do direito de autor. Agora, o ponto de atenção altera para a análise dos descompassos advindos no próprio epicentro da criação, ou, na mídia (*media*), o conteúdo, em si, das obras tuteladas pelo direito de autor.

Trata-se de um descompasso também encampado pelas características da Sociedade Informacional, notadamente a Internet. Ocorre que, se o descompasso objeto de análise do subitem anterior partia de um pressuposto de análise de que a obra autoral já havia sido criada, e a problemática central residia, então, nas formas de uso e na capacidade de tutela do direito de autor para essas obras, agora parte-se de um momento anterior à criação da obra. O objeto de análise, portanto, será em torno da própria relação de autoria, tendo como elemento central de aprofundamento a obra de Giorgio Frosio.<sup>271</sup>

Conforme é cediço, a modernidade legou à humanidade a concepção de gênio (criador), passando o homem a ser concebido como a fonte original de toda a criação. Todavia, até o surgimento do movimento do romantismo (artístico e literário) do século XVIII, adverte Peter Drahos,<sup>272</sup> o único papel desempenhado pelo homem, na sociedade, era o de trabalhador (*labourer*), ficando reservado a Deus o papel de criador (*creator*). Apenas Deus era a fonte suprema de criação e originalidade, cabendo ao homem, apenas, a imitação da criação divina.

Para Marilena Chauí,<sup>273</sup> trata-se de uma tradição epistemológica que remonta aos filósofos gregos, gozando de fundamento na existência autônoma (e externa ao homem) da concepção de “ser”, ou, em outras palavras, a essência inata das coisas:

<sup>271</sup> A propósito, *vide*: FROSIO, Giancarlo F. Rediscovering cumulative creativity from the oral formulaic tradition to digital remix: can I get a witness?. [S.l.]. **The John Marshall Review of Intellectual Property Law**, 2014. Pp. 343-393. Disponível em <<https://cyberlaw.stanford.edu/files/publication/files/Rediscovering%20Cumulative%20Creativity%20From%20the%20Oral%20Formulaic%20Tradi.pdf>>. Acesso em 28 fev. 2017.; FROSIO, Giancarlo F. **A history of aesthetics from Homer to digital mash-ups: cumulative creativity and the demise of Copyright exclusivity**. Law and Humanities, [S.l.], v. 8, n. 2, pp. 262/296, 2015. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1080/17521483.2015.1093300>>. Acesso em 25 set. 2017.

<sup>272</sup> DRAHOS, Peter. **A philosophy of intellectual property**. Austrália: Australian National University Press. ANU eText edition, 2016. p. 73. Disponível em: <<http://press.anu.edu.au/node/1902>>. Acesso em 19 mar. 2017.

<sup>273</sup> CHAUI, Marilena. A destruição da subjetividade na filosofia contemporânea. *In* **Jornal da Psicanálise**, Ano 8, nº 20, p. 30-31. *Apud* CARBONI, Guilherme. **Direito autoral e autoria**

De acordo com Marilena Chauí, os filósofos sempre exigiram um ponto de apoio como condição do pensamento. Para os filósofos gregos, esse ponto de apoio seria o “ser”, de tal forma que o ato de conhecer seria um re-conhecer ou lembrar o sentido já inerente às coisas pela força produtora do próprio “ser”. Portanto, o “ser” tinha uma existência autônoma, com algo exterior ao homem, por meio do conceito de ideias inatas, verdades eternas, criação divina, já que Deus era o único que poderia criar, cabendo ao homem, apenas, a imitação da criação divina. Nesse estágio, a subjetividade era tida como um mero reconhecimento e não como produção de uma verdade.<sup>274</sup>

O Renascimento, com escopo da razão científica, liberta o homem dos grilhões do medievo, e o coloca no centro do mundo. Nesta toada, nasce a concepção de gênio humano. A clássica obra do professor Alexander Gerard, “An Essay on Genius”,<sup>275</sup> datada de 1774, e levantada por Giorgio Frosio,<sup>276</sup> em uma de suas mais notáveis pesquisas, é apenas um exemplo de obra do século XVIII, na qual se passou a discutir a existência deste novo predicado humano: o gênio, fonte suprema de originalidade.

Para Guilherme Carboni, trata-se do nascedouro da concepção de subjetividade, que vem a ser caracterizada pelo “deslocamento do ponto de apoio do ‘ser’, externo ao homem, para a consciência, atividade interna do homem, que reconhece ou que produz, a partir de si mesma, o sentido do real”.<sup>277</sup>

É essa atividade interna do homem que a filosofia vem a denominar “sujeito”. O deslocamento do ponto de apoio para o interior do homem constitui a base do ‘penso, logo existo’ de Descartes, ponto

---

**colaborativa na economia da informação em rede.** São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010. p. 56.

<sup>274</sup> CARBONI, Guilherme. **Direito autoral e autoria colaborativa na economia da informação em rede.** São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010. p. 56.

<sup>275</sup> GERARD, Alexander. **An essay on genius.** Edinburgo: W. Strahan, T. Cadell in the Strand and W. Creech, 1774. Disponível em <<https://ia600204.us.archive.org/11/items/essayongenius00gera/essayongenius00gera.pdf>>. Acesso em 12 out. 2017.

<sup>276</sup> FROSIO, Giancarlo F. Rediscovering cumulative creativity from the oral formulaic tradition to digital remix: can I get a witness?. [S.l.]. **The John Marshall Review of Intellectual Property Law**, 2014. Pp. 343-393. Disponível em <<https://cyberlaw.stanford.edu/files/publication/files/Rediscovering%20Cumulative%20Creativity%20From%20the%20Oral%20Formulaic%20Tradi.pdf>>. Acesso em 28 fev. 2017.

<sup>277</sup> CARBONI, Guilherme. **Direito autoral e autoria colaborativa na economia da informação em rede.** São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010. p. 57.

de partida para a filosofia humanista que tem como referencial privilegiado o homem interior, ou seja, a subjetividade.<sup>278</sup>

O processo descrito por Guilherme Carboni representa a gênese da filosofia da consciência,<sup>279</sup> que promove a clássica cisão: sujeito *versus* objeto. Dito de outra forma, a partir do advento da filosofia da consciência, o sujeito passa a conferir sentido aos objetos com que se relaciona, apropriando-se deles. Ou seja, se antes a criação era um predicado, exclusivamente, de Deus, agora, com o nascimento da subjetividade, também o homem passa a ostentar o gênio necessário para a criação. Trata-se a subjetividade moderna, portanto, do elemento nuclear da concepção de “gênio-criador”.

Em perspectiva crítica, Sergio Amadeu da Silveira corrobora o entendimento de que a construção da noção de individualidade (sujeito), gestada pela própria criação da imprensa,<sup>280</sup> é o elemento chave para o desenvolvimento do conceito de “gênio-criador” e originalidade. Todavia, entende o autor que tais elementos não passam de mitos da modernidade.

A imprensa expandiu e foi vital para a construção do indivíduo moderno, aquele que tem interpretações próprias e que necessita de meios de comunicação para, a partir dos conteúdos comunicados, formar seu próprio juízo. O indivíduo é o elemento chave para a construção do mito da originalidade. A construção da idéia de indivíduo foi vital para retirar a criatividade do cenário comum das

---

<sup>278</sup> CARBONI, Guilherme. **Direito autoral e autoria colaborativa na economia da informação em rede**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010. p. 57.

<sup>279</sup> Acerca do desenvolvimento da epistemologia filosófica da metafísica clássica até a filosofia da consciência, cumpre transcrever Lenio Streck: "Assim, pode-se dizer que tudo se inicia como o eidos platônico, e na sequência a ousia aristotélica, acrescida da vontade divina em Tomás de Aquino (*ens creatum*), terminando, desse modo, o período que podemos denominar de metafísica clássica. A virada em direção à superação do essencialismo, do universalismo, embora tenha esse componente nominalista inigável (pode-se dizer, inclusive, que o positivismo jurídico inicia com o nominalismo de Ockham), passa pela ruptura com o realismo, quando o esquema sujeito-objeto sobre uma transformação: surge o subjetividade assujeitadora das coisas, com o nascimento do sujeito que dominará a modernidade, atravessando os século XX e chegando no século XXI ainda fortalecido, mormente no campo do direito. Nesse novo paradigma, os sentidos não estão mais nas coisas, passando, agora, a estarem na mente (filosofia da consciência). É o princípio epocal cartesiano, denominado cogito; e, na sequência, o eu transcendental kantiano, o absoluto hegeliano e o ápice da metafísica moderna: a vontade de poder (*Wille Zur Macht*) de Nietzsche, onde o traço fundamental da realidade é a vontade de poder." STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 174.

<sup>280</sup> Neste específico tocante, Sergio Amadeu da Silveira rende homenagem a Marshall McLuhan, para quem: “a imprensa criou o individualismo”. MCLUHAN, Marshall. **Os meios de comunicação como extensões do homem**. São Paulo: Cultrix, 1971. p. 35.

culturas e apresentá-la como resultante de mentes isoladas e brilhantes.<sup>281</sup>

Partilha deste mesmo entendimento o já citado autor, Giorgio Frosio. Em um de seus mais notáveis trabalhos<sup>282</sup>, Frosio<sup>283</sup> elabora extensa pesquisa de crítica literária, para poder concluir que, durante a maior parte da história humana, a natureza da criatividade foi essencialmente entendida como cumulativa e derivativa, em oposição à romântica concepção (mitológica) moderna de gênio-criativo individual.

Durante a maior parte da história humana, a natureza essencial da criatividade foi entendida como cumulativa e coletiva. Construimos a maior parte de nossa cultura sob um paradigma em que a apropriação e a "arte de reescrever" eram valores para a criatividade, e não um problema. A cultura épica e popular prosperou sob esse paradigma criativo. O direito autoral moderno e as normas de autoria, no entanto, transformaram o mecanismo propulsor do processo criativo - apropriação, imitação e empréstimo da tradição para construir a continuidade da criatividade - em um problema, em vez de um bloco fundamental.<sup>284</sup>

Como exemplo, pode-se citar o diálogo que Giorgio Frosio promove com pesquisa realizada por Milman Parry,<sup>285</sup> estudioso, do início do século XX, da poesia

<sup>281</sup> SILVEIRA, Sergio Amadeus. Cibercultura, commons e feudalismo informacional. **Revista Famecos**. Porto Alegre, nº 37, p. 85-90, dez. 2008. p. 85.

<sup>282</sup> FROSIO, Giancarlo F. Rediscovering cumulative creativity from the oral formulaic tradition to digital remix: can I get a witness?. [S.l.]. **The John Marshall Review of Intellectual Property Law**, 2014. p. 343-393. Disponível em <<https://cyberlaw.stanford.edu/files/publication/files/Rediscovering%20Cumulative%20Creativity%20From%20the%20Oral%20Formulaic%20Tradi.pdf>>. Acesso em 28 fev. 2017.

<sup>283</sup> FROSIO, Giancarlo F. Rediscovering cumulative creativity from the oral formulaic tradition to digital remix: can I get a witness?. [S.l.]. **The John Marshall Review of Intellectual Property Law**, 2014. p. 343-393. p. 390. Disponível em <<https://cyberlaw.stanford.edu/files/publication/files/Rediscovering%20Cumulative%20Creativity%20From%20the%20Oral%20Formulaic%20Tradi.pdf>>. Acesso em 28 fev. 2017.

<sup>284</sup> Texto original da citação: "For most of human history, the essential nature of creativity was understood to be cumulative and collective. We have built most of our culture under a paradigm in which appropriation and the "art of rewriting" was a value for creativity, rather than a nuisance. Epic and popular culture thrived under that creative paradigm. Modern copyright and authorship law, however, turns the very propulsive engine of the creative process—appropriation, imitation, and borrowing of the tradition to build follow-on creativity—into a nuisance, rather than a foundational block". FROSIO, Giancarlo F. Rediscovering cumulative creativity from the oral formulaic tradition to digital remix: can I get a witness?. [S.l.]. **The John Marshall Review of Intellectual Property Law**, 2014. p. 343-395. p. 390. Disponível em <<https://cyberlaw.stanford.edu/files/publication/files/Rediscovering%20Cumulative%20Creativity%20From%20the%20Oral%20Formulaic%20Tradi.pdf>>. Acesso em 28 Fev. 2017..

<sup>285</sup> A propósito, *vide*: PARRY, Milman. **Studies in the epic technique of oral verse-making**: I. Homer and Homeric style. [S.l.]. Harvard Studies in Classical Philology. 1930. p. 73-148. Disponível em <<https://chs.harvard.edu/CHS/article/display/5501>>. Acesso em 16 out. 2017..; PARRY, Milman. **Studies in the epic technique of oral verse-making**: II. The Homeric language as the



épica grega e da tradição oral, para averiguar que, ao contrário do que o senso comum costuma acreditar, as obras clássicas de Homero, *Iliada* e a *Odisséia* não são objeto de um gênio-criador, mas de um “gênio-coletivo”, eis que pesquisas indicam ser o resultado final de um modelo aberto de criatividade colaborativa e cumulativa, que perdurou durante séculos, e do qual participaram diversos poetas da antiga tradição oral.<sup>286</sup>

De fato, muita controvérsia gira em torno da própria existência do poeta grego, Homero. Mais pacífica, entretanto, são as críticas literárias sobre a concepção de originalidade e gênio-criador na tradição latino-romana, notadamente a partir do poeta romano Virgílio, que, segundo Henry Nettleship,<sup>287</sup> é famoso por ser o maior imitador (“plagiador”, no sentido moderno do termo) de todos os poetas, antigos ou modernos.

Virgílio é geralmente considerado como um dos mais imitadores, talvez o mais imitador de todos os poetas, antigos ou modernos. Esta é uma crítica fácil e óbvia: não é, contudo, muitas vezes objeto de questionamento como esse fato surgiu, seja devido à culpa de Virgílio e à falta de poder original, ou se foi um acidente inevitável de seu tempo e sua tradição literária, em geral; um acidente que também acometeu outros poetas além dele. Tenho pouca hesitação em expressar minha opinião de que, das duas alternativas, a última hipótese é a verdadeira.<sup>288</sup>

---

language of an oral poetry. [S.]. *Harvard Studies in Classical Philology*. 1932. p. 1-50. Disponível em <<https://chs.harvard.edu/CHS/article/display/5492>>. Acesso em 16 out. 2017.

<sup>286</sup> FROSIO, Giancarlo F. Rediscovering cumulative creativity from the oral formulaic tradition to digital remix: can I get a witness?. [S.]. **The John Marshall Review of Intellectual Property Law**, 2014. p. 343-393. p. 347. Disponível em <<https://cyberlaw.stanford.edu/files/publication/files/Rediscovering%20Cumulative%20Creativity%20From%20the%20Oral%20Formulaic%20Tradi.pdf>>. Acesso em 28 fev. 2017.

<sup>287</sup> NETTLESSHIP, Henry. **Lectures and essays on subjects connected with latin literature and scholarship**. London: Oxford at the Clarendon Press, 1885. p. 120. Disponível em: <<http://scans.library.utoronto.ca/pdf/1/31/lecturesessayson00nettuoft/lecturesessayson00nettuoft.pdf>>. Acesso em 28 Fev. 2017.

<sup>288</sup> Texto original da citação: “Vergil is thought of generally as one of the most imitative, perhaps the most imitative, of poets ancient or modern. This is an easy and obvious criticism: it is not, however, so often asked how this fact came about, whether it is due to Vergil's fault or want of original power, or whether it was an inevitable accident of his time and his general literary surroundings, an accident too which has befallen other poets besides him. I have little hesitation in expressing my opinion that of the two alternatives the latter is the true one”. NETTLESSHIP, Henry. **Lectures and essays on subjects connected with latin literature and scholarship**. London: Oxford at the Clarendon Press, 1885. p. 120. Disponível em: <<http://scans.library.utoronto.ca/pdf/1/31/lecturesessayson00nettuoft/lecturesessayson00nettuoft.pdf>>. Acesso em 28 fev. 2017.

Segundo Henry Nettleship,<sup>289</sup> a fama de que Virgílio se apropriava da criação de terceiros em suas obras não se trata de um demérito, mas de uma tradição que imperava em sua época, e na qual incorreram a maioria dos poetas antigos:

O tipo de imitação, grossa e extensa, que encontramos em Virgílio é característica de toda a poesia romana séria: Ennius imita Homero; Lucrecio, Ennius; poucas páginas de Ovídio (para não falar de poetas posteriores) estão livres de imitações de Virgílio. Mesmo os poetas gregos, livres e espontâneos como são, se baseiam, em grande parte, nas ideias homéricas e mesmo nas frases homéricas; um poeta romano, que devia à Grécia todo o despertar de sua vida espiritual, teria considerado uma total loucura abandonar os modelos gregos.<sup>290</sup>

Isso se explica, segundo Giorgio Frosio, uma vez que a literatura romana antiga conhecia apenas três formas de criação literária – interpretação (*interpretatio*), imitação (*imitatio*) e emulação (*aemulatio*):

De acordo com estudos modernos, a literatura romana antiga conhecia três formas de imitação literária: *interpretatio*, *imitatio* e *aemulatio*. A *interpretatio* era a adaptação menos original e coincidia com a tradução direta de uma fonte. A *imitatio* foi uma adaptação que consistia no empréstimo de forma, conteúdo, ou ambos, de uma ou mais fontes gregas de renome. A *aemulatio*, finalmente, era uma forma de rivalidade criativa. Poderosos exemplos são a *aemulatio* de Virgílio dos épicos de Homero e a *aemulatio* de Horácio de letras de Alcaeus. Através da *interpretatio*, *imitatio* e *aemulatio*, os romanos criaram todo um conjunto de literatura e artes visuais referenciando, pegando emprestado e redesenhando modelos gregos.<sup>291</sup>

<sup>289</sup> NETTLESSHIP, Henry. **Lectures and essays on subjects connected with latin literature and scholarship**. London: Oxford at the Clarendon Press, 1885. p. 122-123. Disponível em: <<http://scans.library.utoronto.ca/pdf/1/31/lecturesessayson00nettuoft/lecturesessayson00nettuoft.pdf>>. Acesso em 28 fev. 2017.

<sup>290</sup> Texto original da citação: “The kind of crude and external imitation which we find in Vergil is characteristic of all the serious Roman poetry: Ennius imitates Homer; Lucretius, Ennius; few pages of Ovid (to say nothing of later poets) are free from imitations of Vergil. Even the Greek poets, free and spontaneous as they are, draw largely upon Homeric ideas and even upon Homeric phrases; a Roman poet, who owed to Greece the whole awakening of his spiritual life, would have considered it little short of madness to desert the Greek models”. NETTLESSHIP, Henry. **Lectures and essays on subjects connected with latin literature and scholarship**. London: Oxford at the Clarendon Press, 1885. p. 122-123. Disponível em: <<http://scans.library.utoronto.ca/pdf/1/31/lecturesessayson00nettuoft/lecturesessayson00nettuoft.pdf>>. Acesso em 28 Fev. 2017.

<sup>291</sup> Texto original da citação: “According to modern studies, ancient Roman literature knew three forms of literary imitation—interpretatio, imitatio, and aemulatio. The interpretatio was the less original adaptation and coincided with the direct translation of one source. The imitatio was an adaptation that consisted in the borrowing of form, or content, or both from one or more renowned Greek sources. The aemulatio, finally, was a form of creative rivalry. Powerful examples are Virgil’s emulation of Homer’s epics and Horace’s emulation of Alcaeus’ lyrics. Through interpretatio,

Tais compreensões, destarte, constituem fortes elementos indicativos, no sentido de que considerável parte da cultura literária, greco-romana, foi erigida sob o paradigma da criatividade cumulativa e derivativa, na qual a apropriação de obras pré-existentes não representava um ilícito passível de reprimenda, ético e legal, mas um valor ínsito à própria noção de criatividade. Inclusive, destaca Henry Nettleship,<sup>292</sup> na cultura greco-romana, apropriar-se dos versos de outro poeta, imitando-o, chegava a constituir uma forma de demonstração de afeto e admiração, e não demérito ou ilícito – ético e legal. Elaine Gazda<sup>293</sup> vai além, e chega a afirmar que os romanos, possivelmente, teriam achado “tola” a negação moderna às influências antecessoras.

Com a queda do império romano do ocidente, conquanto, dá-se início ao processo de descentralização econômica, política e social que marca o início da Idade Média – um longo período da história humana, que iria findar, apenas, com o advento do Renascimento. Neste período histórico, em que pese a ocorrência de diversas e substanciais alterações - de ordem econômica, política e social -, a criatividade permaneceu sendo compreendida como um processo cumulativo e derivativo, cuja imitação (*imitatio*), entretanto, passou a ser vinculado à figura de Deus, o único e legítimo (gênio) criador.

Como consequência da relação especial entre criatividade, autoridade e Deus, a evolução medieval do conceito clássico de *imitatio* descansou em uma premissa que chegou muito além dos clássicos. Juntou-se os autores, em última instância, a Deus, fonte última de toda criatividade e o mais alto objeto da imitação. Neste

---

*imitatio*, and *aemulatio*, the Romans created an entire body of literature and visual art referring to, borrowing from and drawing on Greek models”. FROSIO, Giancarlo F. Rediscovering cumulative creativity from the oral formulaic tradition to digital remix: can I get a witness?. [S.l.]. **The John Marshall Review of Intellectual Property Law**, 2014. p. 343-393. p. 351. Disponível em <<https://cyberlaw.stanford.edu/files/publication/files/Rediscovering%20Cumulative%20Creativity%20From%20the%20Oral%20Formulaic%20Tradi.pdf>>. Acesso em 28 fev. 2017.

<sup>292</sup> Texto original da citação: “to use a friend’s verses seems to have been regarded by the Roman poets as a compliment and a mark of affection”. NETTLESSHIP, Henry. **Lectures and essays on subjects connected with latin literature and scholarship**. London: Oxford at the Clarendon Press, 1885. p. 122-123. Disponível em: <<http://scans.library.utoronto.ca/pdf/1/31/lecturesessayson00nettuoft/lecturesessayson00nettuoft.pdf>>. Acesso em 28 fev. 2017.

<sup>293</sup> Texto original da citação: “Certainly the Romans would have found the modern rejection of the influence of predecessors peculiar, perhaps even foolish”. GAZDA, Elaine K. Beyond Copying: Artistic Originality and Tradition. In GAZDA, Elaine K. (Org.) **The ancient art of emulation: studies in artistic originality and tradition from the present to classical antiquity**. Michigan, University of Michigan Press for the American Academy, Vol. 1., p. 1-24., 2002. p. 11. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/4238443>>. Acesso em 02 out. 2014.

sentido, na Idade Média, o plágio poderia ter sido interpretado como dar às pessoas o que Deus deu ao autor.<sup>294</sup>

Para Giorgio Frosio,<sup>295</sup> foi no período do medieval que se percebeu a explosão de uma criatividade popular, exaustivamente adaptada, recriada, traduzida e recontada, nos mais diversos países, e nas mais diversas formas, que deu azo, por exemplo, aos contos e histórias populares. Neste sentido, antes de William Shakespeare transformar a lenda do Rei Arthur, e seus mais diversos personagens, em um de seus mais famosos livros, tais elementos literários há muito haviam sido contados, criados, recriados, traduzidos, etc., no seio da tradição oral europeia.

Esta descrição da história da literatura medieval Arthuriana é apenas uma prévia da incrível explosão criativa que detonou em toda a Europa, em menos de um século, através de continuações, adaptações, traduções, interpolações e reescritos da saga Arthuriana. Na literatura de romance, a reutilização aberta e o empréstimo de personagens icônicos e temas relacionados promoveram inspiração criativa implacável. Arthur, Lancelot, Guinevere, Perceval, Gauvain, Yvain, Merlin e Tristan foram explorados, reinventados e transformados sem parar, enquanto eles viajavam da Grã-Bretanha para a França, Alemanha e depois de volta para a Grã-Bretanha. Suas histórias foram continuamente retrabalhadas ou continuadas. Cada reescritor, continuador, tradutor e compilador adicionavam novos detalhes. Por acúmulo lento, esses novos detalhes se tornaram uma nova verdade. Eles se tornaram a história como a conhecemos agora.<sup>296</sup>

<sup>294</sup> Texto original da citação: “As a consequence of the special relation between creativity, authority, and God, the medieval evolution of the classical concept of “imitatio rested on a premise that reached far beyond the Classics. It joined authors ultimately with God, the ultimate source of all creativity and the highest object of imitation.” In this sense, in the Middle Ages, plagiarism might have been interpreted as “giving to the people what God has given to the author”. FROSIO, Giancarlo F. Rediscovering cumulative creativity from the oral formulaic tradition to digital remix: can I get a witness?. [S.l.]. **The John Marshall Review of Intellectual Property Law**, 2014. p. 343-393. p. 356. Disponível em <<https://cyberlaw.stanford.edu/files/publication/files/Rediscovering%20Cumulative%20Creativity%20From%20the%20Oral%20Formulaic%20Tradi.pdf>>. Acesso em 28 fev. 2017.

<sup>295</sup> FROSIO, Giancarlo F. Rediscovering cumulative creativity from the oral formulaic tradition to digital remix: can I get a witness?. [S.l.]. **The John Marshall Review of Intellectual Property Law**, 2014. p. 343-393. p. 364. Disponível em <<https://cyberlaw.stanford.edu/files/publication/files/Rediscovering%20Cumulative%20Creativity%20From%20the%20Oral%20Formulaic%20Tradi.pdf>>. Acesso em 28 fev. 2017.

<sup>296</sup> Texto original da citação: “This account of the history of medieval Arthurian literature is only a preview of the amazing creative explosion that detonated all over Europe in less than a century through continuations, adaptations, translations, interpolations, and rewritings of the Arthurian saga. In the romance literature, open reuse and borrowing of iconic characters and related themes promoted relentless creative inspiration. Arthur, Lancelot, Guinevere, Perceval, Gauvain, Yvain, Merlin, and Tristan were endlessly exploited, reinvented, and transformed, while they traveled from Britain to France, Germany, and then back again to Britain. Their stories were continuously reworked or continued. Each rewriter, continuator, translator, and compiler added new details. By

Segundo Giorgio Frosio,<sup>297</sup> em termos modernos, William Shakespeare poderia ser considerado um grande “plagiador”. Mais - prossegue Frosio: as leis modernas de direitos autorais, provavelmente, teriam impossibilitado a publicação de quase todas as obras de William Shakespeare, eis que, em maior ou menor extensão, apropriaram-se de histórias, contos e poesias pré-existentes. Inclusive, quiçá uma de suas mais consagradas e notáveis obras, “Romeu e Julieta”, publicada em 1597, baseou-se - em larga escala - na obra de Arthur Brooke intitulada “A Trágica História de Romeu e Julieta”, publicada em 1562, ou seja, cerca de 30 anos antes, aproximadamente, de William Shakespeare publicar a sua versão da mesma história.

Cumprida a advertência, que não se está analisando a qualidade artística da obra de William Shakespeare, ou de qualquer outro poeta já citado, apenas apontando que as extensas apropriações de obras pretéritas realizadas eram, na verdade, prática comum à época, especialmente nas obras dramáticas, conforme destaca Giorgio Frosio.<sup>298</sup> Apenas com o advento do Renascimento e do Iluminismo, que marcam o início da modernidade, é que se denota a gênese das concepções de “gênio-criador” e originalidade, vinculados ao subjetivismo e individualidade de uma única pessoa, conduzindo a cultura e a arte, via de consequência, para o terreno do mercado – como indica Sergio Amadeu da Silveira.<sup>299</sup>

Em síntese, portanto, extrai-se que o moderno sistema de direitos de autor foi construído sobre o mito - do “gênio-criador” e da originalidade – que nega e contradiz a natureza cumulativa e derivativa da criatividade. Inclusive, sequer os mais notáveis exemplos – Homero, Virgílio e Shakespeare, apenas para citar alguns

slow accretion, these new details grew into a new picture. They became the story as we know it now”. FROSIO, Giancarlo F. Rediscovering cumulative creativity from the oral formulaic tradition to digital remix: can I get a witness?. [S.l.]. **The John Marshall Review of Intellectual Property Law**, 2014. p. 343-393. p. 364. Disponível em <<https://cyberlaw.stanford.edu/files/publication/files/Rediscovering%20Cumulative%20Creativity%20From%20the%20Oral%20Formulaic%20Tradi.pdf>>. Acesso em 28 fev. 2017.

<sup>297</sup> FROSIO, Giancarlo F. Rediscovering cumulative creativity from the oral formulaic tradition to digital remix: can I get a witness?. [S.l.]. **The John Marshall Review of Intellectual Property Law**, 2014. p. 343-393. p. 368. Disponível em <<https://cyberlaw.stanford.edu/files/publication/files/Rediscovering%20Cumulative%20Creativity%20From%20the%20Oral%20Formulaic%20Tradi.pdf>>. Acesso em 28 fev. 2017.

<sup>298</sup> FROSIO, Giancarlo F. Rediscovering cumulative creativity from the oral formulaic tradition to digital remix: can I get a witness?. [S.l.]. **The John Marshall Review of Intellectual Property Law**, 2014. p. 343-393. p. 369. Disponível em <<https://cyberlaw.stanford.edu/files/publication/files/Rediscovering%20Cumulative%20Creativity%20From%20the%20Oral%20Formulaic%20Tradi.pdf>>. Acesso em 28 fev. 2017.

<sup>299</sup> SILVEIRA, Sergio Amadeus. Cibercultura, commons e feudalismo informacional. **Revista Famecos**. Porto Alegre, nº 37, p. 85-90, dez. 2008. p. 85.



– aparentam ratificar as concepções de “gênio-criador” e originalidade. Muito pelo contrário, aparentam confirmar a tese de que, a maior parte da cultura humana foi produzida sob um paradigma em que a imitação, até o plágio, além da autoria social e colaborativa, constituía elemento chave do momento criativo.<sup>300</sup>

Talvez a própria noção de gênio original seja o resultado de uma percepção errônea. A noção, originária da Inglaterra, foi moldada no exemplo cardinal de Shakespeare. A imensa reputação literária de Shakespeare serviu para impulsionar a ampla aceitação da noção moderna de genialidade. Homero era outro exemplo eminente de gênio original. Homero, talvez junto com o bardo medieval Ossian, serviu de modelo para desenvolver a noção romântica. Essas premissas provavelmente foram mal colocadas.

Enquanto as criatividade de Homero, Ossian e Shakespeare são consideradas, sem dúvida, como originais, esses modelos supostamente quintessenciais de gênio original reforçam o argumento oposto: a originalidade primitiva não existe na arte, mas todo trabalho depende de obras anteriores. Homero, Ossian e Shakespeare tendem a desconstruir o mito da originalidade absoluta, em vez de fortalecê-lo.<sup>301</sup>

Até essa quadra da história, a natureza das tecnologias de distribuição (*delivery technologies*) contribuíram para a manutenção do mito do “gênio-criador” e da originalidade, em prejuízo à verdadeira natureza, cumulativa e derivativa, da criatividade.<sup>302</sup> Lawrence Lessig<sup>303</sup> trata desses aspectos como “limitações naturais”

<sup>300</sup> FROSIO, Giancarlo F. Rediscovering cumulative creativity from the oral formulaic tradition to digital remix: can I get a witness?. [S.l.]. **The John Marshall Review of Intellectual Property Law**, 2014. p. 343-393. p. 376. Disponível em <<https://cyberlaw.stanford.edu/files/publication/files/Rediscovering%20Cumulative%20Creativity%20From%20the%20Oral%20Formulaic%20Tradi.pdf>>. Acesso em 28 fev. 2017.

<sup>301</sup> Texto original da citação: “Perhaps the very notion of original genius was the result of a misperception. The notion, as originating in England, was molded on the cardinal example of Shakespeare. Shakespeare’s immense literary reputation served to propel the wide acceptance of the modern notion of genius. Homer was the other eminent example of original genius. Homer, perhaps together with the medieval bard Ossian, served as a model to develop the romantic notion. These assumptions were most likely misplaced. While the creativities of Homer, Ossian, and Shakespeare are considered all but undoubtedly original, these supposedly quintessential models of original genius reinforce the opposite argument: primitive originality does not exist in art, but every work depends on prior works. Homer, Ossian, and Shakespeare tend to deconstruct the myth of absolute originality, rather than strengthen it”. FROSIO, Giancarlo F. Rediscovering cumulative creativity from the oral formulaic tradition to digital remix: can I get a witness?. [S.l.]. **The John Marshall Review of Intellectual Property Law**, 2014. p. 343-393. p. 374. Disponível em <<https://cyberlaw.stanford.edu/files/publication/files/Rediscovering%20Cumulative%20Creativity%20From%20the%20Oral%20Formulaic%20Tradi.pdf>>. Acesso em 28 fev. 2017.

<sup>302</sup> A propósito, vide: “The modern overprotective copyright system has been built upon this fabricated denial of the cumulative and imitative nature of creativity and the misperceptions that it brought about”. Tradução livre: “O moderno sistema de direitos autorais sobreprotetor foi construído sobre essa negação fabricada da natureza cumulativa e imitativa da criatividade e das percepções errôneas que isso provocou”. (Tradução nossa). FROSIO, Giancarlo F. Rediscovering cumulative creativity from the oral formulaic tradition to digital remix: can I get a witness?. [S.l.]. **The John**



das tecnologias de distribuição (*delivery technologies*) analógicas, que não permitiam a cópia de obras com a mesma qualidade da obra original, e, principalmente, não permitiam a comunicação em rede. Tais aspectos foram detidamente analisados no subitem anterior, que apontou o descompasso existente na proteção autoralista em face da nova arquitetura informacional. O descompasso aqui acusado, paradoxalmente, passa a aflorar justamente com o advento da Sociedade Informacional, e suas tecnologias de distribuição (*delivery technologies*) que impulsionam novos hábitos de produção e consumo de criatividade.

A sociedade em rede estabelece as pré-condições para uma ideia social e colaborativa de autoria que se assemelha à ideia coletivista pré-moderna de criatividade. Mais visivelmente do que nunca, a criatividade digital está profundamente interligada com ações e reações comunitárias. Os desenvolvimentos de software de código aberto, *Wikipedia*, *fangames* e "Sims" temáticos crescem a partir de projetos criativos parciais e de colaboração em massa. *Vidding*, "machinima", a amostragem musical e o mash-up compõem um enigma de respostas e *memes* como parte de um ambiente de comunidade hiper-reativo. No ambiente digital, a criatividade volta a ser um meio inclusivo, e não exclusivo. Isso pode sugerir que, na sociedade e economia da informação em rede, estamos testemunhando o desaparecimento da ideia individualista de autoria que deu origem ao nosso sistema de direitos autorais.<sup>304</sup>

O descompasso que se busca denunciar, portanto, reside justamente neste específico tocante apontado por Giorgio Frosio: "na sociedade da informação e economia em rede, estamos testemunhando o desaparecimento da ideia

---

**Marshall Review of Intellectual Property Law**, 2014. p. 343-393. p. 375. Disponível em <<https://cyberlaw.stanford.edu/files/publication/files/Rediscovering%20Cumulative%20Creativity%20From%20the%20Oral%20Formulaic%20Tradi.pdf>>. Acesso em 28 fev. 2017.

<sup>303</sup> LESSIG, Lawrence. **Remix: making art and commerce thrive in the Hybrid Economy**. New York. The Penguin Press, 2008. p. 37.

<sup>304</sup> Texto original da citação: "The networked society sets the preconditions for a social and collaborative idea of authorship that resembles the pre-modern collectivistic idea of creativity. More conspicuously than ever, digital creativity is deeply intertwined with communitarian actions and reactions. Open source software developments, *Wikipedia*, *fangames*, and thematic "Sims" grow out of peer and mass-collaborative creative projects. *Vidding*, "machinima," musical sampling and mash-up compose a puzzle of responses and memes as part of a hyper-reactive community environment. In the digital environment, creativity returns to be an inclusive, rather than exclusive, medium. This may suggest that, in the networked information society and economy, we are witnessing the demise of the individualistic idea of authorship that gave birth to our copyright system". FROSIO, Giancarlo F. Rediscovering cumulative creativity from the oral formulaic tradition to digital remix: can I get a witness?. [S.l.]. **The John Marshall Review of Intellectual Property Law**, 2014. p. 343-393. p. 394. Disponível em <<https://cyberlaw.stanford.edu/files/publication/files/Rediscovering%20Cumulative%20Creativity%20From%20the%20Oral%20Formulaic%20Tradi.pdf>>. Acesso em 28 fev. 2017.

individualista de autoria que deu origem ao nosso sistema de direitos autorais”,<sup>305</sup> e vendo aflorar, novamente, a tradição cumulativa e derivativa da criativa, que até o começo da modernidade representava o padrão criativo.

A criatividade digital re-implementa a mesma mecânica da criatividade pré-direito de autor que conceituou o empréstimo e a cópia como um tributo necessário aos trabalhos anteriores. Como na tradição pré-moderna, a criatividade digital implementa a apropriação e o empréstimo como instrumentos imitativos e emulativos. Desde as *fanfictions* até as *machinima* e *fangames*, inclusive “sims temáticos” em mundos virtuais, até mutações musicais, a criatividade digital moderna é feita de apropriação, empréstimo e imitação que criam novos significados e encontram novas inferências. Pretendem reter e homenagear a iconografia da cultura popular comercial, bem como desafiar, desconstruí-la e superá-la.<sup>306</sup>

Neste mesmo sentido, segundo Guilherme Carboni, “a possibilidade de participação ativa do usuário no processo de criação de obras em meios digitais”,<sup>307</sup> atrelado às novas possibilidades de “criação colaborativa, por meio da interconexão de indivíduos em rede”,<sup>308</sup> tem conduzido o direito de autor a uma grave “crise ontológica”,<sup>309</sup> eis que as “atuais formas de titularidade de direito autorais, bem como a regulação das obras derivadas, não dão conta de regular essas novas possibilidades de criação”.<sup>310</sup>

<sup>305</sup> Texto original da citação: “This may suggest that, in the networked information society and economy, we are witnessing the demise of the individualistic idea of authorship that gave birth to our copyright system”. FROSIO, Giancarlo F. Rediscovering cumulative creativity from the oral formulaic tradition to digital remix: can I get a witness?. [S.l.]. **The John Marshall Review of Intellectual Property Law**, 2014. p. 343-393. p. 394. Disponível em <<https://cyberlaw.stanford.edu/files/publication/files/Rediscovering%20Cumulative%20Creativity%20From%20the%20Oral%20Formulaic%20Tradi.pdf>>. Acesso em 28 fev. 2017.

<sup>306</sup> Texto original da citação: “Digital creativity re-implements the same mechanics of pre-copyright creativity that conceptualized borrowing and copying as a necessary tribute to previous works. As in the pre-modern tradition, digital creativity deploys appropriation and borrowing as imitative and emulative instruments. From fanfiction to machinima and fangames, from thematic ‘sims’ in virtual worlds to vidding or musical mashup, modern digital creativity is made of appropriation, borrowing and imitation that create new meanings and find new inferences. They are intended to remand and pay tribute to commercial popular culture’s iconography, as well as to challenge, deconstruct and overcome it”. FROSIO, Giancarlo F. **A history of aesthetics from Homer to digital mash-ups: cumulative creativity and the demise of copyright exclusivity**. *Law and Humanities*, [S.l.], v. 8, n. 2, pp. 262/296, 2015. p. 33. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1080/17521483.2015.1093300>>. Acesso em 25 set. 2017.

<sup>307</sup> CARBONI, Guilherme. **Direito autoral e autoria colaborativa na economia da informação em rede**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010. p. 188.

<sup>308</sup> CARBONI, Guilherme. **Direito autoral e autoria colaborativa na economia da informação em rede**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010. p. 188.

<sup>309</sup> CARBONI, Guilherme. **Direito autoral e autoria colaborativa na economia da informação em rede**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010. p. 188.

<sup>310</sup> CARBONI, Guilherme. **Direito autoral e autoria colaborativa na economia da informação em rede**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010. p. 189.

As tentativas de aplicação à Internet dos conceitos de direito autoral utilizados para as obras não digitais vêm se tornando completamente inúteis. Isso porque o conceito de autoria, estabelecido pelos tratados internacionais e pelas diversas legislações de direitos autorais, não inclui as novas formas de autoria propiciadas pelas redes e pela tecnologia digital, notadamente, a colaborativa.<sup>311</sup>

Oportuno o registro, consoante se abordará em pormenores no capítulo final, que não se trata de proclamar uma suposta “morte do autor”, como pretenderam as teorias contemporâneas da autoria do século XX,<sup>312</sup> que encontraram destaque nas obras de Roland Barthes<sup>313</sup> e Michel Foucault<sup>314</sup> ao apontarem a “‘morte’ do autor romântico, com base no poder criador da linguagem por si mesma”.<sup>315</sup> Pelo contrário, trata-se de enaltecer a função indispensável do elemento central da lógica da criação, o autor/criador, revisando hermeneuticamente os elementos que constituem a normatividade autoralista, inclusive a própria noção de criação/criatividade, que ora constata-se gozar de natureza cumulativa e derivativa.

Desta feita, denota-se que a Internet e a nova arquitetura comunicacional, na Era da Informação, trouxeram elementos de grave descompasso ao direito de autor, que revolucionam não apenas o significado de tecnologias de distribuição (*delivery technologies*) e sua relação na proteção ostentada pelo instrumento (direito de autor), mas desvelou, também, dentro do próprio conceito de mídia (*media*), que as formas de criação legadas ao direito de autor, pela modernidade, “não podem ser entendidas como um dado natural ou uma verdade absoluta e transcendental”.<sup>316</sup> Muito pelo contrário, trata-se de “uma construção histórica, que muda de tempos em tempos e de uma cultura para outra”.<sup>317</sup> E, ao que tudo indica, a Sociedade Informacional tem permitido aflorar, novamente, aquela cultura cumulativa e

<sup>311</sup> CARBONI, Guilherme. **Direito autoral e autoria colaborativa na economia da informação em rede**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010. p. 189.

<sup>312</sup> A propósito das Teorias Contemporâneas da Autoria, ver: CARBONI, Guilherme. **Direito autoral e autoria colaborativa na economia da informação em rede**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 63/75.

<sup>313</sup> BARTHES, Rolando. **The death of the author**. In *Image-Music-Text*. New York: Hill and Wangs, 1977. p. 142/148.

<sup>314</sup> A propósito, *vide*: FOUCAULT, Michel. **As palavras e as Coisas: uma arqueologia das ciências humanas**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

<sup>315</sup> CARBONI, Guilherme. **Direito autoral e autoria colaborativa na economia da informação em rede**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 62.

<sup>316</sup> CARBONI, Guilherme. **Direito autoral e autoria colaborativa na economia da informação em rede**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010. p. 188.

<sup>317</sup> CARBONI, Guilherme. **Direito autoral e autoria colaborativa na economia da informação em rede**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010. p. 188.

derivativa da criativa que marcou a tradição literária até a modernidade. Para o direito de autor (legatário da modernidade), portanto: descompasso.

### 3.2.3 Excedente Cognitivo e a Cultura da Participação

Consoante se apontou, no subitem anterior, a natureza das tecnologias de distribuição (*delivery technologies*) contribuíram para a manutenção do mito do “gênio-criador” e da originalidade, em prejuízo à natureza, cumulativa e derivativa, da criatividade. Para fundamentar e justificar o estímulo ao “gênio-criador”, até esta quadra da história, a teoria majoritária – conforme indicam autores como William Fisher<sup>318</sup> – crê no incentivo como elemento fundamental a permitir aos autores a criação de novas obras. Dito de outra forma, essa corrente – majoritária – visualiza no direito de autor (patrimonial) o instrumento de incentivo pecuniário necessário a motivar a criação de novas obras.

A partir de Clay Shirky,<sup>319</sup> entretanto, denota-se o nascedouro da fundamentação de uma “cultura da participação”, que resgata a natureza - cumulativa e derivativa - da criatividade, e através da teoria das motivações (intrínsecas e extrínsecas) do psicólogo Edward Deci, explica as razões pelas quais as pessoas sentem-se motivadas a realizar atividades como criar – e a pecúnia passa ao largo deste âmbito de motivações.

De acordo com Clay Shirky, “em 1970, Edward Deci, um psicólogo pesquisador da Universidade de Rochester, realizou um experimento”,<sup>320</sup> no qual concluiu que uma motivação extrínseca (como receber um pagamento para realizar determinada atividade, e.g.) pode acabar esvaziando uma motivação intrínseca (como usufruir de algo pela coisa, em si, e.g.).<sup>321</sup> Obviamente, a conclusão não induz ao raciocínio de que Edward Deci tenha abolido as motivações extrínsecas. Usualmente, elas são utilizadas para resolver externalidades negativas. Para que a

<sup>318</sup> A propósito, vide: FISHER, William. **The growth of intellectual property**: a history of the ownership of ideas in the United States. [S.l., 2017?]. Disponível em: <<https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/iphistory.pdf>>. Acesso em 19 mar. 2017; e, FISHER, William. **Theories of intellectual property**. [S.l., 2017?] Disponível em <<https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/iptheory.pdf>>. Acesso em 12 mar. 2017.

<sup>319</sup> A propósito, vide: SHIRKY, Clay. **A cultura da participação**: criatividade e generosidade no mundo conectado. Rio de Janeiro: Zahar, 2011; SHIRKY, Clay. **Lá vem todo mundo**: o poder de organizar sem organizações. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

<sup>320</sup> SHIRKY, Clay. **A cultura da participação**: criatividade e generosidade no mundo conectado. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 66.

<sup>321</sup> SHIRKY, Clay. **A cultura da participação**: criatividade e generosidade no mundo conectado. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 68.

sociedade possa resolver o problema de seu lixo, e.g., é necessário pagar pessoas para realizarem as atividades necessárias de limpeza urbana. Dificilmente, haverá motivação intrínseca para a execução dessas tarefas, salvo introduzindo alguma motivação extrínseca, como a contraprestação financeira. Entretanto, na presença de uma motivação intrínseca, a introdução de uma extrínseca acaba diminuindo a primeira. Nas palavras de Edward Deci:

Os resultados indicam que (a) quando o dinheiro foi usado como uma recompensa externa, a motivação intrínseca tendeu a decrescer, enquanto que (b) quando o reforço verbal e o feedback positivo foram usados, a motivação intrínseca tendeu a aumentar".<sup>322</sup>

Vê-se, que na pesquisa acima referida o reforço verbal e *feedbacks* positivos foram apontados por Edward Deci como fontes de estímulo para a motivação intrínseca, justamente porque lidam com as duas características que se encontram em seu epicentro: a competência e a autonomia.

Motivação intrínseca é um rótulo genérico que agrupa diversas razões pelas quais uma pessoa pode ser motivada pela recompensa que uma atividade cria em e de si mesma. Deci identifica duas motivações intrínsecas que podem ser rotuladas como "pessoais": o desejo de ser autônomo (decidir o que fazemos e como fazemos) e o desejo de ser competente (ser bom naquilo que fazemos).<sup>323</sup>

Não se pretende avançar em demasiado nesta seara da psicologia, a Teoria da Motivação Humana, mas, apenas extrair o ensinamento no sentido de que: (i) o dinheiro não é o único elemento motivacional para a execução de determinada atividade, mesmo àquelas de cunho criativo, e (ii) em determinada hipóteses pode acabar, inclusive, esvaziando outros tipos de motivações, notadamente àquelas de natureza intrínseca. Aliás, trata-se de dois ensinamentos há muito aprendido pela prática educacional e empresarial, conforme destaca Clay Shirky.

Em 1970, teorias de motivação humana, assim como o uso prático de recompensas em salas de aula e em locais de trabalho,

---

<sup>322</sup> Texto original da citação: "The results indicate that (a) when money was used as an external reward, intrinsic motivation tended to decrease, whereas (b) when verbal reinforcement and positive feedback were used, intrinsic motivation tended to increase." DECI, Edward L. Effects on externally mediated rewards on intrinsic motivation. **Journal of Personality and Social Psychology**. [S.l.] v. 18. nº 1, 105-115, 1971. p. 105.

<sup>323</sup> SHIRKY, Clay. **A cultura da participação**: criatividade e generosidade no mundo conectado. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 71.



baseavam-se muitas vezes em simples noções de estímulo – acrescentar qualquer nova recompensa a uma atividade existente levaria as pessoas a fazer mais. Essa estrutura fazia pouca distinção entre os diferentes tipos de motivação, e o maior motivador genérico disponível sempre foi o dinheiro. A conclusão de Deci de que o pagamento pode esvaziar outros tipos de motivação atingiu em cheio a teoria quanto a práticas existentes.<sup>324</sup>

Com o exposto, certamente não se pretende deduzir que a contraprestação autoral é elemento prescindível na lógica da criação. Todavia, o ponto de destaque é no sentido de que não deveria ocupar o local privilegiado que a teoria (utilitarista) autoralista o erigiu. Afinal, fosse o incentivo pecuniário um elemento indispensável na lógica da criação, o que justificaria o fato de os membros da comunidade *fanfic* de Harry Potter terem escrito histórias originais que chegam, atualmente, a mais de 100 mil palavras, à míngua de qualquer expectativa de retorno financeiro? Ou, ainda, trazendo outro exemplo, o que justificaria que milhares de pessoas estejam engajadas na redação gratuita de conteúdo para a Wikipédia<sup>325</sup> ou de códigos fontes para softwares livre?

Parafraseando Clay Shirky,<sup>326</sup> não está errado as pessoas identificarem a pecúnia como elemento motivacional para a realização de determinada atividade. No âmbito do direito de autor, por exemplo, Rodrigo Moraes<sup>327</sup> repele, enfaticamente, “o culto do amador”,<sup>328</sup> defendendo a criação de cunho profissional. Segundo este

<sup>324</sup> SHIRKY, Clay. **A cultura da participação**: criatividade e generosidade no mundo conectado. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 69.

<sup>325</sup> Segundo definição própria: “A Wikipédia é um projeto de enciclopédia colaborativa, universal e multilíngue estabelecido na internet sob o princípio wiki. Tem como propósito fornecer um conteúdo livre, objetivo e verificável, que todos possam editar e melhorar. O projeto é definido pelos princípios fundadores. O conteúdo é disponibilizado sob a licença Creative Commons BY-SA e pode ser copiado e reutilizado sob a mesma licença – mesmo para fins comerciais – desde que respeitando os termos e condições de uso”. APRESENTAÇÃO *In*: Wikipédia: a enciclopédia livre. Disponível em <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Wikip%C3%A9dia:P%C3%A1gina\\_principal](https://pt.wikipedia.org/wiki/Wikip%C3%A9dia:P%C3%A1gina_principal)>. Acesso em 18 out. 2017.

<sup>326</sup> “Como vimos, a pergunta “Porque todas essas pessoas estão trabalhando de graça?” pressupõe a teoria da ação humana baseada sobretudo na motivação financeira e pessoal: o motivo razoável para fazer alguma coisa é o dinheiro, então fazer coisas de graça requer uma explicação especial. Dentro desse quadro teórico, não há qualquer boa razão pela qual alguém coloque seus vídeos no YouTube ou edite um artigo na Wikipédia. O problema aqui não está nos comportamentos, e sim na explicação. Assim que se parar de perguntar por que as pessoas fazem coisas “de graça” e se começar apenas a perguntar por que as pessoas estão fazendo, todo o espectro de motivações intrínsecas (e não financeiras) se tornará parte da explicação”. SHIRKY, Clay. **A cultura da participação**: criatividade e generosidade no mundo conectado. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 92.

<sup>327</sup> MORAES, Rodrigo. Generosidade intelectual: a despistadora ideologia da web 2.0. **Revista da ABPI**, Rio de Janeiro, nº 117, p. 40-52, Mar/Abr. 2012. p. 51.

<sup>328</sup> O “culto do amador” ganhou força a partir de um manifesto escrito por Andrew Keen, repelindo, enfaticamente, a criação amadora. Ilustrativamente, transcreve-se um trecho de sua obra: “O que acontece, poderíamos nos perguntar, quando a ignorância se mistura ao egoísmo, ao mau gosto e



autor, “faz-se imprescindível muita prudência no discurso despistador da ‘generosidade intelectual’, que vem conseguindo enganar os incautos”.<sup>329</sup> O ponto de conflito com esta perspectiva, entretanto, reside no afastamento por ela promovido de todos os outros valores envolvidos na possível explicação para a pergunta chave da criação “amadora”<sup>330</sup>: afinal “por que todas essas pessoas estão trabalhando de graça?”.

Sem dúvida, trata-se da resposta de uma pergunta fundamental, eis que, se é verdadeira a assertiva de que não existiria criação de obras sem o incentivo do direito de autor, que possível razão teria conduzido todas essas pessoas a criarem obras originais à míngua da expectativa de qualquer retorno financeiro? Para Clay Shirky, não se trata de altruísmo, mas, sim, da junção adequada de três elementos: meio, motivo e oportunidade. Sintetizando esses três elementos, poder-se-ia dizer que se trata da construção de uma nova cultura<sup>331</sup> (motivo), voltada ao aproveitamento de novas oportunidades trazidas pela tecnologia (meio), notadamente, um novo recurso, genuinamente nascido na Era da Informação: o excedente cognitivo.

Segundo Clay Shirky, o tempo livre acumulado é a matéria-prima do conceito de excedente cognitivo, já que “a conexão da humanidade nos permite tratar o tempo livre como um recurso global compartilhado e também definir novos tipos de participação e compartilhamento que se valem desses recursos”.<sup>332</sup> Entretanto, não se trata o excedente cognitivo, apenas, da “distribuição de trilhões de horas de

à ditadura das massas? Os macacos assumem o comando. Diga adeus aos especialistas e guardiões da cultura hoje – nossos repórteres, nossos âncoras, editores, gravadoras e estúdios de cinema de Hollywood. No atual culto do amador, os macacos é que dirigem o espetáculo. Com suas infinitas máquinas de escrever, estão escrevendo o futuro. E talvez não gostemos do que ele diz”. KEEN, Andrew. **O culto do amador**: como blogs, MySpace, YouTube e a pirataria digital estão destruindo nossa economia, cultura e valores. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. p. 14.

<sup>329</sup> MORAES, Rodrigo. Generosidade intelectual: a despistadora ideologia da web 2.0. **Revista da ABPI**, Rio de Janeiro, nº 117, p. 40-52, Mar/Abr. 2012. p. 51.

<sup>330</sup> Segundo Clay Shirky: “Amadores às vezes se diferenciam de profissionais por habilidades, mas sempre pela motivação; o próprio termo vem do latim amare – ‘amar’. A essência do amadorismo é a motivação intrínseca: ser um amador é fazer uma coisa por amor”. SHIRKY, Clay. **A cultura da participação**: criatividade e generosidade no mundo conectado. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 77/78.

<sup>331</sup> A propósito do conceito de “cultura” Clay Shirky expõe que: “A cultura não é apenas um conglomerado de comportamentos individuais; é um conjunto de normas e comportamentos aceitos coletivamente num grupo”. SHIRKY, Clay. **A cultura da participação**: criatividade e generosidade no mundo conectado. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 122.

<sup>332</sup> SHIRKY, Clay. **A cultura da participação**: criatividade e generosidade no mundo conectado. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 30.

tempo livre entre 2 bilhões de indivíduos conectados”<sup>333</sup>. Certamente, antes da revolução tecnológica que introduziu a Internet, o tempo livre já existia – em que pese sua quantidade tenha aumentado entre a população, significativamente, com as jornadas de trabalho semanais de quarenta horas e, depois da Segunda Guerra Mundial, com a população maior, mais saudável e com mais oportunidades.<sup>334</sup> Com efeito, são a fusão dos elementos meio, motivo e, principalmente, oportunidade, os responsáveis por criar o excedente cognitivo, a partir da matéria-prima do tempo livre acumulado.<sup>335</sup>

Por questão de clareza, cumpre destacar que o elemento “meio”, evidentemente, refere-se às novas ferramentas comunicacionais advindas com a Internet. Por isso, fala-se em “conexão da humanidade” e aproveitamento do tempo livre excedente. Por sua vez, o elemento “motivo” é o responsável por aclarar a existências de outros incentivos (de natureza interna) para além da pecúnia em si. Por meio desse elemento, elucida-se os incentivos por detrás do dispêndio gratuito de horas laborais para a confecção de conteúdo original para comunidades *FanFiction*, Software Livre e *Wikipédia*, e.g.. O terceiro e derradeiro elemento, “a oportunidade”, é o grande diferencial da teoria formulada por Clay Shirky, e traz a sinergia necessária para conectar todos os demais elementos em torno da matéria-prima, “tempo livre”, a fim de constituir o referido “excedente cognitivo”.

Um exemplo concreto poderá aclarar a importância do entendimento do conceito de “oportunidade”, na teoria de Clay Shirky. Trata-se do exemplo: “Napster”. Segundo ele, até pouco tempo, o compartilhamento de música era considerado (de certa forma, ainda o é) uma calamidade social, “fruto de uma malandragem generalizada”,<sup>336</sup> ou de uma juventude “moralmente corrupta”.<sup>337</sup> Os adeptos da nova tecnologia de compartilhamento, de outra banda, acreditavam que

---

<sup>333</sup> SHIRKY, Clay. **A cultura da participação**: criatividade e generosidade no mundo conectado. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 90.

<sup>334</sup> SHIRKY, Clay. **A cultura da participação**: criatividade e generosidade no mundo conectado. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 161.

<sup>335</sup> SHIRKY, Clay. **A cultura da participação**: criatividade e generosidade no mundo conectado. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 162.

<sup>336</sup> SHIRKY, Clay. **A cultura da participação**: criatividade e generosidade no mundo conectado. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 115.

<sup>337</sup> SHIRKY, Clay. **A cultura da participação**: criatividade e generosidade no mundo conectado. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 110.

se tratava da “aurora de uma nova era de bondade humana”.<sup>338</sup> Para Clay Shirky, entretanto, nenhuma das correntes estava certa:

O Napster conseguiu dezena de milhões de usuários em menos de dois anos, tornando-se o software de mais rápido crescimento de sua época. Seu estrondoso sucesso certamente dizia alguma coisa a respeito da cultura, e duas interpretações conflitantes avançaram pela década de 2000. A primeira era de que as pessoas jovens haviam se tornado todas moralmente corruptas, e queriam escarnecer das sagradas convenções da propriedade intelectual. A segunda era de que os jovens estavam tão imbuídos do espírito de compartilhamento que ficavam felizes ao participar da oportunidade pública oferecida pelo Napster. A primeira interpretação tentava explicar por que os jovens estavam tão ansiosos para pegar, a outra tentava dizer por que estavam tão ansiosos para dar. Ambas não tinham a menor possibilidade de estar certas. De fato, nenhuma delas estava.<sup>339</sup>

Isso porque, conforme ele, uma das noções mais frágeis de todos os “cânones da cultura pop é a da diferença inata, a ideia de que as pessoas que hoje estão na casa dos trinta anos são membros de uma classe chamada Geração X, enquanto quem está na casa dos vinte é parte da Geração Y”.<sup>340</sup> Para Clay Shirky, lançar argumentos de moralidade ou geracionais para explicar o comportamento das pessoas (jovens) que passaram a compartilhar músicas via Napster é uma forma de incorrer no “erro da atribuição fundamental” – ou seja, tentar explicar nosso próprio comportamento em função das nossas limitações. O que ocorre é que diferentes oportunidades, mais do que qualquer possível natureza inata entre as gerações, constituem o fator responsável por explicar a diferença de comportamento entre as gerações.

Antes do advento do compartilhamento de arquivos, você podia dar um CD a um amigo, mas, a partir daquele momento, ele o possuía e você não. Era o caso para música gravada e, na verdade, para qualquer objeto físico. Compartilhar um livro, uma revista ou um par de sapatos é o que os economistas chamam de compartilhamento “rivalizado”; se eu tenho a minha cópia de To The Extreme, do Vanilla Ice, você não tem, e se você te, eu não tenho. Uma música no seu computador, no entanto, é diferente, porque com música digital eu posso lhe dar uma cópia enquanto mantenho a minha. Eu

<sup>338</sup> SHIRKY, Clay. **A cultura da participação**: criatividade e generosidade no mundo conectado. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 115.

<sup>339</sup> SHIRKY, Clay. **A cultura da participação**: criatividade e generosidade no mundo conectado. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 111.

<sup>340</sup> SHIRKY, Clay. **A cultura da participação**: criatividade e generosidade no mundo conectado. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 111.

posso tranquilamente me recusar a emprestar meu CD do Vanilla Ice se ainda quiser ouvi-lo, mas recusar a você cópias das minhas músicas dele no meu computador seria diferente, já que a cópia não me custa nada e não me causa inconveniência alguma. É como a famosa frase de Thomas Jefferson: “Aquele que recebe minhas ideias recebe instrução sem que eu me desfaça da minha, como aquele que acende sua vela com a chama da minha recebe a luz sem me deixar na escuridão”. O Napster como todas as formas de compartilhamento de dados, tirou proveito do fato de que a música agora podia ser dividida como os pensamentos, e não como um objeto.<sup>341</sup>

Concluindo o exemplo, portanto, resulta que o Napster<sup>342</sup> e o compartilhamento de dados na Internet advêm da exploração inteligente deste novo recurso, o excedente cognitivo - constituído por novas oportunidades, aliado ao meio e motivações corretos -, e não da natureza corrompida de uma nova geração da humanidade. Trata-se, assim, do nascedouro de uma (nova) cultura (da participação) – que será mais bem explorada adiante, neste capítulo -, gestada no seio da revolução da tecnologia da Informação, e que tem o “excedente cognitivo” como recurso base de sua operação.

Para o direito de autor, entretanto, apregoado ao paradigma do incentivo, que crê na pecúnia como elemento fundamental a motivar os autores a promover a criação de novas obras, trata-se de um recurso incompreensível. Mais do que isso, trata-se de elemento que promove um descompasso interno em sua estrutura normativa. Afinal, se na Era da Informação a criação aparenta prescindir do elemento motivacional, dinheiro, que outra razão justificaria a proteção do direito de autor?

Importante atentar, não se está taxando o instrumento, direito de autor, como elemento de somenos importância. O descompasso aqui arguido reside, exclusivamente, na afeição da teoria majoritária (utilitarista) ao incentivo pecuniário como elemento central da estrutura do direito de autor, que, claramente, não se justifica mais para o fim perseguido (motivar a criação), visto que novas

---

<sup>341</sup> SHIRKY, Clay. **A cultura da participação**: criatividade e generosidade no mundo conectado. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 113-114.

<sup>342</sup> A propósito, *vide*: “O programa se difundiu por três razões muito mais simples: (1) o dado digital é perfeita e infinitamente copiável a custo marginal zero; (2) as pessoas vão compartilhar se o compartilhamento for simples e barato, e nessas condições nós normalmente não somos mesquinhos; (3) Shawn Fanning criou um sistema para conectar as ações (1) e (2) com os incentivos corretos. É isso. Isso foi o que virou a indústria fonográfica de cabeça para baixo”. SHIRKY, Clay. **A cultura da participação**: criatividade e generosidade no mundo conectado. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 115.

oportunidades induzem novos comportamentos, e o excedente cognitivo tem dado cabo de estimular uma variada gama de novas criações intelectuais – Software Livre, Wikipédia, *FanFiction*, etc. – já afeitas ao paradigma cumulativo e derivativo da criatividade.

### **3.3 Commons e “contracultura” do Direito de Autor em dois exemplos**

De acordo com a bibliografia acima assinalada, além de um severo descompasso em sua possibilidade de tutela, provocado pela Internet e sua nova arquitetura informacional, o direito de autor está vendo aflorar o paradigma cumulativo e derivativo da criatividade, que muito embora seja elemento absolutamente estranho à sua normatividade, possui sólidas marcas na tradição literário-científica da humanidade, especialmente até o advento da modernidade. A partir do diálogo com Giorgio Frosio, Lawrence Lessig, Elaine Gazda, Henry Nettleship, Milman Parry, Guilherme Carboni, Peter Drahos e Marilena Chauí, verificou-se que o moderno sistema de direitos de autor, foi construído sobre o mito - do “gênio-criador” e da originalidade – que nega e contradiz a natureza, cumulativa e derivativa, da criatividade.

A maior parte da cultura humana foi construída sob um paradigma em que a imitação e a autoria social e colaborativa constituíam-se em elementos chave do processo criativo. Nesta mesma toada, ainda, verificou-se - cotejando as obras de Clay Shirky e Eduard Deci - que a recente “cultura da participação”, que se tem erigido sobre o conceito de “excedente cognitivo”, ínsito às novas ferramentas comunicacionais em rede, afasta um segundo mito, do “incentivo”, - muito caro ao direito de autor - apontando para a desnecessidade de elementos motivacionais externos, como a pecúnia, para estimular a criação de novas obras.

Destarte, ao compasso destes descompassos provocados pela Sociedade Informacional decorre a cabal impossibilidade do direito de autor permanecer operando sobre estes mesmos primados dissonantes. Como “subterfúgio” a esta concepção tradicional, e em face da aparente impossibilidade do poder público apresentar solução tempestiva e coerente à problemática enfrentada,<sup>343</sup> o final do

---

<sup>343</sup> A este propósito, vale lembrar que, na experiência brasileira, desde 2009 discute-se uma reforma para a lei de direitos autorais, visando a consolidar na normativa autoralista os diversos aspectos necessários ao enfrentamento das novas necessidades, públicas e privadas, do direito autoral na Sociedade Informacional. Infelizmente, no atual momento, após inúmeras idas e vindas do

século XX viu emergir um conjunto de “iniciativas privadas”,<sup>344</sup> que aqui se denomina “contracultura” do direito de autor, intimamente relacionada à experiência do *copyleft*,<sup>345</sup> notadamente os projetos Software Livre e *Creative Commons*, com vistas a obter uma segunda melhor solução (*second-best solution*)<sup>346</sup> para o tratamento do direito de autor na Sociedade Informacional.

Conforme explica Ronaldo Lemos, “um dos principais problemas do direito autoral ‘clássico’ é que ele funciona como um grande ‘não!’”.<sup>347</sup> Dito de outra forma: se alguém pretende utilizar determinada obra protegida por direito de autor, como premissa, deve-se pedir prévia autorização a seu autor ou detentor de direito. A experiência do *copyleft* surge, justamente, para fazer frente a esta postura de cerceamento dos bens intelectuais promovida pelo direito de autor. Ao invés de tratá-los como objeto de exclusividade de um determinado “gênio-criador” - com “todos os direitos reservados” -, a postura do *copyleft* resgata a concepção de

---

Congresso Nacional, aquilo que, um dia, foi um anteprojeto de reforma da lei de direitos autorais, encontra-se engavetado em alguma prateleira empoeirada do Ministério da Cultura, que recentemente, chegou, inclusive, a correr risco de extinção. (juntar matéria). A propósito, vide: REFORMA da lei do direito autoral prevê cópia privada e oficializa mashup. **Ministério da Cultura**, [2009?]. Disponível em <[http://www.cultura.gov.br/noticias-destaques/-/asset\\_publisher/OiKX3xIR9iTn/content/reforma-da-lei-do-direito-autoral-preve-copia-privada-e-oficializa-mashup-265752/10883?redirect=http%3A%2F%2Fwww.cultura.gov.br%2Fnoticias-destaques%3Fp\\_p\\_id%3D101\\_INSTANCE\\_OiKX3xIR9iTn%26p\\_p\\_lifecycle%3D0%26p\\_p\\_state%3Dnormal%26p\\_p\\_mode%3Dview%26p\\_p\\_col\\_id%3Dcolumn-1%26p\\_p\\_col\\_count%3D1%26\\_101\\_INSTANCE\\_OiKX3xIR9iTn\\_advancedSearch%3Dfalse%26\\_101\\_INSTANCE\\_OiKX3xIR9iTn\\_keywords%3D%26\\_101\\_INSTANCE\\_OiKX3xIR9iTn\\_delta%3D100%26p\\_r\\_p\\_564233524\\_resetCur%3Dfalse%26\\_101\\_INSTANCE\\_OiKX3xIR9iTn\\_cur%3D1109%26\\_101\\_INSTANCE\\_OiKX3xIR9iTn\\_andOperator%3Dtrue](http://www.cultura.gov.br/noticias-destaques/-/asset_publisher/OiKX3xIR9iTn/content/reforma-da-lei-do-direito-autoral-preve-copia-privada-e-oficializa-mashup-265752/10883?redirect=http%3A%2F%2Fwww.cultura.gov.br%2Fnoticias-destaques%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_OiKX3xIR9iTn%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-1%26p_p_col_count%3D1%26_101_INSTANCE_OiKX3xIR9iTn_advancedSearch%3Dfalse%26_101_INSTANCE_OiKX3xIR9iTn_keywords%3D%26_101_INSTANCE_OiKX3xIR9iTn_delta%3D100%26p_r_p_564233524_resetCur%3Dfalse%26_101_INSTANCE_OiKX3xIR9iTn_cur%3D1109%26_101_INSTANCE_OiKX3xIR9iTn_andOperator%3Dtrue)>. Acesso em 18 out. 2017; REIS, Luiz Felipe. Ministério da Cultura chega ao fim e muitas dúvidas inquietam o setor. **O Globo**, Rio de Janeiro, 13 jun. 2016. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/cultura/ministerio-da-cultura-chega-ao-fim-muitas-duvidas-inquietam-setor-19295699>>. Acesso em 18 out. 2017.

<sup>344</sup> A propósito, vide: “Creative Commons was conceived as a private “hack” to produce a more fine-tuned copyright structure, to replace ‘all rights reserved’ with ‘some rights reserved’ for those who wished to do so. It tried to do for culture what the General Public License had done for software”. Tradução livre: “Creative Commons foi concebido como uma iniciativa privada para produzir uma estrutura de direitos autorais capaz de substituir ‘todos os direitos reservados’ por ‘alguns direitos reservados’ para aqueles que desejassem assim fazê-lo. Tentou-se fazer pela cultura o que a Licença Geral Pública tinha feito pelo software”. (Tradução nossa). BOYLE, James. **The public domain: enclosing the commons of the mind**. New Haven e Londres: Yale University Press. 2008. p. 182. Disponível em <<http://thepublicdomain.org/thepublicdomain1.pdf>>. Acesso em 16 out.2017.

<sup>345</sup> STALLMAN, Richard. **O que é o copyleft?** [S.l. 2017?] Disponível em <<http://www.gnu.org/copyleft/>>. Acesso em 30 set. 2015.

<sup>346</sup> A propósito, vide: “For many of us, Creative Commons was conceived of as a second-best solution created by private agreement because the best solution could not be obtained through public law”. Tradução livre: “Para muitos de nós, os Creative Commons foram concebidos como uma segunda melhor solução criada por acordo privado, já que a melhor solução não pôde ser obtida através do direito público”. (Tradução nossa). BOYLE, James. **The public domain: enclosing the commons of the mind**. New Haven e Londres: Yale University Press. 2008. p. 183-184. Disponível em <<http://thepublicdomain.org/thepublicdomain1.pdf>>. Acesso em 16 out.2017.

<sup>347</sup> LEMOS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005. p. 83.



“commons”,<sup>348</sup> trazendo as obras intelectuais dos titulares que aderirem aos termos da sua licença (“pública”) para o espaço da liberdade. Por isso, adverte Richard Stallman,<sup>349</sup> o termo “*left*”, em “*copyleft*”, não dialoga com o verbo, em inglês, “*to leave*” (deixar, sair), como se estivesse abrindo mão do direito de autor. Na verdade, trata-se de uma referência espelhada ao termo “*right*”, em “*copy-right*”. Ou seja, o *copyleft* constitui uma forma de exercício do direito de autor (*copyright*), por meio do qual os titulares expressamente liberam, como premissa, algumas formas de usos de suas obras, especificando quais usos são liberados, ou não. Com isso, inverte-se a lógica básica que governa o direito de autor.

Por opção metodológica, não se utilizará, de forma indiscriminada, o termo “*copyleft*”, haja vista o fato de este termo estar intimamente arraigado à tradição autoralista norte-americana. Inclusive, a própria Licença Geral Pública do GNU (*GNU General Public License*) criada e idealizada pela *Free Software Foundation* (FSF<sup>350</sup>) para servir de padrão para os negócios jurídicos envolvendo software livre, teve como base normativa o sistema jurídico norte-americano, que difere substancialmente do sistema jurídico pátrio, especialmente no que atine a possibilidade de isenção de garantias e responsabilidade por fornecedores de serviços e produtos. Por esta razão, em tese, algumas previsões da Licença Geral Pública do GNU poderiam ser questionadas como sendo cláusulas abusivas frente ao direito brasileiro, e, via de consequência, serem consideradas inválidas.

Por isso, ao conjunto dessas “iniciativas privadas”, intimamente relacionada (mas não limitada) à experiência do *copyleft*, notadamente os projetos Software Livre e *Creative Commons*, que a seguir serão detidamente analisadas, optou-se por designar: “contracultura” do direito de autor. Além de gozar de maior

---

<sup>348</sup> De acordo com Liz Beatriz Sass, a tradução do termo, “commons”, “não encontra consenso e a tentativa de fazê-lo poderia fazer com que se perdesse a sua força e o seu sentido”. Por isso, na maior proporção possível, utilizar-se-á, nesta pesquisa, o termo original em língua inglesa. SASS, Liz Beatriz. **Da (não) justificativa do uso dos direitos de propriedade intelectual para a apropriação da biodiversidade: a sustentabilidade como limite**. 2016. 449 f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2016. p. 67. Disponível em: <[http://www.gedai.com.br/sites/default/files/tese\\_versao\\_a5\\_liz\\_sass.pdf](http://www.gedai.com.br/sites/default/files/tese_versao_a5_liz_sass.pdf)>. Acesso em 12 jun.2017.

<sup>349</sup> STALLMAN, Richard. **O que é o copyleft?** [S.l., 2017?]. Disponível em <<http://www.gnu.org/copyleft/>>. Acesso em 30 set. 2015.

<sup>350</sup> Acerca da FSF: “The Free Software Foundation (FSF) is a nonprofit with a worldwide mission to promote computer user freedom and to defend the rights of all free software users”. Tradução livre: “A Free Software Foundation (FSF) é uma organização sem fins lucrativos com a missão, em todo o mundo, de promover a liberdade do usuário do computador e defender os direitos de todos os usuários de software livre”. FREE Software Foundation. **About**. [S.l. 2017?] Disponível em: <[www.fsf.org](http://www.fsf.org)>. Acesso em 27 ago. 2017.

abrangência epistemológica para tratar dos “subterfúgios” privados utilizados para readequar o direito de autor, na Sociedade Informacional, o novo termo permite resgatar, e trazer o devido destaque ao elemento que, de fato, encontra-se no epicentro desta postura crítica: a concepção de “commons”.

A propósito, “commons” é o termo utilizado por Ângela Kretschmann para designar a emergência desta nova forma produtiva, descentralizada e colaborativa, que se contrapõe ao direito de autor – e que ora prefere-se designar, “contracultura”, por entender-se que “commons” representa o elemento nuclear, e não a própria postura oposicionista em si.

A emergência da forma produtiva baseada na colaboração descentralizada que busca compartilhar resultados de maneira mais livre é o que é chamado de commons uma produção baseada na ideia de coisa pública, em oposição à privada e exclusiva do autor ou uma corporação. Exemplo disso são o software livre e o creative commons. A princípio os commons materiais sempre tenderam à extinção, já os commons não tradicionais seriam baseados em bens não rivais, e aí estariam os bens intelectuais – eles não se tornam escassos pelo uso, pelo contrário, o uso os multiplica.<sup>351</sup>

De qualquer sorte, importante ainda destacar que, se hodiernamente visualiza-se no “commons” uma opção séria ao tratamento tradicional do direito de autor, até pouco tempo, precisamente até o advento dos estudos de Carol Rose,<sup>352</sup> em 1986, e de Elinor Ostrom,<sup>353</sup> em 1990, demonstrando as diversas possibilidades de governança exitosa de bens comuns colaborativos (“commons”), a teoria majoritária ainda seguia a tese desenvolvida por Garrett Hardin,<sup>354</sup> denominada “A Tragédia dos Comuns” (*The Tragedy of the Commons*), para quem a natureza dos “commons” tenderia a gerar um sobre uso dos bens, causando sua extinção.

---

<sup>351</sup> KRETSCHMANN, Ângela. O acesso à cultura e o monopólio de obras intelectuais: onde está o bem público? E para onde vai o direito autoral?. In WACHOWICZ, Marcos (Org.). **Propriedade intelectual & internet**. Vol. II. Curitiba: Juruá: 2011. p. 223-246. p. 239.

<sup>352</sup> ROSE, Carol. The comedy of the Commons: custom, commerce, and inherently public property. Vol. 53, N. 3, [S.I.]: **The University of Chicago Law Review**, 1986. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2827&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2827&context=fss_papers)>. Acesso em 13 Jan. 2018.

<sup>353</sup> OSTROM, Elinor. **Governing the commons**: the evolution of institutions for collective action. [S.I.], Cambridge University Press, 1990. Disponível em <[http://wtf.tw/ref/ostrom\\_1990.pdf](http://wtf.tw/ref/ostrom_1990.pdf)>. Acesso em 16 out.2017.

<sup>354</sup> HARDIN, Garrett. The tragedy of the commons. **Science**, [S.I.], v. 162, n. 3859, p. 1243-1248, dez. 1968.

Para Liz Beatriz Sass,<sup>355</sup> entretanto, a hipótese de Garrett Hardin dialoga, exclusivamente, com os bens materiais (sistemas de irrigação, terras para exploração, estoques pesqueiros, etc.), e desde que o tema passou, também, a ser relacionado com o estudo dos bens intelectuais (imateriais e não rivais), especificamente após o surgimento das conclusões de Carol Rose,<sup>356</sup> em 1986, e, na sequência, de Elinor Ostrom,<sup>357</sup> em 1990, sobreveio evidente a conclusão da inaplicabilidade da hipótese de Garrett Hardin para o caso específico dos direitos de autor, eis que, consoante deveras cediço, ao contrário dos bens materiais, os bens protegidos pelo direito de autor (imateriais e não rivais) “não se tornam escassos pelo uso, pelo contrário, o uso os multiplica”.<sup>358</sup>

Tradicionalmente, os estudos realizados sobre o tema dos commons tiveram por objeto o compartilhamento de bens materiais: sistemas de irrigação, terras para exploração, estoques pesqueiros, etc. A reflexão quanto aos bens intelectuais ocorre de forma mais intensa a partir da segunda metade da década de 1990, com a publicação da obra *Governing the Commons*, de Elinor Ostrom (1990), quando um grande número de autores, inspirados pela obra da autora, passa a propor analogias entre o compartilhamento de bens intelectuais e os bens comuns.<sup>359</sup>

Com base nesta premissa, de que os bens imateriais não se tornam escassos pelo uso, mas se multiplicam, é que a postura de “contracultura” do direito de autor investe nas possibilidades econômicas e sociais dos “commons”, desveladas pela Sociedade Informacional, para afastar, como premissa, os efeitos de restrição e exclusividade ínsitos ao direito de autor tradicional, e trazer como novidade a

<sup>355</sup> SASS, Liz Beatriz. **Da (não) justificativa do uso dos direitos de propriedade intelectual para a apropriação da biodiversidade**: a sustentabilidade como limite. 2016. 449 f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2016. p. 70. Disponível em: <[http://www.gedai.com.br/sites/default/files/tese\\_versao\\_a5\\_liz\\_sass.pdf](http://www.gedai.com.br/sites/default/files/tese_versao_a5_liz_sass.pdf)>. Acesso em 12 jun.2017.

<sup>356</sup> ROSE, Carol. **The comedy of the commons**: custom, commerce, and inherently public property. Vol. 53, N. 3, [S.I.]: The University of Chicago Law Review, 1986. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2827&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2827&context=fss_papers)>. Acesso em 13 Jan. 2018.

<sup>357</sup> OSTROM, Elinor. **Governing the commons**: the evolution of institutions for collective action. [S.I.], Cambridge University Press, 1990. Disponível em <[http://wtf.tw/ref/ostrom\\_1990.pdf](http://wtf.tw/ref/ostrom_1990.pdf)>. Acesso em 16 out.2017.

<sup>358</sup> KRETSCHMANN, Ângela. O acesso à cultura e o monopólio de obras intelectuais: onde está o bem público? E para onde vai o direito autoral?. In WACHOWICZ, Marcos (Org.). **Propriedade intelectual & internet**. Vol. II. Curitiba: Juruá, 2011. p. 223-246. p. 239.

<sup>359</sup> SASS, Liz Beatriz. **Da (não) justificativa do uso dos direitos de propriedade intelectual para a apropriação da biodiversidade**: a sustentabilidade como limite. 2016. 449 f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2016. p. 70. Disponível em: <[http://www.gedai.com.br/sites/default/files/tese\\_versao\\_a5\\_liz\\_sass.pdf](http://www.gedai.com.br/sites/default/files/tese_versao_a5_liz_sass.pdf)>. Acesso em 12 jun.2017.

liberdade de acesso e utilização que marcam o paradigma cumulativo e derivativo da criatividade - anterior ao advento da modernidade autoralista, e ora se vê (re)afloar. Dá azo, ainda, há diversas formas de novos negócios em que se misturam bens comuns colaborativos (“commons”) com serviços especializados (“economia comercial”), naquilo que Lawrence Lessig denomina Economia Híbrida.<sup>360</sup>

A seguir, analisar-se-ão os dois exemplos que se encontram na base na postura de “contracultura” do direito de autor (Software Livre e *Creative Commons*), e como eles estão conduzindo o mercado a uma nova forma possível, da economia híbrida informacional, que tem passado a caracterizar progressivamente a criatividade e os negócios na Era da Informação.

### 3.3.1 Primeiro exemplo: Software Livre.

Sem dúvidas, o primeiro, mais notável e bem sucedido exemplo de “contracultura” ao direito de autor advém da comunidade Software Livre, que busca devolver à sociedade algumas liberdades essenciais sobre uso de programas de computador, que desde meados dos anos 1970 passaram a estar ao abrigo da exclusividade do direito de autor.

No Brasil, por exemplo, um programa de computador ou software é concebido, de forma geral, como a “expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada”,<sup>361</sup> sendo protegido, por direito de autor, através da Lei nº 9.609/98<sup>362</sup> e Lei nº 9.610/98.<sup>363</sup> Aliás, muito embora o produto final do programa de computador possa vir a ser objeto de proteção por

<sup>360</sup> LESSIG, Lawrence. **Remix**: making art and commerce thrive in the Hybrid Economy. New York: The Penguin Press, 2008. p. 177.

<sup>361</sup> "Art. 1º Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados." BRASIL. **Lei 9.609, 19 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9609.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9609.htm)>. Acesso em 27 Ago. 2017.

<sup>362</sup> BRASIL. **Lei 9.609, 19 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9609.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9609.htm)>. Acesso em 27 Ago. 2017.

<sup>363</sup> BRASIL. **Lei 9.610, 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 27 Ago. 2017.

diferentes institutos em direito da propriedade intelectual,<sup>364</sup> o cerne da ideia de proteção concedida pelo o artigo 7º, XII, da Lei 9.610/98,<sup>365</sup> e das previsões especiais da Lei de Software (Lei nº 9.609/98), dizem respeito, exclusivamente, à informação nele contida. Ou seja, é o “conjunto organizado de instruções” em linguagem codificada (Código Fonte/Objeto<sup>366</sup>) o objeto de proteção, na condição de “programa de computador”, como consta na Lei Autoral e na Lei de Software.

No Brasil, portanto, assim como na maioria dos países ocidentais, na condição de Obra Literária, cabe ao criador do Software o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor de sua obra,<sup>367</sup> ou mais precisamente, de seu Código Fonte, dependendo de sua prévia autorização quaisquer modalidades de utilização, como por exemplo: reprodução,<sup>368</sup> edição,<sup>369</sup> distribuição,<sup>370</sup> etc.

Conquanto, é relativamente recente o ânimo de proteção ao Software, pela via do direito de autor, e ao conseqüente enclausuramento de seu Código Fonte. Se, atualmente, a rentabilidade do Software e a expansão da pirataria têm movido a grande indústria a pleitear cada vez mais proteção - inclusive por meio do direito da propriedade industrial -, em sua origem, em meados dos anos de 1970, a abertura

<sup>364</sup> Neste tocando, importante considerar que o nome/título do programa pode ser objeto de proteção pelo Direito Macário; eventuais personagens ou figuras públicas (atores, esportistas, etc.) podem ser detentores de direitos de imagem; e a própria embalagem, se caso de software de prateleira, pode ser objeto de proteção por Desenho Industrial.

<sup>365</sup> “Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: (...) XII - os programas de computador;”. BRASIL. **Lei 9.610, 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 27 Ago. 2017.

<sup>366</sup> “A distinção entre Código-Fonte e Código Objeto perpassa o espaço da presente problematização, e não constitui-se elemento essencial para o entendimento. Todavia, merece o registro de que a distinção elementar entre ambos reside no fato de que o Código-Fonte é aquele criado em um editor de textos, contendo os comandos da linguagem de programação, enquanto que o Código-Objeto é aquele criado pela conversão do código-fonte em linguagem de máquina. Para fins do presente pré-projeto, os termos serão utilizados como sinônimos”. PINHO, Márcio Sarroglia. **Programação C/C++**. Porto Alegre: FACIN/PUCRS, [2017?]. Disponível em <<http://www.inf.pucrs.br/~pinho/Laprol/ConceitosBasicos/ConceitosBasicos.htm>>. Acesso em 30 set. 2015.

<sup>367</sup> Art. 28, da Lei nº 9.610/98. BRASIL. **Lei 9.610, 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 27 Ago. 2017.

<sup>368</sup> Art. 29, I, da Lei nº 9.610/98. BRASIL. **Lei 9.610, 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 27 Ago. 2017.

<sup>369</sup> Art. 29, II, da Lei nº 9.610/98. BRASIL. **Lei 9.610, 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 27 Ago. 2017.

<sup>370</sup> Art. 29, VI e VII, da Lei nº 9.610/98. BRASIL. **Lei 9.610, 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 27 Ago. 2017.



do Código (Fonte) permanecia sendo a regra na computação. Neste sentido, estudo encabeçado por Joaquim Falcão<sup>371</sup> revela que, “durante a maior parte dos anos 70, a computação permanecia tendo como regra a abertura do código. O fechamento era exceção, inclusive, mal vista por parte de programadores de maneira geral”.

De acordo com pesquisa promovida por Vanessa Sabino e Fábio Kon,<sup>372</sup> tal situação decorre do fato que, com o surgimento dos primeiros computadores, em meados dos anos 1950, hardware e software eram vendidos conjuntamente, “pois os programas eram fortemente acoplados à arquitetura das máquinas em que eram executados”. Nesta época, prosseguem os pesquisadores, “o foco das empresas era na venda de hardware, e não eram colocadas muitas restrições no uso que as pessoas fariam do software”.<sup>373</sup> Na verdade, apenas na década 1970 este cenário começou a alterar, graças à mudança de postura de empresas como a Microsoft, cujo fundador, Bill Gates, em 03 de fevereiro de 1976, é famoso por ter escrito, de forma precursora, uma Carta Aberta aos Amadores (*Open Letter to Hobbyists*), publicada no boletim de notícias (*newsletter*) do *Homebrew Computer Club*,<sup>374</sup> inflando a independência da criação do software, e a necessidade de proteção contra cópias e modificações não autorizadas, como fator de estímulo a criação de “bons softwares” (*good softwares*).

Para ir de encontro à tendência de fechamento dos Códigos Fontes de programas de computador, através do direito de autor - fortemente encampada por empresas como a Microsoft, e seu fundador, Bill Gates -, foi que Richard Stallman liderou, em 1984,<sup>375</sup> a criação da *Free Software Foundation* (FSF<sup>376</sup>) e a noção de

<sup>371</sup> FALCÃO, Joaquim et al. **Estudo sobre o software livre comissionado pelo instituto nacional da tecnologia da informação (ITI)**. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2005. p. 6. Disponível em: <<http://www.softwarelivre.gov.br/documentos-oficiais/estudo-sobre-o-software-livre>>. Acesso em 07 out. 2015.

<sup>372</sup> SABINO, Vanessa. KON, Fabio. **Licenças de software livre, história e características**. São Paulo: Centro de Competência em Software Livre do Departamento de Ciência da Computação do Instituto de Matemática e Estatística da Universidade de São Paulo, 2009. p. 2. Disponível em <<http://ccsl.ime.usp.br/files/relatorio-licencas.pdf>>. Acesso em 04 out. 2012.

<sup>373</sup> SABINO, Vanessa. KON, Fabio. **Licenças de software livre, história e características**. São Paulo: Centro de Competência em Software Livre do Departamento de Ciência da Computação do Instituto de Matemática e Estatística da Universidade de São Paulo, 2009. p. 2. Disponível em <<http://ccsl.ime.usp.br/files/relatorio-licencas.pdf>>. Acesso em 04 out. 2012.

<sup>374</sup> GATES, Bill. **An open letter to hobbyists**. In REILING, Robert. Newsletter. Mountain View: Homebrew Computer Club, 1976. p. 2. Disponível em <<https://archive.org/stream/hcc0201/Homebrew.Computer.Club.Volume.02.Issue.01.Len.Shustek#page/n0/mode/2up>>. Acesso em 04 out. 2017.

<sup>375</sup> A propósito da história da evolução da noção de *copyleft* e do software livre, vide: CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 17.



*Copyleft*,<sup>377</sup> para devolver à sociedade a liberdade de executar, copiar, distribuir, estudar e melhorar o Software. Desde então, em oposição ao software proprietário, cujo código fonte é protegido pela exclusividade do direito de autor, um programa de computador é considerado (software) “Livre” se os usuários tiverem as quatro liberdades essenciais - executar, copiar, distribuir, estudar, mudar e melhorar o software. Trata-se, portanto, de uma questão de liberdade, e não de preço.<sup>378</sup>

O principal projeto da *Free Software Foundation* foi a criação de um sistema operacional, que viria a ser batizado como “GNU”.<sup>379</sup> Mantendo o nome do projeto, posteriormente ao desenvolvimento final do sistema operacional, foi ele batizado de Linux – em homenagem ao seu criador, Linus Benedict Torvalds - dando origem ao primeiro sistema operacional em Software Livre, atualmente conhecido: o GNU/Linux.

Para garantir que o GNU/Linux permanecesse “livre” criou-se um instrumento jurídico chamado de GNU GPL (*GNU General Public License* ou Licença Pública do GNU), apoiado por inúmeras pessoas e órgãos públicos e privados. Atualmente, inclusive, o Governo Federal da República Federativa do Brasil é um dos incentivadores do projeto, hospedando em portal oficial do Governo Federal as versões, em língua portuguesa, da GNU GPL (Licença Pública do GNU),<sup>380</sup> na qual restam definidos os conceitos essenciais de um Software Livre, bem como os direitos e obrigações daqueles que o distribuem e o utilizam.

Com base neste instrumento, diversas empresas têm se lançado no mercado de Software Livre, por meio de modelos de negócios variados. Para Luiz Gonzaga Adolfo, há basicamente quatro modelos de negócio que envolve o software livre:

---

<sup>376</sup> Acerca da FSF: “The Free Software Foundation (FSF) is a nonprofit with a worldwide mission to promote computer user freedom and to defend the rights of all free software users”. Tradução livre: “A Free Software Foundation (FSF) é uma organização sem fins lucrativos com a missão, em todo o mundo, de promover a liberdade do usuário do computador e defender os direitos de todos os usuários de software livre”. (Tradução nossa). FREE Software Foundation. **About**. [S.l. 2017?]. Disponível em: <www.fsf.org>. Acesso em 27 ago. 2017.

<sup>377</sup> STALLMAN, Richard. **O que é o copyleft?** Disponível em <http://www.gnu.org/copyleft/>. Acesso em 30 set. 2015.

<sup>378</sup> FREE Software Foundation. **A definição de software livre**. [S.l. 2017?]. Disponível em <https://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html>. Acesso em 30 set.2015.

<sup>379</sup> FREE Software Foundation. **What is GNU?**. [S.l. 2017?]. Disponível em <https://www.gnu.org/>. Acesso em 30 set. 2015.

<sup>380</sup> BRASIL **Licença creative commons GNU GPL [Brasil]**. [S.l., 2017?]. Disponível em: <http://www.softwarelivre.gov.br/Licencas/LicencaCcGplBr/view>. Acesso em 27 de setembro de 2015.

(i) distribuição do software open source, acompanhado da posterior venda de suporte ao mesmo (como usualmente mencionado nos Estados Unidos, ‘distribua a receita e depois abra um restaurante’), ou ainda adaptação do open source conforme a necessidade do cliente; (ii) conquista de mercado, pela qual determinado software é distribuído na forma open source, para a posterior venda de outros produtos vinculados a ele; (iii) incorporação do software open source junto com a venda de hardware, barateando custos de licença e o preço final do equipamento como um todo; e (iv) oferecimento de produtos acessórios ao software open source, como cursos, livros, treinamento, desenvolvimento etc.<sup>381</sup>

Consoante se depreende da exposição de Luiz Gonzaga Adolfo, os negócios jurídicos envolvendo Software Livre não prescindem, necessariamente, do elemento financeiro. Diversas possibilidades de composições incorporam aspectos da economia do compartilhamento – que criam valor ignorando o dinheiro - e aspectos da economia comercial – que criam valor a partir do dinheiro. Segundo Lawrence Lessig,<sup>382</sup> as economias, comercial e do compartilhamento, florescerão mais à medida que a tecnologia da Internet se desenvolver. Entretanto, uma terceira forma de “economia”, aparenta estar se desenvolvendo, no seio da Sociedade Informacional, no meio dessas duas formas tradicionais. Trata-se da “economia híbrida”, que segundo Lawrence Lessig,<sup>383</sup> dominará a arquitetura para o comércio na web, bem como trará significativas e radicais mudanças nas formas tradicionais de criação de valor.

Antes, contudo, da devida fundamentação da hodierna economia híbrida informacional, na qual os “commons” passam a ser utilizados com fins econômicos, e voltados para a criação de valor, cumpre trazer a lume um segundo exemplo de “contracultura” ao direito de autor. Trata-se da experiência dos *creative commons*

### 3.3.2 Segundo exemplo: *Creative Commons*.

Um segundo notável e igualmente bem sucedido exemplo de “contracultura” ao direito de autor advém dos *Creative Commons*, que a partir da experiência da

<sup>381</sup> ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação**. 2006. 386 f. Tese (Doutorado em Direito Público) - Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). São Leopoldo, 2006. p. 238. Disponível em <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2472>>. Acesso em 20 ago. 2017.

<sup>382</sup> LESSIG, Lawrence. **Remix: making art and commerce thrive in the Hybrid Economy**. New York: The Penguin Press, 2008. p. 177.

<sup>383</sup> LESSIG, Lawrence. **Remix: making art and commerce thrive in the Hybrid Economy**. New York: The Penguin Press, 2008. p. 177.

comunidade Software Livre, buscaram expandir o espírito de “libertação” para todas as demais obras também protegidas por direito de autor.

Assim como ocorre no Software Livre, os *Creative Commons* não se propõem a negar, por completo, o direito de autor. Pelo contrário, utilizam-se da sua própria estrutura normativa para retirar, como princípio, o padrão de negativa de acesso e utilização que caracteriza o direito de exclusividade do detentor do direito (autoral), para garantir maior liberdade de utilização das obras protegidas, mediante licenças públicas<sup>384</sup> previamente estabelecidas pelos próprios detentores do direito (autoral).

Para Lawrence Lessig,<sup>385</sup> fundador do modelo dos *Creative Commons*, ao passo que a essência do direito de autor é o primado da exclusão (negativa de acesso), para muitos criadores a essência da criatividade respeita o princípio da inclusão e do compartilhamento. Assim, visando a sanar esse descompasso, pela via da iniciativa privada, os *Creative Commons* nascem para fornecer aos detentores do direito (autoral) as ferramentas legais (licenças públicas) e técnicas (metadados e tecnologia de marcação simples) para apontar aos usuários a gama de liberdades que estão concedendo sobre a utilização de suas obras.







Basicamente, o símbolo dos *Creative Commons* é identificado por duas letras “C” em conjunto (“CC”, e.g.), e é aplicada diretamente na obra, a fim de identificar a autoria e as possibilidades de uso que o autor ou detentor do direito está concedendo aos usuários. Atualmente, existem seis tipos de licenças *Creative Commons*, as quais podem ser identificadas na figura 7.

---

<sup>384</sup> A propósito: “Qual o estatuto jurídico dessa nova forma de produção? Ou ainda, como pode o direito dar fundamento a ela? Uma das respostas a esta questão é a criação do modelo colaborativo Creative Commons. Iniciativa concebida pelo Prof. Lawrence Lessig e atualmente sediada na Universidade de Stanford, o Creative Commons tem por objetivo desenvolver licenças públicas, isto é, licenças jurídicas que possam ser utilizada por qualquer indivíduo ou entendida, para que seus trabalhos sejam disponibilizados na forma de modelos abertos”. LEMOS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005. p. 82-83.

<sup>385</sup> Nesse sentido: “The essence of copyright law is a simple default: No. For many creators, the essence of the creativity is: Of course”. Tradução livre: “A essência da lei de direitos autorais é um padrão simples: Não. Para muitos criadores, a essência da criatividade é: ‘é claro’”. (Tradução nossa). LESSIG, Lawrence. **Remix: making art and commerce thrive in the Hybrid Economy**. New York: The Penguin Press, 2008. p. 277.

Figura 7 – Tipos de Licenças *Creative Commons*

SIMBOLO	NOME	SIGLA	DESCRIÇÃO DA LICENÇA
	Atribuição	CC BY	Licença mais flexível. Permite qualquer forma de utilização da obra, exigindo, apenas, a atribuição da autoria da criação original.
	Atribuição – Compartilhável	CC BY -SA	Engloba os requisitos da licença BY, e exige que todas as obras derivadas sejam licenciadas com termos idênticos.
	Atribuição – NãoComercial	CC BY-NC	Engloba os requisitos da licença BY, mas não permite distribuição ou uso comercial.
	Atribuição – SemDerivações	CC BY - ND	Engloba os requisitos da licença BY, mas não permite adaptações ou derivações da obra.
	Atribuição – NãoComercial – Compartilhável	CC BY - NC - SA	Engloba os requisitos das licenças BY – NC e BY – SA, ou seja, não permite distribuição ou uso comercial e exige que obras derivadas sejam licenciadas com termos idênticos.
	Atribuição – NãoComercial – SemDerivações	CC BY – NC - ND	Licença mais restritiva. Engloba os requisitos das licenças BY – NC e BY – ND, ou seja, não permite distribuição ou uso comercial, nem adaptações ou derivações da obra.

Fonte: Elaborado pelo Autor.

Com base nestas licenças (públicas), estabelece-se um novo e importante padrão ao direito de autor. No lugar do tradicional primado da exclusão, representado pelo bordão “todos os direitos reservados” (*All Rights Reserved*), ganha espaço o princípio da inclusão: “alguns direitos reservados” (*Some Rights Reserved*). Neste sentido, expõe Lawrence Lessig:

Movimentos como o Creative Commons nasceram para ajudar as pessoas a ver a diferença entre algum lugar e em todos os lugares. O Creative Commons fornece ferramentas gratuitas para os autores - ferramentas legais (licenças de direitos autorais) e ferramentas técnicas (metadados e tecnologia de marcação simples) para marcar sua criatividade com a liberdade que se pretende conceder. Então, se você é um professor e quer que as pessoas compartilhem seu trabalho, o CC oferece uma ferramenta para sinalizar isso para outros. Ou se você é um fotógrafo e não se importa que outros colem seu trabalho, mas não quer que a revista Time utilize seu trabalho sem sua permissão, então o CC lhe daria uma licença para sinalizar isso. Todas as licenças expressam as liberdades relevantes em três camadas separadas: a uma, uma "ação comum" que expressa as liberdades associadas ao conteúdo em uma forma legível por humanos; a dois, o "código legal", que são as licenças de direitos autorais reais; e a três, metadados em torno do conteúdo que expressa as liberdades contidas nessa licença de direitos autorais em termos que os computadores podem entender. Essas três camadas trabalham juntas para tornar claras as liberdades associadas ao trabalho criativo. Nem todas as liberdades, mas

algumas. Não "Todos os Direitos Reservados" mas "Alguns Direitos Reservados".<sup>386</sup>

Para James Boyle, além do estabelecimento de um novo padrão, de liberdade, os *Creative Commons* criam um - inteiramente novo- domínio comum de obras, que, para além de ações isoladas, tornam-se um bem comum colaborativo ("commons"), aberto a todos os que aderirem aos seus termos.

Essas licenças não são escolhas forçadas. O autor escolhe o que compartilhar e em que termos. Mas esse compartilhamento cria algo diferente, algo novo. Mais do que uma série de ações isoladas, o resultado foi a criação de um "bem comum" global de material aberto a todos, desde que aderisse aos termos das licenças. De repente, foi possível pensar em criar um trabalho inteiramente dentro dos limites de conteúdo das licenças Creative Commons: texto, fotos, filmes, música.<sup>387</sup>

No entendimento de Lawrence Lessig,<sup>388</sup> o modelo *Creative Commons* possui quatro benefícios principais, com relação à postura tradicional do direito de autor. O primeiro deles é a criação de uma cultura de distribuição não comercial (*noncommercial*) de obras, que inexistia na feição tradicional do direito de autor. Em segundo lugar, o fato dos *Creative Commons* tornarem mais simples a identificação do autor ou titular, bem como os direitos atrelados a cada obra. Hodiernamente, os princípios da proteção automática e da necessidade de prévia autorização tomam

---

<sup>386</sup> Texto original da citação: "Movements like the Creative Commons were born to help people see the difference between somewhere and everywhere. Creative Commons gives authors free tools – legal tools (copyright licenses) and technical tools (metadata and simple marking technology) to mark their creativity with the freedom they intend it to carry. So if you're a teacher, and you want people to share your work, CC gives you a tool to signal this to others. Or if you're a photographer and don't mind if others collect your work, but don't want Time magazine to take your work without your permission, then CC would give you a license to signal this. All the licenses express the relevant freedoms in three separate layers: one, a "commons deed" that expresses the freedoms associated with the content in a human readable form; two, the "legal code", that is the actual copyright licenses; and three, metadata surrounding the content that expresses the freedoms contained within that copyright license in terms computers can understand. These three layers work together to make the freedoms associated with the creative work clear. Not all freedoms, but some. Not "All Rights Reserved" but "Some Rights Reserved". LESSIG, Lawrence. **Remix: making art and commerce thrive in the Hybrid Economy**. New York: The Penguin Press, 2008. p. 277/278.

<sup>387</sup> Texto original da citação: "These licenses were not a choice forced on anyone. The author was choosing what to share and under what terms. But that sharing created something different, something new. It was more than a series of isolated actions. The result was the creation of a global "commons" of material that was open to all, provided they adhered to the terms of the licenses. Suddenly it was possible to think of creating a work entirely out of Creative Commons licensed content—text, photos, movies, music". BOYLE, James. **The public domain: enclosing the commons of the mind**. New Haven e Londres: Yale University Press. 2008. p.183. Disponível em <<http://thepublicdomain.org/thepublicdomain1.pdf>>. Acesso em 16 out.2017.

<sup>388</sup> LESSIG, Lawrence. **Remix: making art and commerce thrive in the Hybrid Economy**. New York: The Penguin Press, 2008. p. 278-279.



difícil, quiçá impossíveis, a identificação da autoria/titularidade sobre determinada obra. Em terceiro lugar, o benefício de simplificar a sistemática do direito de autor. Atualmente, os contratos de licenciamento de direitos autorais são redigidos em uma linguagem essencialmente jurídica, e são apreendidos, basicamente, por advogados. Os *Creative Commons*, por outro lado, criam uma linguagem também acessível para os homens, em geral, e para as máquinas. Em quarto, e último lugar, mas não menos importante, os *Creative Commons* “descriminalizam” as cópias não autorizadas, ao alterar a perspectiva do ilícito: ao invés de indagar se uma cópia foi realizada, passa-se a questionar para qual finalidade uma cópia foi realizada.

Presentemente, estima Lawrence Lessig,<sup>389</sup> milhões de obras encontram-se licenciadas nas condições dos *Creative Commons*. Para James Boyle, o grande sucesso advém da liberdade concedida aos autores e detentores de direitos em aderir, ou não, a proposta dos *Creative Commons*. Dito de outra forma: ao contrário dos direitos de autor, que são um modelo obrigatório e inexorável, segmentam a criativa e tornam difícil, quiçá impossível, o acesso de terceiros às obras, a postura do *Creative Commons* apresenta-se como o exercício de uma liberdade - podendo os autores e detentores de direitos a ela aderir, ou não -, além de ser criadora de um “commons” de obras protegidas, com meios de acesso mais amplo e simplificado.

### 3.3.3 Novas formas possíveis: rumo à economia híbrida informacional

A economia híbrida informacional é o formato que, atualmente, comunga as revoluções e descompassos provocados pela Sociedade Informacional, no direito de autor, e vem equalizando as transformações profundas causadas em seu epicentro normativo, a fim de viabilizar sua manutenção, econômica e social. Para Lawrence Lessig,<sup>390</sup> o “híbrido” nasce a partir da interação da perspectiva tradicional do direito de autor (economia comercial) e sua “contracultura” (economia do compartilhamento), cada qual desempenhando suas funções, de forma concomitante.

“Read Only” (RO) e “Read Write” (RW) são as duas terminologias criadas por Lessig para designar essas funções principais desempenhadas pela economia

---

<sup>389</sup> LESSIG, Lawrence. **Remix**: making art and commerce thrive in the Hybrid Economy. New York: The Penguin Press, 2008. p. 277-278.

<sup>390</sup> LESSIG, Lawrence. **Remix**: making art and commerce thrive in the Hybrid Economy. New York: The Penguin Press, 2008. p. 278.



comercial (égide do direito de autor) e do compartilhamento (faceta contracultural), respectivamente.<sup>391</sup> “Read Only” (RO), neste contexto, designa aquela face da cultura comercial que permite, simplesmente, o consumo. A interação do consumidor de um determinado CD com a obra nele fixada, por exemplo, limita-se a audição daquelas músicas. Nada mais. Da mesma forma, quem adquire um livro possui, meramente, o direito de efetuar a leitura do livro. Nada mais. Ou seja, a relação (passiva) do destinatário dos elementos culturais com as obras é de simples consumo.

Para Lawrence Lessig,<sup>392</sup> trata-se, o formato “Read Only” (RO), de um padrão que predominou durante a maior parte do século XX, tendo sido sustentado pelas limitações naturais (*natural limitations*) da tecnologia “analógica”, além das restrições promovidas pela Lei, dando azo a modelos de negócios que criam valor a partir do dinheiro, e são embasados no controle prévio sobre as utilizações das obras protegidas:

A lei apoiou este modelo de negócio. A lei, por exemplo, proibiu um consumidor de fazer mil cópias de seu LP favorito para compartilhar com seus amigos. Mas não era realmente a lei que mais importava ao parar essa forma de "pirataria". Era a economia de fazer uma cópia no mundo da tecnologia analógica. Pelo menos entre os consumidores, era essa natureza do LP que realmente limitava a capacidade do consumidor de ser qualquer outra coisa senão "um consumidor".<sup>393</sup>

A revolução tecnológica digital, na Era da Informação, entretanto, provocou paradigmáticas transformações nestas limitações naturais (*natural limitations*). Tudo aquilo que, antes, era ilegal e, principalmente, de difícil reprodução (cópia), passou a ser, simplesmente, ilegal. Tal aspecto restou fartamente explanado no item “2.2. Revolução e Descompasso”, desta pesquisa, notadamente a partir do diagrama das

---

<sup>391</sup> LESSIG, Lawrence. **Remix: making art and commerce thrive in the Hybrid Economy**. New York: The Penguin Press, 2008. p. 278.

<sup>392</sup> LESSIG, Lawrence. **Remix: making art and commerce thrive in the Hybrid Economy**. New York: The Penguin Press, 2008. p. 37.

<sup>393</sup> Texto original da citação: “The law supported this business model. The law, for exemple, forbade a consumer from making the thousand copies of his favorite LP to share with his friends. But it wasn't really the law that mattered most in stopping this form of "piracy". It was the economics of making a copy in the world of analog technology. At least among consumers, it was this nature of the LP that really limited the consumer's ability to be anything other than ‘a consumer’” LESSIG, Lawrence. **Remix: making art and commerce thrive in the Hybrid Economy**. New York: The Penguin Press, 2008. p. 38.

quatro forças, da autoria de Lawrence Lessig,<sup>394</sup> representado na Figura 1. Ou seja, em uma situação hipotética ilustrativa, o que, de fato, impedia que um adolescente, nos anos 50, efetuasse cópias de suas músicas favoritas para entregar aos amigos, não era simplesmente a Lei (Law), mas o conjunto das quatro forças trabalhadas no diagrama (Figura 1), notadamente a Arquitetura (*Architecture*) e suas limitações tecnológicas naturais. Por isso, a partir da revolução da tecnologia digital a perspectiva “Read Only” (RO) e a respectiva economia comercial passam a enfraquecer, e ceder lugar a um segundo paradigma, “Read Write” (RW), que vem a embasar a economia do compartilhamento.

Neste tocante, de acordo com Henry Jenkins,<sup>395</sup> ao passo que a história da cultura americana, no século XX, pode ser contada em termos do deslocamento da cultura popular (construída pelo povo, de forma amadora) para o controle dos profissionais da comunicação em massa; no século XXI, essa mesma história pode ser contada como a Era do ressurgimento da antiga criatividade popular, eis que, cotidianamente, as pessoas têm tido a oportunidade de aproveitar os benefícios das novas tecnologias para arquivar, anotar, apropriar, remodelar e redimensionar conteúdos de mídia tradicionais, criando novos significados para esses elementos de mídia preexistentes. Trata-se, na terminologia empregada por Lawrence Lessig, da ascensão do “Remix”,<sup>396</sup> elemento essencial da criatividade “Read Write” (RW).<sup>397</sup>

Consoante igualmente explanado no item “2.2. Revolução e Descompasso”, desta pesquisa, a égide desta face “Read Write” (RW) representa o (re)florescimento da natureza cumulativa e derivativa da criativa, já que, a Arquitetura (*Architecture*) de rede, ínsita às novas tecnologias, permite a devolução às pessoas da oportunidade de novamente participarem da criação da cultura que os cerca, para muito além da estática posição de consumidores que a face “Read Only” (RO), da

---

<sup>394</sup> LESSIG, Lawrence. **Free culture**: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity. New York, USA: The Penguin Press, 2005. p. 121.

<sup>395</sup> A propósito: “The story of American arts in the twenty-first century might be told in terms of the public reemergence of grassroots creativity as everyday people take advantage of new technologies that enable them to archive, annotate, appropriate, and recirculate media content”. Tradução livre: “A história das artes americanas no século XXI pode ser contada em termos do ressurgimento público da criatividade popular, pois as pessoas comuns aproveitam as novas tecnologias que lhes permitem arquivar, anotar, apropriar e recircular conteúdo de mídia”. (Tradução nossa). JENKINS, Henry. **Convergence culture**: where old and new media collide. New York and London: New York University Press, 2006. p. 135.

<sup>396</sup> LESSIG, Lawrence. **Remix**: making art and commerce thrive in the Hybrid Economy. New York: The Penguin Press, 2008. p. 76.

<sup>397</sup> LESSIG, Lawrence. **Remix**: making art and commerce thrive in the Hybrid Economy. New York: The Penguin Press, 2008. p. 56.

cultura comercial, os relegou. Dialogando, novamente, com Jeremy Rifkin,<sup>398</sup> pode-se afirmar que o paradigma “Read Write” (RW), que embasa a economia do compartilhamento, é o terreno destes novos “prosumidores” (*prosumers*), ou seja, os antigos consumidores tornando-se seus próprios produtores de mídia.

Segundo Lawrence Lessig,<sup>399</sup> além destas características, “Read Only” (RO) e “Read Write” (RW), predominantes na economia comercial e do compartilhamento, respectivamente, a questão da “motivação”, em cada uma dessas formas de economia é, na verdade, o elemento diferenciador base entre ambas. Assim, ao passo que as relações na economia comercial são orientadas pelo dinheiro (*money-oriented*), as relações na economia do compartilhamento são orientadas por valores sociais (*socially oriented*). Neste sentido, Lessig lembra que, durante o século XIX, a ideia de pagar uma pessoa estranha (profissional) para ouvir seus problemas pessoais poderia parecer ultrajante, eis que tal missão era designada, normalmente e afetivamente, aos familiares e amigos. Hoje, entretanto, chama-se a isso de “terapia”, atividade essencial de psicólogos e psiquiatras (terapeutas).<sup>400</sup>

De forma alguma se pretendeu argumentar que os terapeutas tenham suplantado a função de hospitalidade, ínsito aos amigos. Muito pelo contrário, com o exemplo buscou-se demonstrar que ambas as funções persistem na sociedade atual.<sup>401</sup> Entretanto, ao passo que um terapeuta dispense seu tempo e conhecimento para ouvir problemas de terceiros movido pelo dinheiro, sugerir tal pagamento para um amigo, para a realização da mesma atividade, poderá parecer ofensivo. Isso porque, ao contrário do que ocorre em economias comerciais, na qual o dinheiro é elemento chave, nas relações da economia do compartilhamento, *socially oriented*, o dinheiro é elemento hostil e ofensivo. Mais - prossegue Lessig<sup>402</sup> - enquanto existir a distinção entre economia “comercial” e “do compartilhamento”, adicionar dinheiro em uma atividade antes encarada como *socially oriented*, reduz, ao invés de aumentar, o nível de motivação para a realização da atividade.

<sup>398</sup> RIFKIN, Jeremy. **The zero marginal cost society**: the internet of things, the collaborative commons, and the eclipse of capitalism. [S.l., 2017?]. posição 159. Documento disponível para Kindle.

<sup>399</sup> LESSIG, Lawrence. **Remix**: making art and commerce thrive in the Hybrid Economy. New York: The Penguin Press, 2008. p. 149.

<sup>400</sup> LESSIG, Lawrence. **Remix**: making art and commerce thrive in the Hybrid Economy. New York: The Penguin Press, 2008. p. 149.

<sup>401</sup> LESSIG, Lawrence. **Remix**: making art and commerce thrive in the Hybrid Economy. New York: The Penguin Press, 2008. p. 149.

<sup>402</sup> LESSIG, Lawrence. **Remix**: making art and commerce thrive in the Hybrid Economy. New York: The Penguin Press, 2008. p.150.

Aliás, tal paradoxo foi, também, explanado no item “2.2. Revolução e Descompasso”, desta pesquisa, de maneira especial a partir dos estudos de Clay Shirky<sup>403</sup> e Edward Deci,<sup>404</sup> que concluíram, assim como Lawrence Lessig, que: (i) o dinheiro não é o único elemento motivacional para a execução de determinada atividade, mas outros elementos motivacionais são possíveis de serem encontrados em relações diferentes, e (ii) em determinada hipóteses, inserir o elemento dinheiro nestas outras formas de relação pode acabar, inclusive, esvaziando outros tipos de motivações, notadamente aquelas de natureza intrínseca.

Transportando todos esses aspectos para o direito de autor, chega-se ao paradigma da economia híbrida informacional. Isso porque, as economias “comercial” e “do compartilhamento” não apenas coexistem na atualidade, mas suplantam suas limitações reciprocamente, e dão azo a este novo formato híbrido.

As economias comerciais criam valor com o dinheiro no seu núcleo. Economias do compartilhamento criam valor ignorando o dinheiro. Ambas são importantes para a vida online e offline. Ambas florescerão mais à medida que a tecnologia da Internet se desenvolver. Mas entre essas duas economias há uma terceira economia cada vez mais importante: uma que se baseia tanto na economia compartilhada como nas economias comerciais, que agrega valor a cada uma. Este terceiro tipo - a economia híbrida - dominará a arquitetura para o comércio na Web. Também mudará radicalmente a função de compartilhamento de economias.<sup>405</sup>

No entender de Lawrence Lessig,<sup>406</sup> o formato “híbrido” é, ao mesmo tempo, uma entidade comercial, que visa a alavancar o valor de uma economia do compartilhamento, e uma comunidade de compartilhamento, que constrói valor a partir de entidades comerciais. Justamente, por isso, o software livre, consoante acima examinado, é encarado como o caso paradigma da economia híbrida, já que,

---

<sup>403</sup> A propósito: SHIRKY, Clay. **A cultura da participação**: criatividade e generosidade no mundo conectado. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 71.

<sup>404</sup> A propósito: DECI, Edward L. Effects on externally mediated rewards on intrinsic motivation. **Journal of Personality and Social Psychology**. [S.l.] v. 18. nº 1, 105-115, 1971. p. 105.

<sup>405</sup> Texto original da citação: “Commercial economies build value with money at their core. Sharing economies build value, ignoring money. Both are critical to life both online and offline. Both will flourish more as Internet technology develops. But between these two economies, there is an increasingly important third economy: one that builds upon both the sharing and commercial economies, one that adds value to each. This third type – the hybrid – will dominate the architecture for commerce on the Web. It will also radically change de way sharing economies function”. LESSIG, Lawrence. **Remix**: making art and commerce thrive in the Hybrid Economy. New York: The Penguin Press, 2008. p. 177.

<sup>406</sup> LESSIG, Lawrence. **Remix**: making art and commerce thrive in the Hybrid Economy. New York: The Penguin Press, 2008. p.150.

ao passo que constrói seu valor principal a partir das diversas contribuições livres de uma comunidade, também agrega valor comercial a tal produto por meio de modelos de negócios variados,<sup>407</sup> usualmente envolvendo: (i) venda de suporte especializado ao software livre; (ii) adaptações personalizadas do software livre, para a realidade específica de determinada pessoa, física ou jurídica; ou, ainda, (iii) o barateamento do preço final de venda de um determinada hardware, atrelando-o a um software livre; etc.

Outro exemplo que exprime o predomínio da economia híbrida informacional reside nos entraves comerciais havidos entre um dos mais notáveis estúdios cinematográficos de Hollywood, Warner Brothers, e os inúmeros fãs da franquia Harry Potter. Consoante retratam Henry Jenkins<sup>408</sup> e Lawrence Lessig<sup>409</sup>, ao passo que os fãs de Harry Potter criavam os mais diversos websites, na Internet, para se reconectar com as histórias, traduzindo-as, reescrevendo-as, comentando-as e remixando-as, os estúdios Warner Brothers, que passaram a exercer o controle sobre a obra de J. K. Rowlin, deram início a uma legítima batalha (*Harry Potter Wars*), visando a combater os mais diversos usos de elementos da franquia que nitidamente violavam seus direitos de autor. Para Lawrence Lessig, ao cabo desta batalha, os estúdios Warner Brothers aprenderam o valor do híbrido:

A Warner descobriu que ser menos restritivo com sua propriedade intelectual fortaleceu a fidelidade dos fãs à marca e, portanto, o retorno ao artista. Novamente, se isso for verdade, então, claro, a Warner deve ser menos restritiva com sua PI. E todos devemos estar felizes por isso, porque (a) os artistas da Warner conseguem mais e (b) os direitos de PI não estão restringindo de maneira que limite a liberdade de crianças sem benefícios aos artista da Warner. Mais liberdade é boa, especialmente quando menos liberdade não ajudaria ninguém.<sup>410</sup>

<sup>407</sup> ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obras privadas, benefícios coletivos**: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação. 2006. 386 f. Tese (Doutorado em Direito Público) - Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). São Leopoldo, 2006. p. 238. Disponível em <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2472>>. Acesso em 20 ago. 2017.

<sup>408</sup> JENKINS, Henry. **Convergence culture**: where old and new media collide. New York and London: New York University Press, 2006. p. 169.

<sup>409</sup> LESSIG, Lawrence. **Remix**: making art and commerce thrive in the Hybrid Economy. New York: The Penguin Press, 2008. p.150.

<sup>410</sup> Texto original da citação: "Warner had learned that being less restrictive with its intellectual property strengthened fans' loyalty to the brand and, hence, the return to its artist. Again, if that is true, then of course Warner should be less restrictive with its IP. And we all should be happy about this because (a) Warner's artists succeed more, and (b) IP rights are not restricting in ways that limit the freedom of kids without any benefit to Warner artist. More freedom is good, especially

O paradoxo incompreensível para a perspectiva tradicional do direito de autor, que a Warner Brothers aprendeu após as batalhas em torno da franquia Harry Potter (*Harry Potter Wars*), e que, hoje, são corriqueiras para quem explora comercialmente software livre é no sentido de que, na égide da economia híbrida informacional, menos restrições sobre bens imateriais podem ser mais benéficos para os negócios. Na experiência da Warner Brothers, significa que, *a priori*, algumas formas de “violação” cometida pelos fãs de Harry Potter, na verdade, não ameaçam a natureza comercial da obra, mas, pelo contrário, somam mais valor a ela, pois acabam promovendo-a.

A lição, portanto, é no sentido que: na era do “híbrido” manter um bom e próximo relacionamento com os fãs de uma obra/franquia ou membros de uma comunidade que, ao fim e ao cabo, trabalham de graça para promovê-la, é mais benéfico para os negócios (economia comercial) do que travar batalhas para fazer cumprir as tradicionais restrições ínsitas ao direito de autor; da mesma forma os fãs e membros da comunidade também se beneficiam desta nova postura que permite maior liberdade de relacionamento com os elementos de mídia, para além da estática relação de consumo, “Read Only” (RO).

### 3.4 A *fetichização* do Direito de Autor

Neste ponto, destarte, volta a fazer sentido à retomada da reflexão sobre a pergunta que se propôs logo nas primeiras linhas desta pesquisa – “por que falar em direito autoral?” -, só que, desta vez, parafraseando as palavras assertivas de Ângela Kretschmann: “como seria o mundo sem direito autoral?”<sup>411</sup>

Certamente, trata-se de uma pergunta fundamental, “pois permite que recomeçemos do zero, se desejamos efetivamente questionar para que(m) tem servido as regras de direito autoral”.<sup>412</sup> Ora, “para quem(m) tem servido”, *e.g.*, a manutenção do mito do “incentivo” e da “propriedade” como fundamentos ao direito

---

when less freedom would help no one”. LESSIG, Lawrence. **Remix: making art and commerce thrive in the Hybrid Economy**. New York: The Penguin Press, 2008. p. 211.

<sup>411</sup> KRETSCHMANN, Ângela. O acesso à cultura e o monopólio de obras intelectuais: onde está o bem público? E para onde vai o direito autoral?. In WACHOWICZ, Marcos (Org.). **Propriedade intelectual & internet**. Vol. II. Curitiba: Juruá, 2011. p. 223-246. p. 244.

<sup>412</sup> KRETSCHMANN, Ângela. O acesso à cultura e o monopólio de obras intelectuais: onde está o bem público? E para onde vai o direito autoral?. In WACHOWICZ, Marcos (Org.). **Propriedade intelectual & internet**. Vol. II. Curitiba: Juruá, 2011. p. 223-246. p. 244.



de autor, e da conseqüente *fetichização* do “instrumento” – direito de autor -, em prejuízo dos valores que deveriam preponderar no tratamento da matéria? Ou, ainda, “para quem(m) tem servido” a manutenção do mito do gênio-criador, *fetichizando* a “exclusividade” sobre uma “originalidade” que, na verdade, contradiz a verdadeira natureza cumulativa e derivativa da criatividade?

Até este ponto, a conclusão parcial e mais óbvia que exsurge vai ao sentido de que o direito de autor não pode mais permanecer sendo tratado conforme sua tradição epistemológica legou à humanidade, notadamente a partir da modernidade, essencialmente escorado em caldos ideológicos, econômicos e políticos, mas carente de uma fenomenologia ontológica que justifique sua normatividade. Neste sentido, expõe Julio Raffo.

Deste modo, a ciência normal do Direito autoral padece da carência de fundamentação ontológica e só encontra um fundamento aparente nas palavras das normas ou no prestígio dos autores e juristas que as tenham desenvolvido, que se utilizam de metáforas com pretensão descritiva e que se citam circularmente gerando a aparência de um fundamento que não existe.<sup>413</sup>

Inclusive, sequer o conjunto das “iniciativas privadas”, que se denominou “contracultura” ao direito de autor, conseguiu lograr melhor êxito na superação da faceta *fetichizada* da matéria, ou dos diversos mitos que, ainda hoje, assombram a normatividade autoralista, e trazem à tona os diversos descompassos acima apontados.

Conquanto a postura de “contracultura” ao direito de autor tenha dado azo a momentos profundos e marcantes na readequação da matéria, no seio da Sociedade Informacional, contentou-se a permanecer como um simples “subterfúgio” ao que representa sua tradição epistemológica. E, pior, não raras vezes tem, inclusive, auxiliado, comercialmente, a grande indústria do entretenimento a galgar melhor êxito econômico, como se demonstrou a partir do exemplo das batalhas em torno da franquia Harry Potter (*Harry Potter Wars*). Ou seja, muito embora a “contracultura” ao direito de autor seja um passo importante no desenvolvimento

---

<sup>413</sup> Texto original da citação: “De este modo la ciencia normal del Derecho autoral padece de la carencia de fundamentación ontológica y sólo encuentra un aparente fundamento en las palabras de las normas o en el prestigio de los autores y juristas que las han desarrollado, que usan la metáfora con pretensión descriptiva y que se citan circularmente generando la apariencia de un fundamento que no es tal.” RAFFO, Julio. **Derecho autoral**: hacia um nuevo paradigma. Buenos Aires, Madrid e Barcelona: Marcial Pons. 2011. p. 23.

recente da matéria, sua postura acaba retroalimentando as próprias estruturas do direito de autor. Por isso, de acordo com Ângela Kretschmann, os movimentos de “contracultura” não apenas não se opõem à tradição do direito de autor, como permanecem seu fiel discípulo.

Analisando o copyleft, entendo um pouco estranha afirmação de que o copyleft seria o oposto do copyright porque usa as regras deste para que todos recebam uma versão da obra e possam reproduzi-la, modificá-la e distribuí-la. Na realidade, se o copyleft usa as regras do copyright não pode então estar sendo seu oposto, mas antes seu discípulo. Até porque, o copyleft reserva o direito autoral, não liberta a obra para o domínio público, mas exige que no caso de derivação ou redistribuição, o produto derivado mantenha a mesma licença (o produto derivado da obra caída em domínio público receberá proteção, enquanto no copyleft forma-se uma cadeia de derivações livres). Melhor seria dizer que, não podendo se opor à lei, o copyleft surge como um subterfúgio legal, respeitando o direito do autor que antecipadamente abre mão de seus direitos por uma forma de aproveitamento da criação que repousa em um princípio significativamente distinto do direito de autor.<sup>414</sup>

Assim, com razão conclui Ângela Kretschmann, que a “contracultura” ao direito de autor não é (e nunca foi) uma alternativa ao atual sistema de proteção. Aliás, o próprio Lawrence Lessig reconhece que os *Creative Commons* não são uma resposta final ao problema do descompasso do direito de autor, mas, apenas, um primeiro importante passo em prol de uma reforma racional da matéria.<sup>415</sup> Por isso, novamente comunga-se com Ângela Kretschmann, no sentido de que as posturas de “contracultura” servem como um simples termômetro para a constatação da “insatisfação de grande parte – ou de um número considerável – de pessoas em relação ao sistema de direito autoral”,<sup>416</sup> além de um poderoso instrumento de crítica popular.

Se a crítica ao creative commons é que ele apenas reforça o rigor do sistema, apenas expandido o limite de uso de sua obra, então chegamos ao ponto certo, pois de fato é isso. O creative commons não tem como lutar contra o direito autoral (ao menos diretamente,

<sup>414</sup> KRETSCHMANN, Ângela. O acesso à cultura e o monopólio de obras intelectuais: onde está o bem público? E para onde vai o direito autoral?. In WACHOWICZ, Marcos (Org.). **Propriedade intelectual & internet**. Vol. II. Curitiba: Juruá, 2011. Pp. 223/246. p. 232.

<sup>415</sup> LESSIG, Lawrence. **Remix: making art and commerce thrive in the Hybrid Economy**. New York: The Penguin Press, 2008. p. 279.

<sup>416</sup> KRETSCHMANN, Ângela. O acesso à cultura e o monopólio de obras intelectuais: onde está o bem público? E para onde vai o direito autoral?. In WACHOWICZ, Marcos (Org.). **Propriedade intelectual & internet**. Vol. II. Curitiba: Juruá, 2011. p. 223-246. p. 236.

mas tem como força de pressão pública), e por isso mesmo, refere enfaticamente que 'não quer ir contra o direito', mas 'colaborar' com ele. Com isso, chega-se à questão primordial de crítica ao direito: quer dizer, no momento em que se critica o creative commons porque ele não serve para enfrentar o direito de autor ou se transforma em um modelo 'alternativo' a ele então pelo menos é necessário concluir que o próprio creative commons torna evidente a insatisfação de grande parte – ou de um número considerável – de pessoas em relação ao sistema de direito autoral. Ou seja, o creative commons não é uma alternativa ao direito autoral, mas é, sim, mais do que um instrumento de facilitação ao acesso de obras protegidas (ainda que a partir da exclusiva vontade expressamente manifestada do autor) um poderoso instrumento de crítica popular ao sistema de direito autoral.<sup>417</sup>

A preocupação com a manutenção da unidade e coerência epistemológica do direito de autor é o motivador para ir além do legado dessa história recente, que muito embora tenha sido um passo decisivo na elucidação dos valores dignos de proteção, acaba retroalimentando a base do instrumento que se encontra no epicentro de sua crítica. Por isso, é mandatório transcender-se todos esses fetiches que ainda assombram a matéria, mas que pecam de real significado ou coerência, e apenas contribuem para a fragmentação da estrutura normativa do direito de autor. Apenas, então, poder-se-á avançar para a justificação constitucional que se pretende erigir para fundamentar o direito de autor na Era da Informação.

---

<sup>417</sup> KRETSCHMANN, Ângela. O acesso à cultura e o monopólio de obras intelectuais: onde está o bem público? E para onde vai o direito autoral?. *In* WACHOWICZ, Marcos (Org.). **Propriedade intelectual & internet**. Vol. II. Curitiba: Juruá, 2011. p. 223-246. p. 236.

## 4 PONTES HERMENÊUTICAS PARA O DIREITO DE AUTOR: EM BUSCA DE UMA JUSTIFICAÇÃO CONSTITUCIONAL

### 4.1 O “Déficit Filosófico” do Direito de Autor

Consoante visto até este ponto, as razões (teorias) tradicionais da propriedade intelectual são insuficientes para justificar a existência do direito de autor, e dão azo à sensação de crise e descompasso advinda com a Sociedade Informacional, notadamente a Internet e sua nova arquitetura comunicacional. Inclusive, sequer as posturas de “contracultura” ao direito de autor, em que pese, de fato, tenham dado ensejo a momentos profundos e marcantes na readequação da matéria, no seio da Sociedade Informacional, conseguiram lograr melhor êxito em reformas concretas na normatividade autoralista, para além de permanecer um simples “subterfúgio” ao que representa sua tradição epistemológica.

De acordo com Victor Drummond,<sup>418</sup> tal situação de crise explica-se, também, pelo fato que, desde o seu início como categoria jurídica, o direito de autor jamais foi ambientado, interpretado e desenvolvido com a análise da filosofia, mas “bordeado por conceitos econômicos, políticos e de representatividade de interesses, muitas vezes sequer diretamente relacionados ao sujeito-criador”.<sup>419</sup> Trata-se do denominado “déficit filosófico” do direito de autor, cuja mínima densidade filosófica, prossegue Victor Drummond, é a responsável por atribuir “valores equivocados, justificando o direito de autor, por exemplo, pelo utilitarismo, pelas teses lockeanas proprietaristas, pela exacerbada consideração humanista atribuída a Kant”<sup>420</sup>, ou seja, por justificativas filosóficas do direito de autor não suficientemente definidas, compreendidas, ou discutidas.

---

<sup>418</sup> DRUMMOND, Victor Gameiro. O “déficit filosófico do direito de autor” e os privilégios monopolistas dos sistemas de copyright e de droit a’auteur. **Conpedi Law Review**, [S.l.], v. 1, n. 14, jun. 2016. p. 64. Disponível em: <<http://portaltutor.hospedagemdesites.ws/index.php/conpedireview/article/view/185>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

<sup>419</sup> DRUMMOND, Victor Gameiro. O “déficit filosófico do direito de autor” e os privilégios monopolistas dos sistemas de copyright e de droit a’auteur. **Conpedi Law Review**, [S.l.], v. 1, n. 14, jun. 2016. p. 64. Disponível em: <<http://portaltutor.hospedagemdesites.ws/index.php/conpedireview/article/view/185>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

<sup>420</sup> DRUMMOND, Victor Gameiro. O “déficit filosófico do direito de autor” e os privilégios monopolistas dos sistemas de copyright e de droit a’auteur. **Conpedi Law Review**, [S.l.], v. 1, n. 14, jun. 2016. p. 67. Disponível em: <<http://portaltutor.hospedagemdesites.ws/index.php/conpedireview/article/view/185>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

Neste sentido, atribuir a Descartes, Locke, J.S. Mill, Bentham, Kant, Hegel, Fichte ou a qualquer outro filósofo a responsabilidade de uma construção efetiva do direito de autor é inadequado, e cientificamente inoportuno, para dizer o mínimo. O que deve ser salientado é que a força de ideias e argumentos que formam um ambiente de compreensão de fundamentos para uma categoria de direito serviram, também neste caso, para explicar ou desenvolver fundamentos (futuros) do direito de autor. Neste sentido, não se pode afirmar que Kant foi o criador do direito de autor para os países de *droit d'auteur* e nem que Locke teria sido o pai do sistema de *copyright* ou da propriedade intelectual (*intellectual property*).<sup>421</sup>

É crucial na compreensão do conceito de “déficit filosófico”, o fato de que o desenvolvimento histórico do direito de autor não teve como fundamento a reflexão de uma justificativa eminentemente filosófica, mas, sim, aspectos de cunho essencialmente econômico ou político, seja no âmbito de sua “estória”, ou de suas teorias “filosóficas”,<sup>422</sup> que, ao fim e ao cabo, para Victor Drummond, não passam de “tentativas de justificar razões econômicas”,<sup>423</sup> *a posteriori* ou *ex post facto*, e “falsear o conhecimento”.<sup>424</sup>

A partir da perspectiva hermenêutica, entretanto, que vem causando uma revolução copernicana na Teoria do Direito, percebe-se que o “abismo gnosiológico” que ‘separa’ o homem das coisas e da compreensão acerca de como elas são<sup>425</sup> não depende “de pontes que venham a ser construídas, paradoxalmente, depois que a travessia (antecipação de sentido) já tenha sido feita”<sup>426</sup>, tal como operam as

<sup>421</sup> DRUMMOND, Victor Gameiro. O “déficit filosófico do direito de autor” e os privilégios monopolistas dos sistemas de copyright e de *droit a'auteur*. **Conpedi Law Review**, [S.l.], v. 1, n. 14, jun. 2016. p. 63. Disponível em: <<http://portaltutor.hospedagemdesites.ws/index.php/conpedireview/article/view/185>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

<sup>422</sup> De acordo com Willian Fisher, há quatro perspectivas que atualmente dominam a Teoria sobre Propriedade Intelectual. São elas: Teoria Utilitarista (Utilitarianism), Teoria do Trabalho (Labor Theory), Teoria da Personalidade (Personality Theory) e Teoria do Plano Social (Social Planning Theory). FISHER, Willian. **Theories of intellectual property**. Disponível em: <https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/iptheory.pdf>. Acesso em 10 de dezembro de 2016.

<sup>423</sup> DRUMMOND, Victor Gameiro. O “déficit filosófico do direito de autor” e os privilégios monopolistas dos sistemas de copyright e de *droit a'auteur*. **Conpedi Law Review**, [S.l.], v. 1, n. 14, jun. 2016. p. 81. Disponível em: <<http://portaltutor.hospedagemdesites.ws/index.php/conpedireview/article/view/185>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

<sup>424</sup> DRUMMOND, Victor Gameiro. O “déficit filosófico do direito de autor” e os privilégios monopolistas dos sistemas de copyright e de *droit a'auteur*. **Conpedi Law Review**, [S.l.], v. 1, n. 14, jun. 2016. p. 81. Disponível em: <<http://portaltutor.hospedagemdesites.ws/index.php/conpedireview/article/view/185>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

<sup>425</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 449

<sup>426</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 449

“teorias filosóficas” na busca de justificar o direito de autor. Conforme alerta Lenio Streck, “o intérprete não ‘decide’ para depois ‘fundamentar’”.<sup>427</sup> Se isso fosse verdadeiro, seria possível alcançar o outro lado do abismo gnosiológico do conhecimento e depois construirmos a ponte pela qual “já teríamos passado”.<sup>428</sup> As “teorias filosóficas” do direito de autor, além do seu escopo econômico, caem na armadilha filosófica denunciada por Streck, já que “o próprio sujeito/intérprete constrói a ponte para atravessar o abismo gnosiológico que o separa dos objetos”.<sup>429</sup> Por isso, com razão, Victor Drummond as acusa de “falsear o conhecimento”.<sup>430</sup>

Para suprir tal deficiência, a presente investigação procedeu, até este ponto, a uma incursão ético-filosófica na tradição epistemológica do direito de autor, visando a, em um primeiro momento, desvelar a crise de seus fundamentos, assim como os descompassos e fetiches que maculam sua integridade normativa – consoante visto nos dois capítulos anteriores -, para, então, neste segundo momento – conforme se passará a explicitar neste terceiro capítulo -, poder dialogar com a perspectiva da hermenêutica filosófica, em sua dimensão ética, para buscar condições epistemológicas que sirvam de elemento estruturante para a construção de uma nova justificação para o direito de autor, mais afeta ao paradigma constitucional vigente no Brasil desde 1988, e com vistas à promoção dos direitos fundamentais sociais à cultura e à educação.

## 4.2 Pontes hermenêuticas para o Direito de Autor

Se a Teoria do Direito sofreria profundas transformações com a virada linguística (*linguistic turn*) e as críticas hermenêuticas operadas por Lenio Streck, o de direito de autor não passaria imune a essas transformações – em que pese o fenômeno tenha passado, aparentemente, despercebido pela maior parte da doutrina autoralista, até o presente momento.

<sup>427</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 406

<sup>428</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 406

<sup>429</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 568

<sup>430</sup> DRUMMOND, Victor Gameiro. O “déficit filosófico do direito de autor” e os privilégios monopolistas dos sistemas de copyright e de droit a’auteur. **Conpedi Law Review**, [S.l.], v. 1, n. 14, jun. 2016. p. 81. Disponível em: <<http://portaltutor.hospedagemdesites.ws/index.php/conpedireview/article/view/185>>. Acesso em: 10 dez. 2016.



Neste sentido, Victor Drummond ganha posição de destaque no processo de tomada de consciência da importância da hermenêutica, enquanto filosofia ética, para o direito de autor, conforme se denota, *in verbis*:

Entendo que a perspectiva hermenêutica e o *linguistic turn* conduzem a que a própria natureza e gênese do direito de autor tenha que ser revista. Como consequência, se algum dia o direito de autor foi visto como categoria que pretendeu garantir exclusividades àqueles que permitiram a (posterior) produção de obras, essa perspectiva deve ser revista como decorrência de ter havido um déficit filosófico do direito de autor.<sup>431</sup>

Com efeito, tal qual na Teoria do Direito, a virada linguística (*linguistic turn*) e as críticas hermenêuticas operadas por Lenio Streck – e trabalhadas por Victor Drummond - inserem a linguagem na pauta do direito de autor, permitindo erigir-se uma justificação genuinamente filosófica para a matéria, escorada na proteção do elemento fundamental para o processo criativo, o sujeito-criador, nesta nova perspectiva do direito de autor revisitado e reinterpretado pela hermenêutica filosófica.

Oportuno referir que, mais adiante, a questão do “sujeito-criador” será retomada. Por ora, entretanto, cumpre mencionar que, para Victor Drummond, “o uso indiscriminado das expressões autor, criador, titular, sujeito de direito de autor, titular de direitos conexos, dificulta mais do que facilita a comunicação, viciada em confusões terminológicas das mais variadas espécies”.<sup>432</sup> Por isso, “considerando esta confusão terminológica que traz reflexões na semântica e na aplicação do Direito, para dizer o mínimo”,<sup>433</sup> Victor Drummond propõe a utilização da expressão, “sujeito-criador”, para nomear o sujeito participante do processo criativo, que, por sua vez, engloba um conjunto mais amplo de atividades cognitivas e intelectuais.

---

<sup>431</sup> DRUMMOND, Victor Gameiro. **Em busca do “juiz plagiador”**: contribuições para a teoria da decisão baseada na hermenêutica jurídica sob o olhar do direito de autor. Florianópolis: Empório do Direito. 2017. p. 51/52.

<sup>432</sup> DRUMMOND, Victor Gameiro. **Em busca do “juiz plagiador”**: contribuições para a teoria da decisão baseada na hermenêutica jurídica sob o olhar do direito de autor. Florianópolis: Empório do Direito. 2017. p. 43/44

<sup>433</sup> DRUMMOND, Victor Gameiro. **Em busca do “juiz plagiador”**: contribuições para a teoria da decisão baseada na hermenêutica jurídica sob o olhar do direito de autor. Florianópolis: Empório do Direito. 2017. p. 43/44

Evidentemente, não se ignora as “Teorias Contemporâneas da Autoria”,<sup>434</sup> desenvolvidas no século XX, que inserem a impessoalidade e a linguagem (de forma incipiente) como elementos para provocar uma suposta “morte do autor”,<sup>435</sup> trazendo relativa autonomia à obra, assim como acusando a importância do receptor da obra no processo cognitivo-interpretativo de formação do sentido. Entretanto, ainda aqui a linguagem é trabalhada como uma ferramenta dentro do direito de autor, única e exclusivamente para operar uma crítica da exacerbada noção de “gênio-criador”. Além disso, tais “teorias”, para além de seu aspecto crítico (no sentido desconstrutivo do termo), pouco contribuem na elucidação de uma justificação para, então, alimentar o direito de autor, após sua suposta paradoxal morte.

A partir de Victor Drummond, valendo-se da crítica hermenêutica operada por Lenio Streck, conquanto, ganha destaque a denúncia de que a linguagem não é uma mera ferramenta, mas, sim, parte do processo criativo.<sup>436</sup> Nas palavras de Victor Drummond: a linguagem é o *locus* da expressão artística e criativa<sup>437</sup>, a quem deve socorrer o direito de autor revisitado pela hermenêutica filosófica, visando a manutenção da circularidade cultural que permite a articulação de diversas funções ao direito de autor, todas elas voltadas à promoção de direitos fundamentais sociais.

Para o fim de esmiuçar esse entendimento, proceder-se-á, a seguir, uma imersão na concepção da hermenêutica filosófica, demonstrando sua íntima relação com o direito de autor, para, então, poder-se erigir os elementos estruturantes (pontes) para a justificação constitucional que, ao final, pretende-se construir.

<sup>434</sup> A propósito das Teorias Contemporâneas da Autoria, *vide*: CARBONI, Guilherme. **Direito autoral e autoria colaborativa**: na economia da informação em Rede. São Paulo: Quartie Latin, 2010. p. 63/75.

<sup>435</sup> BARTHES, Rolando. **The death of the author**. In Image-Music-Text. New York: Hill and Wangs, 1977. p. 142/148.

<sup>436</sup> A propósito: “Language is not a simple tool; instead, it is part of the linguistic process.” DRUMMOND, Victor Gameiro. O círculo criativo: porque a viragem linguística interessa filosoficamente ao direito de autor. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, p. 74-81, janeiro-junho 2013. p. 76. Disponível em <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.51.08>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

<sup>437</sup> A propósito: “Therefore, language is the locus of artistic and creative expression.” DRUMMOND, Victor Gameiro. O círculo criativo: porque a viragem linguística interessa filosoficamente ao direito de autor. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, p. 74-81, janeiro-junho 2013. p. 76. Disponível em <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.51.08>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

#### 4.2.1 A Hermenêutica Filosófica e a Virada Linguística.

De acordo com Lenio Streck, “a palavra hermenêutica deriva do grego *hermeneuein*”,<sup>438</sup> tendo adquirido vários significados ao longo da história. Um dos principais sentidos que lhe foram atribuídos é o de “traduzir para uma linguagem acessível aquilo que não é compreensível”.<sup>439</sup> Justamente por isso, afirma Streck, é que se justifica o vínculo tradicional da hermenêutica com a figura de Hermes,<sup>440</sup> “um mensageiro divino, que transmite – e, portanto, esclarece – o conteúdo da mensagem dos deuses aos mortais”.<sup>441</sup> Trata-se, pois, de uma intermediação, já que, na verdade, “nunca se soube o que os deuses disseram; só o que Hermes disse acerca do que os deuses disseram”.<sup>442</sup> Por conseguinte, completa Streck, “a menos

<sup>438</sup> STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica. In BARRETO, Vicente de Paulo. (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo. Editora Unisinos. Rio de Janeiro, Renovar, 2009. p. 430-434. p. 430.

<sup>439</sup> STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica. In BARRETO, Vicente de Paulo. (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo. Editora Unisinos. Rio de Janeiro, Renovar, 2009. p. 430-434. p. 430.

<sup>440</sup> Para uma versão mais lúdica da metáfora de Hermes, cumpre a transcrição de ensinamento de Vicente de Paulo Barreto, *in verbis*: “A palavra ‘hermenêutica’ origina-se do latim tardio ‘hermeneutics’, que por sua vez deita sua raiz no grego, ‘hermeneuein’. A palavra, tanto em grego, como em latim, refere-se às atividades da inteligência humana que, de um forma ou de outra, lembram as façanhas do deus grego Hermes. Deus de segunda categoria, não se posicionando no nível mais alto da hierarquia do Olimpo, Hermes, entretanto, representou no mundo mitológico helênico qualidades e características que também podem ser encontradas na hermenêutica contemporânea. Desde as primeiras vinte e quatro horas de sua vida, Hermes, filho de Zeus e da ninfa Maia, demonstrou habilidades que o diferenciaram dos demais deuses gregos. No dia do seu nascimento, fugiu do berço e, encontrando uma tartaruga, matou-a e fabricou a primeira lira; no mesmo dia, chegou a Pireia, onde roubou 50 cabeças de gado pertencentes a Apolo, matou duas delas e fez o primeiro sacrifício religioso, com carne animal, oferecido aos deuses. Hermes foi, também, o emissário de importantes missões divinas, tendo sido ele que, como mensageiro de Zeus, transmitiu o ultimato a Prometeu. Como mensageiro dos deuses, Hermes tinha três qualidades: conhecia a língua dos deuses e a língua dos homens e, mais importante, sabia como interpretar a vontade dos deuses. Por todos os seus feitos, Hermes é um deus hábil, mais interessado em convencer do que em impor a sua vontade, sendo conhecido por seus dotes de disfarce, mágicos, de engano, e por isso foi chamado nos *Hinos Homéricos* de ‘príncipe dos ladrões’. Era, portanto, um mensageiro qualificado que servia canal de comunicação entre o Olimpo e o mundo dos homens, levando para esses as mensagens, as notícias e as ordens dos deuses. Hermes é, portanto, um deus que para bem cumprir a sua missão conhecia múltiplas técnicas e as artes da magia. Trata-se, portanto, de um personagem habilidoso em esconder os seus reais objetivos, como usar sandálias para disfarçar as marcas dos seus pés. Exatamente, por recorrer mais à inteligência do que à força, Hermes é o menos guerreiro dos deuses mitológicos, preferindo a persuasão ao uso das armas, sendo com frequência considerado como o patrono dos oradores”. BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 119.

<sup>441</sup> STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica. In BARRETO, Vicente de Paulo. (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo. Editora Unisinos. Rio de Janeiro, Renovar, 2009. p. 430-434. p. 430.

<sup>442</sup> STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica. In BARRETO, Vicente de Paulo. (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo. Editora Unisinos. Rio de Janeiro, Renovar, 2009. p. 430-434. p. 430.

que se acredite na possibilidade de acesso direto às coisas (enfim, à essência das coisas), é na metáfora de Hermes que se localiza toda a complexidade do problema hermenêutico”;<sup>443</sup> ou seja, na questão da *compreensão*. Dito de outra forma, na indagação das “condições de acesso do homem ao conhecimento acerca das coisas”; ou, ainda, na atribuição de sentido às coisas.<sup>444</sup>

Começou-se citando Lenio Streck, pois sua *Crítica Hermenêutica do Direito*, notadamente na obra “*Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*”,<sup>445</sup> será o fio condutor principal desta investigação hermenêutica, que dará espaço privilegiado à viragem hermenêutico-ontológica, provocada por *Sein und Zeit* (1927)<sup>446</sup> de Martin Heidegger, e à hermenêutica filosófica, de Hans-Georg Gadamer, em *Wahreit und Methode* (1960),<sup>447</sup> para, ao final, culminar na aproximação do direito de autor com a hermenêutica (ontológico-filosófica), provocada por Victor Drummond - cujo trabalho<sup>448</sup> possui como fio condutor os três autores anteriormente citados.

Cumprе especial destaque que, muito embora, originalmente, a atividade hermenêutica tenha se limitado à “teoria ou arte da interpretação e compreensão de textos, cujo objetivo precípua consiste em descrever como se dá o processo interpretativo compreensivo”,<sup>449</sup> após Heidegger “o fundo metodológico que reveste o sentido da hermenêutica na tradição será destruído”,<sup>450</sup> e reconstruído em novas

---

<sup>443</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica*. In BARRETO, Vicente de Paulo. (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo. Editora Unisinos. Rio de Janeiro, Renovar, 2009. p. 430-434. p. 430.

<sup>444</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica*. In BARRETO, Vicente de Paulo. (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo. Editora Unisinos. Rio de Janeiro, Renovar, 2009. p. 430-434. p. 430.

<sup>445</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

<sup>446</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 15. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

<sup>447</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

<sup>448</sup> A propósito, *vide*: DRUMMOND, Victor Gameiro. **Em busca do “juiz plagiador”**: contribuições para a teoria da decisão baseada na hermenêutica jurídica sob o olhar do direito de autor. Florianópolis: Empório do Direito, 2017; DRUMMOND, Victor Gameiro. O “déficit filosófico do direito de autor” e os privilégios monopolistas dos sistemas de copyright e de droit d’auteur. **Conpedi Law Review**, [S.l.], v. 1, n. 14, p. 58-83, jun. 2016. Disponível em: <<http://portaltutor.hospedagemdesites.ws/index.php/conpedireview/article/view/185>>. Acesso em: 10 dez. 2016; DRUMMOND, Victor Gameiro. O círculo criativo: porque a viragem linguística interessa filosoficamente ao direito de autor. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, p. 74-81, janeiro-junho 2013. Disponível em <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.51.08>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

<sup>449</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 233.

<sup>450</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 241.

bases filosóficas (existenciais) – reconstrução, esta, aliás, posteriormente encampada por Gadamer, dando azo à hermenêutica filosófica.

A partir de Heidegger a hermenêutica terá raízes existenciais porque se dirige para compreensão do ser-dos-entes. Se nos paradigmas anteriores vigia a crença de que primeiro interpretamos – através de um método – para depois compreender, Heidegger nos mostra a partir da descrição fenomenológica realizada pela analítica existencial de *Ser e Tempo* que *compreendemos para interpretar*. A interpretação é sempre derivada da compreensão que temos do *ser-dos-entes*. Ou seja, originalmente o *Ser-aí* compreende o ente em seu ser e, de uma forma derivada, torna explícita essa compreensão através da interpretação.<sup>451</sup>

De acordo com Lenio Streck, “Heidegger radicaliza o problema hermenêutico de modo a introduzir nele algo que se poderia chamar de elementos antropológicos”.<sup>452</sup> Segundo Ernildo Stein, “até Heidegger, todos os filósofos, ainda que não fossem cristãos ou não aceitassem explicitamente a teologia grega, movimentavam-se dentro de um horizonte de temas e linguagens filosóficos marcados pela ontoteologia”.<sup>453</sup> Em nenhum dos filósofos, até Heidegger, prossegue Stein, “observou-se uma atitude consciente, buscando a libertação de cargas da tradição filosófica típicas da metafísica: Deus, causalidade, intuição-abstração, intelecto agente, finito-infinito, etc.”,<sup>454</sup> marcada por aspectos pseudofilosóficos, teológicos, “de áreas não exploráveis pelo simples esforço humano de reflexão”.<sup>455</sup> A grande inovação por ele promovida, que Lenio Streck denomina “elementos antropológicos”, é a constituição do homem como ideia-eixo do pensamento filosófico.

A idéia-eixo do pensamento de Heidegger parte do homem. Isto quer dizer que apenas admite o que o esforço do filósofo, apoiado no método fenomenológico, pode extrair da nua realidade humana, analisada em suas dimensões mais radicais e em suas estruturas mais tipicamente constitutivas. É um pensamento que tem como único pressuposto o homem; e que, implacavelmente, expurga os

<sup>451</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 241.

<sup>452</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 235.

<sup>453</sup> STEIN, Ernildo. **Uma breve introdução à filosofia**. Coleção Filosofia, 1. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2005. p. 178.

<sup>454</sup> STEIN, Ernildo. **Uma breve introdução à filosofia**. Coleção Filosofia, 1. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2005. p. 178.

<sup>455</sup> STEIN, Ernildo. **Uma breve introdução à filosofia**. Coleção Filosofia, 1. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2005. p. 178.

elementos heterônomos e expulsa as evidências impostas pela tradição.<sup>456</sup>

A partir destes “elementos antropológicos”, afirma Lenio Streck, “o filósofo pôde compreender que toda compreensão – seja compreensão de um texto ou da própria história – se encontra já fundamentada em uma compreensão que o ser humano tem de si mesmo”<sup>457</sup> – daí, aliás, aponta Ernildo Stein, vem a ideia do círculo hermenêutico, no sentido mais profundo:

Então a ontologia fundamental é caracterizada por esse círculo: estuda-se aquele ente que tem por tarefa compreender o ser e, contudo, para estudar esse ente que compreende o ser, já é preciso ter compreendido o ser. O ente homem não compreende a si mesmo sem compreender o ser, e não compreende o ser sem compreender-se a si mesmo; isso numa espécie de esfera atepredicativa que seria objeto da exploração fenomenológica – daí vem a ideia de círculo hermenêutico, no sentido mais profundo.<sup>458</sup>

Por isso, desde Heidegger, “todas as estruturas fundamentais da existência humana passam a ser pensadas e analisadas a partir desta dimensão hermenêutica que fundamenta a própria existência”<sup>459</sup>. Em outras palavras, “com Heidegger, a hermenêutica deixa de ser normativa e passa a ser filosófica”.<sup>460</sup>

Para fins didáticos, Lenio Streck segmenta em três as principais inovações advindas com Heidegger para a filosofia:

- 1) do uso restrito a textos, a hermenêutica passa a ser referir às estruturas fundamentais do ser humano;
- 2) como para interpretar um texto ou uma ação de outra pessoa, devemos pressupor uma compreensão existencial de nós mesmos, a prioridade da interpretação sede lugar à compreensão de modo que, não se interpreta para compreender, mas se compreende para interpretar;
- 3) o necessário ideal de transparência que se encontrava por detrás das posturas hermenêuticas tradicionais e que possibilitava a crença de que seria possível encontrar um método rígido e definitivo para

<sup>456</sup> STEIN, Ernildo. **Uma breve introdução à filosofia**. Coleção Filosofia, 1. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2005. p. 178/179.

<sup>457</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 235.

<sup>458</sup> STEIN, Ernildo. **Racionalidade e existência**: uma introdução à filosofia. Porto Alegre e São Paulo: L&PM, 1988. p. 79.

<sup>459</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p p. 235/6.

<sup>460</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.p. 248.



evitar erros e mal entendidos, no interior da hermenêutica heideggeriana desaparece.<sup>461</sup>

É a partir da experiência de Heidegger, aliás, que Hans-Georg Gadamer desenvolverá as bases de sua hermenêutica filosófica. Segundo Gadamer, “a disciplina clássica que se ocupa da arte de compreender textos, é a hermenêutica”,<sup>462</sup> cuja tarefa, entretanto, “não é desenvolver um procedimento de compreensão, mas esclarecer as condições sob as quais surge a compreensão”.<sup>463</sup> Na trajetória de seu pensamento, Gadamer parte de Schleiermacher, passando por Dilthey, e chega a Husserl e Heidegger, quem segue “em primeiro lugar”<sup>464</sup> na construção das bases de sua hermenêutica filosófica:

A dimensão do problema hermenêutico foi desacreditado pela consciência histórica e pela versão psicológica que Schleiermacher deu à hermenêutica, e só pôde ser recuperada quando se tornaram patentes as aporias do historicismo e quando estas conduziram finalmente àquela mudança de rumo, nova e fundamental, para a qual, na minha opinião, o trabalho de Heidegger deu o mais decisivo impulso. Pois a distância de tempo em sua produtividade hermenêutica só pôde ser pensada a partir da mudança de rumo ontológico que Heidegger deu à compreensão como um ‘existência’ e a partir da interpretação temporal que aplicou ao modo de ser da presença.<sup>465</sup>

Até que se culminasse na *ontologische-Wendung* provocada pelas obras de Heidegger e Gadamer, conquanto, a hermenêutica desenvolveu-se ao longo de três estágios identificados por Lenio Streck, a partir das influências de Gadamer em *Warheit und Methode*: primeiramente, o estágio da *hermenêutica especial* - “disciplina especial para interpretação de textos (sacros, profanos e jurídicos)”<sup>466</sup>; em segundo lugar, o estágio da *teoria geral da interpretação* - “com Dilthey e seu projeto de emancipação metodológica das Ciências do Espírito”<sup>467</sup>; e, em terceiro

<sup>461</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 236.

<sup>462</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997. p. 262

<sup>463</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997. p. 442

<sup>464</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997. p. 399

<sup>465</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997. p. 445.

<sup>466</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 237.

<sup>467</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 237.

lugar, o estágio da *hermenêutica fundamental* – “enquanto reflexão cravada nas estruturas concretas no ser humano, tal qual descrevem Heidegger e Gadamer”.<sup>468</sup>

O primeiro destes estágios - da *hermenêutica especial* –, também denominado por Gadamer de “Hermenêutica Clássica”,<sup>469</sup> possui como marca uma configuração não unitária dos estudos hermenêuticos, voltados para a interpretação dos textos sagrados (hermenêutica teológica), das alegorias que apareciam nos textos da literatura clássica (hermenêutica filológica) e das compilações romanas (hermenêutica jurídica). De acordo com Streck, já nessa época “começam a aparecer os conceitos hermenêuticos fundamentais tais quais: interpretação, compreensão e aplicação”,<sup>470</sup> além do estabelecimento de uma das preocupações essenciais da hermenêutica: ser um “contraponto refletido contra qualquer tipo de absolutismo dogmático”.<sup>471</sup>

O segundo estágio – da *teoria geral da interpretação* – é aquele que, para Streck, irá proporcionar os contornos mais sofisticados à hermenêutica, a partir do romantismo alemão, chegando, inclusive, a tematizá-la como “filosofia dotada de uma universalidade”.<sup>472</sup> O principal expoente deste estágio é o teólogo alemão Schleiermacher, que dá origem à primeira concepção de um círculo hermenêutico, aprendido, entretanto, pela via do método.

Por fim, o terceiro estágio – da *hermenêutica fundamental* – é aquele que irá observar a radicalização do problema hermenêutico, mediante a inserção do *elemento antropológico (Ser)*,<sup>473</sup> e o início do conseqüente processo de superação “dos paradigmas metafísicos objetivista aristotélico-tomista e subjetivista (filosofia da consciência)”.<sup>474</sup> Ao menos três axiomas da hermenêutica clássica são colocados em cheque neste terceiro estágio: 1) o uso restrito da hermenêutica para a interpretação de textos; 2) a prioridade da interpretação sobre a compreensão; 3) a estrutura

<sup>468</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 237.

<sup>469</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 238.

<sup>470</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 238.

<sup>471</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 238.

<sup>472</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 238.

<sup>473</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 235.

<sup>474</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 233.

metodológica como meio formal para a garantia de certeza e objetividade do processo interpretativo.

Graças aos dois teoremas fundamentais de Martin Heidegger - o círculo hermenêutico<sup>475</sup> e a diferença ontológica<sup>476</sup> - passa-se a compreender, finalmente, que: o “*homem (Ser-aí)* compreende a si mesmo e compreende o *ser (círculo hermenêutico)* na medida em que pergunta pelos *entes* em seu *ser (diferença ontológica)*”.<sup>477</sup> Dito de outra forma:

Para interpretar, necessitamos compreender; para compreender, temos que ter uma pré-compreensão, constituída de estrutura prévia do sentido – que se funda essencialmente em uma posição prévia (Vorhabe), visão prévia (Vorsicht) e concepção prévia (Vorgriff) – que já une todas as partes do sistema.<sup>478</sup>

Conforme elucida Lenio Streck,<sup>479</sup> Heidegger desenvolve a hermenêutica no nível ontológico, trabalhando com a ideia de que o horizonte do sentido é dado pela compreensão, onde, aliás, se esboça a matriz do método fenomenológico. A

---

<sup>475</sup> Neste ponto, cumpre a advertência, com escopo em Gadamer, de que o círculo hermenêutico heideggeriano não se confunde com aquele originalmente delineado por Schleiermacher: “Face a isso, a descrição e a fundamentação existencial do círculo hermenêutico, devido a Heidegger, representa uma mudança decisiva. É claro que a teoria da hermenêutica do século XIX falava de estrutura circular da compreensão, mas sempre inserida na moldura de uma relação formal entre o indivíduo e o todo, assim como de seu reflexo subjetivo, a antecipação intuitiva do todo e sua explicação subsequente no individual. Segundo essa teoria, o movimento circular da compreensão vai e vem pelos textos, e quando a compreensão dos mesmos se completa, ele é suspenso. Conseqüente, a teoria da compreensão de Schleiermacher culmina numa teoria do ato adivinatório, mediante o qual o intérprete se funde por inteiro no autor e resolve, a partir daí, tudo o que é estranho ou estranhável no texto. Heidegger, pelo contrário, descreve esse círculo de uma forma tal que a compreensão do texto se encontre determinada, continuamente, pelo movimento de concepção prévia da pré-compreensão. O círculo do todo e das partes não se anula na compreensão total, mas nela alcança sua mais autêntica realização”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997. p. 439.

<sup>476</sup> A propósito da diferença ontológica: “É preciso notar que o homem só compreende o ser na medida em que pergunta pelo ente. Vejamos o nosso caso: colocamos em movimento uma reflexão sobre o processo na perspectiva de que, no final, possamos dizer algo sobre o seu ser (uma definição sobre o processo começaria com: o processo é...). Mas ninguém negaria que o processo se trata de um ente. Um ente é interrogado em seu ser, pois toda a pergunta pelo processo depende disso: O que é processo? Como é o processo? Assim, embora o ser e o ente se deem uma unidade que é a compreensão que o homem (Ser-aí) tem do ser, há entre eles uma diferença. Esta diferença Heidegger chama de diferença ontológica e se dá pelo fato de que todo ente só é no seu ser. Em outras palavras, a pergunta se dirige para o ente, na perspectiva de o compreendermos em seu ser”. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 241.

<sup>477</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 235.

<sup>478</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 243.

<sup>479</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 246.

compreensão em Heidegger, destarte, configura-se (a partir da pré-estrutura do *Dasein*) como uma estrutura em que antecipa o sentido, composta dos seguintes elementos: “aquisição prévia, vista prévia e antecipação”.<sup>480</sup> Por isso, a partir de Heidegger passa a ser correto afirmar que “compreender não é um modo de conhecer, mas um modo de ser”,<sup>481</sup> que ocorre dentro do círculo hermenêutico. Não por outra razão, assevera Lenio Streck, “estamos condenados a interpretar”.<sup>482</sup>

É na esteira deste terceiro estágio da evolução do problema hermenêutico que Gadamer irá desenvolver sua hermenêutica filosófica, notadamente alicerçada na obra de Martin Heidegger. Segundo Lenio Streck, se Schleiermacher havia libertado a hermenêutica de suas amarras com a leitura bíblica, e Dilthey da dependência das ciências naturais, “Gadamer pretende liberar a hermenêutica da alienação estética e histórica, para estudá-la em seu elemento puro da experiência humana”.<sup>483</sup> Para tanto, de forma “heideggeriana”, a linguagem passa a ocupar em Gadamer posição de *totalidade*. Dito de outra forma, “a linguagem não é uma terceira coisa que se interpõe entre sujeito e objeto”.<sup>484</sup>

Portanto, na concepção hermenêutica de Gadamer “não há espaço para a dicotômica relação epistemológica sujeito-objeto, na qual o sujeito se contrapõe a um objeto entendido como simples-presença”.<sup>485</sup> A linguagem, assim, destaca Lenio Streck – reafirmando a tradição hermenêutica filosófica gadameriana - é totalidade, “no interior da qual o homem, o *Dasein*, se localiza e age”.<sup>486</sup>

A linguagem, então, é totalidade; é abertura para o mundo; é, enfim, condição de possibilidade. Melhor dizendo, a linguagem, mais do que condição de possibilidade, é constituidora do saber, e, portanto, do nosso modo-de-ser-no-mundo, que implica as condições de possibilidades que temos para compreender e agir. Isso porque é

<sup>480</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 246.

<sup>481</sup> STRECK, Lenio Luiz. HEIDEGGER, Martin. In BARRETO, Vicente de Paulo. (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo. Editora Unisinos. Rio de Janeiro, Renovar, 2009. p. 426-430. p. 429.

<sup>482</sup> STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica. In BARRETO, Vicente de Paulo. (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo. Editora Unisinos. Rio de Janeiro, Renovar, 2009. p. 430-434. p. 431.

<sup>483</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 248.

<sup>484</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 261.

<sup>485</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 248.

<sup>486</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 248.

pela linguagem e somente por ela que podemos ter mundo e chegar a esse mundo. Sem linguagem não há mundo, enquanto mundo. Não há coisa alguma onde falta a palavra. Somente quando se encontra a palavra para a coisa é que a coisa é uma coisa. A palavra, diz Heidegger, nomeia o âmbito aberto onde habita o homem; o aberto de sua morada torna manifesto aquilo que vem ao encontro da essência do homem e assim, aproximando-se, demora-se e conserva em sua proximidade; a morada do homem contém e conserva o advento daquilo que o homem pertence em sua essência. Somente quando se encontrou a palavra para a coisa, é esta uma coisa; somente então é, uma vez que a palavra é o que proporciona o ser à coisa. Sem a palavra, sem a linguagem, não há existência. Não falamos sobre aquilo que vemos, mas sim o contrário; vemos o que se fala sobre as coisas.<sup>487</sup>

Merece o destaque, que Lenio Streck identifica três teses principais da hermenêutica filosófica gadameriana, que darão o suporte necessário para o tratamento constitucional do direito de autor, justificado pela filosofia (hermenêutica): *primeiro*, o objeto hermenêutico é determinado linguisticamente (pela linguagem); *segundo*, o processo hermenêutico (de compreensão e interpretação) é também determinado pela linguagem; *terceiro*, a linguagem forma o horizonte de uma ontologia hermenêutica.<sup>488</sup> Em síntese, significa reafirmar que “a existência de uma relação com o mundo (sujeito-sujeito) pressupõe a anterioridade do *Dasein*”,<sup>489</sup> que, por sua vez, ocorre no interior da linguagem (*locus*); residindo aqui, aliás, a pretensão da universalidade hermenêutica de Gadamer,<sup>490</sup> que dará espaço para Victor Drummond, mais tarde, afirmar que a linguagem é o *locus* da expressão artística e criativa.<sup>491</sup>

Para Lenio Streck, com o advento da virada linguística (*linguistic turn*), “mais que uma filosofia da linguagem, haveria que se falar de uma linguística filosófica, uma

<sup>487</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 261.

<sup>488</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 261.

<sup>489</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 261.

<sup>490</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 261.

<sup>491</sup> A propósito: “Therefore, language is the locus of artistic and creative expression.” DRUMMOND, Victor Gameiro. O círculo criativo: porque a viragem linguística interessa filosoficamente ao direito de autor. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, p. 74-81, janeiro-junho 2013. p. 76. Disponível em <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.51.08>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

filosofia como linguagem, ou, mais claramente, um filosofar como linguagem”.<sup>492</sup> Em outras palavras: “a linguagem deixa de ser um instrumento de comunicação do conhecimento e passa a ser condição de possibilidade para a própria constituição do conhecimento”<sup>493</sup>. Não por outra razão, Wittgenstein, em que pese em sua primeira fase, já afirmava que “os limites de minha linguagem significam os limites de meu mundo”.<sup>494</sup>

Com efeito, a grande inovação operada pela virada linguística (*linguistic turn*), já na experiência da hermenêutica filosófica gadameriana, é a transferência da construção do conhecimento para o âmbito da linguagem, afinal, “é na linguagem que se dá a ação; é na linguagem que dá o sentido (e não na consciência do sujeito-intérprete)”.<sup>495</sup> Nas palavras de Lenio Streck:

Com o giro – que aqui denomino de ontológico-linguístico para diferenciá-lo das pretensões analíticas, principalmente do neopositivismo lógico –, o sujeito não é fundamento do conhecimento. Trata-se, na verdade – e busco socorro em Stein –, de uma compreensão de caráter ontológico, no sentido de que nós somos, enquanto seres humanos, entes que já sempre se compreendem a si mesmos e, assim, o compreender é uma existencial da própria condição humana, portanto, faz também parte da dimensão ontológica: é a questão do círculo hermenêutico-ontológico.<sup>496</sup>

Consoante se depreende, “a viragem ontológico-linguística é o raiar da nova possibilidade de constituição do sentido”<sup>497</sup> que não mais estará na consciência do sujeito (assujeitador), mas, sim, na linguagem, “como algo que produzimos e que é condição de possibilidade de estarmos no mundo”.<sup>498</sup> Mais, desde a virada linguística (*linguistic turn*), “não há mais um ‘sujeito solitário’; agora há uma comunidade que

---

<sup>492</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 189.

<sup>493</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 216.

<sup>494</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**: the original authoritative edition. Suécia: Chiron Academic Press, 2016. Versão disponível para Kindle. posição. 2307. ponto. 5-6.

<sup>495</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 224.

<sup>496</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 224.

<sup>497</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 226.

<sup>498</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 226.



antecipa qualquer constituição do sujeito”,<sup>499</sup> em um processar sempre circular (círculo hermenêutico).

Evidentemente, alerta Lenio Streck,<sup>500</sup> essas transformações provocarão mudanças substanciais no seio da comunidade jurídica – e, de fato, vêm provocando –, inclusive, no âmbito do direito de autor, que passa a ganhar justificação genuinamente filosófica, a partir destes aportes hermenêuticos.

#### 4.2.2 Do “Círculo hermenêutico” ao “Círculo Criativo”.

Como demonstrado no capítulo anterior, a noção de subjetividade é um elemento fundador da moderna concepção de direito de autor, e que ora se esvai de todo e qualquer sentido com a virada linguística (*linguistic turn*) e a crítica hermenêutica do Direito.

Ora, se o senso comum teórico indica que o direito de autor jamais teria nascido não fosse à concepção de subjetividade do “gênio-criador” - protagonista máximo da relação de criação – a partir de Victor Drummond, valendo-se da crítica hermenêutica operada por Lenio Streck, ganha relevo a denúncia de que a linguagem passa a ser o elemento central do processo criativo.<sup>501</sup> Em outras palavras, a linguagem é o próprio *locus* da expressão artística e criativa<sup>502</sup>, e não mais a subjetividade de um “gênio-criador”.

Frisa-se que não se pretende, de forma alguma, reduzir a importância do Autor no processo criativo. Muito pelo contrário, neste direito de autor reinterpretado pela hermenêutica o “sujeito criador” passa a gozar de importância fundamental na relação de criação. Todavia, reconhece-se que o epicentro do processo cognitivo-interpretativo de construção criativo do qual faz parte o “sujeito-criador” não se dá no

---

<sup>499</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 228.

<sup>500</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 227.

<sup>501</sup> DRUMMOND, Victor Gameiro. O círculo criativo: porque a viragem linguística interessa filosoficamente ao direito de autor. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, p. 74-81, janeiro-junho 2013. p. 76. Disponível em <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.51.08>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

<sup>502</sup> DRUMMOND, Victor Gameiro. O círculo criativo: porque a viragem linguística interessa filosoficamente ao direito de autor. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, p. 74-81, janeiro-junho 2013. p. 76. Disponível em <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.51.08>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

solipsismo de seu “gênio-criador”, mas, sim, dentro de um contexto maior de construção do sentido, no qual a linguagem ganha papel preponderante, denunciando, assim, o caráter intersubjetivo da relação de criação, que passa a ocorrer no escopo do “círculo criativo”.

Neste sentido, relevante observar que, para Martin Heidegger, há na relação de criação um elemento mais essencial do que o próprio Artista e a Obra: a Arte.

O artista é a origem da obra. A obra é a origem do artista. Nenhum é sem o outro. E, todavia, nenhum dos dois se sustenta isoladamente. Artista e obra são, em si mesmos, e na sua relação recíproca, graças a um terceiro, que é o primeiro, a saber, graças àquilo a que o artista e a obra de arte vão buscar o seu nome, graças à arte<sup>503</sup>.

Victor Drummond, nesta mesma toada, reafirma que, na perspectiva da hermenêutica, o “gênio-criador” não é o elemento fundamental - a origem - da relação de Autoria, mas, sim, o “ambiente da criação” – ou, a Arte, como chamaria Heidegger.

De uma perspectiva hermenêutica, não existe um criador fundamental original; em vez disso, o ser-aí no ambiente da criação - a interpretação do mundo é uma realidade, e, neste caso, o seu *weltanschauung* leva a outra criação.<sup>504</sup>

Com efeito, sob a perspectiva hermenêutica, para além da relação, Autor (criador) e Obra (objeto), há um terceiro elemento – quiçá preponderante sobre os demais - que é a própria relação de criação: a Arte. De acordo com Victor Drummond,<sup>505</sup> em que pese haja uma interdependência entre o Autor e a Obra, esta já se encontra no mundo na forma de “potência”. A obra não está na subjetividade

<sup>503</sup> HEIDEGGER, Martin. **A origem da obra de arte**. São Paulo/Lisboa: Edições 70, 2010. p. 11.

<sup>504</sup> Versão original da citação: “From a hermeneutic perspective, no fundamental original creator exists; rather, being-there exists in the environment of creation – the interpretation of the world is a reality – and, in this case, its *Weltanschauung* leads to another creation”. DRUMMOND, Victor Gameiro. O círculo criativo: porque a viragem linguística interessa filosoficamente ao direito de autor. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, p. 74-81, janeiro-junho 2013. p. 81. Disponível em <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.51.08>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

<sup>505</sup> DRUMMOND, Victor Gameiro. O círculo criativo: porque a viragem linguística interessa filosoficamente ao direito de autor. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, p. 74-81, janeiro-junho 2013. p. 81. Disponível em <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.51.08>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

do Artista – não obstante seja parte dele – mas vem ao mundo – onde ele está na forma de potência – através do Artista.

A obra pode não ser (ainda) uma criação, mas está no mundo na forma de potência. O trabalho está tanto no artista ou "parte dele", ou, como disse eu, apenas potencialmente no mundo. Assim, de uma perspectiva filosófica, não faz muito sentido dizer que uma obra só existe porque existe um artista; de fato, a obra pode surgir através de outro artista.<sup>506</sup>

Portanto, reinterpretado o direito de autor pela hermenêutica, passa a carecer de sentido a afirmação de que o “gênio-criador” do Artista é a origem da obra.<sup>507</sup> A Arte, ou a relação de criação, precede o Artista e, também, a Obra. Em outras palavras, a partir da perspectiva filosófica hermenêutica passa-se a compreender que a Obra – antes objeto da subjetividade do “gênio-criador” - já existe no mundo (na forma de potência), e se concretiza através da linguagem, na relação intersubjetiva com o Artista, dentro de um *locus* específico, e, desta forma, dentro de um “círculo criativo”.

Segundo Victor Drummond, “círculo criativo” é o “*locus/momentum* (circunstância espaço-tempo) no qual se dá o processo interpretativo-criativo por parte do sujeito-criador”.<sup>508</sup> O sujeito-criador - prossegue Victor – “interpreta o mundo por meio de seus sentidos e estabelece o processo interpretativo-criativo através do qual irá promover o surgimento de uma manifestação artístico-criativa que fundamentará (ou conduzirá) a existência de uma obra”.<sup>509</sup> Além disso, “esse círculo

<sup>506</sup> Versão original da citação: “The work may not (yet) be a creation but it is potentially in the world. The work is either in the artist or “part of him”, or, as I said, just potentially in the world. Thus, from a philosophical perspective, it does not make much sense to say that a work only exists because there is an artist; indeed, the work may come into being through another artist.”. DRUMMOND, Victor Gameiro. O círculo criativo: porque a viragem linguística interessa filosoficamente ao direito de autor. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, p. 74-81, janeiro-junho 2013. p. 81. Disponível em <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.51.08>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

<sup>507</sup> DRUMMOND, Victor Gameiro. O círculo criativo: porque a viragem linguística interessa filosoficamente ao direito de autor. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, p. 74-81, janeiro-junho 2013. p. 81. Disponível em <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.51.08>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

<sup>508</sup> DRUMMOND, Victor Gameiro. **Em busca do “juiz plagiador”**: contribuições para a teoria da decisão baseada na hermenêutica jurídica sob o olhar do direito de autor. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 51.

<sup>509</sup> DRUMMOND, Victor Gameiro. **Em busca do “juiz plagiador”**: contribuições para a teoria da decisão baseada na hermenêutica jurídica sob o olhar do direito de autor. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 51.

possibilita que o sujeito-criador esteja em posição de criação a qualquer momento, sendo-lhe dispensado o atendimento a um ‘local de entrada’”.<sup>510</sup>

Para Victor Drummond, há dois elementos importantes no conceito de “círculo criativo”. *Primeiro*: todas as criações artísticas existem em um meta-círculo potencial, comunicativo-interpretativo, hermenêutico/criativo. O universo criativo como um todo não pode ser protegido, mas parte dele pode ser (isto é, o conjunto de Obras criadas), mesmo que este último faça parte do círculo criativo global.<sup>511</sup> *Segundo*: esse ambiente torna possível a proteção por causa dos direitos associados aos atos da interpretação artística realizada pelo sujeito criativo/hermenêutico; que é a Obra protegível. Para criar, esse sujeito criativo (ser-criativo) precisa ter ingressado no círculo hermenêutico, que neste caso passa a ser denominado “círculo criativo”.<sup>512</sup>

Disso resulta, para a normatividade autoralista, que para além da proteção exacerbada à Obra – como ocorre no sistema afeto ao *Copyright* – e à pessoa do Autor – como se pretende no sistema *Droit D’Auteur* – o direito de autor revisitado pela hermenêutica deveria passar a dedicar sua atenção para a proteção deste sujeito-criador, e, também, ao “ato de criar”/“processo criativo” – o “ambiente da criação” (Victor Drummond) ou, simplesmente, a “Arte” (Martin Heidegger) -, a fim de permitir a manutenção do “círculo criativo”, no qual o Artista possa se dedicar ao encontro com a sua Arte.

Mais, no entendimento de Victor Drummond, o direito de autor passa a justificar-se “pela hermenêutica e, também, pela hermenêutica, precisa ser reavaliado, como consequência da reapreciação de sua função e do novo

<sup>510</sup> DRUMMOND, Victor Gameiro. **Em busca do “juiz plagiador”**: contribuições para a teoria da decisão baseada na hermenêutica jurídica sob o olhar do direito de autor. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 51.

<sup>511</sup> Versão original: “First, all artistic creations exist in a potential, communicative-interpretative, hermeneutic/creative meta-circle. The creative universe as a whole cannot be protected, but part of it can be (i.e., the set of Works created), even if the latter is part of the overall creative circle.” DRUMMOND, Victor Gameiro. O círculo criativo: porque a viragem linguística interessa filosoficamente ao direito de autor. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, p. 74-81, janeiro-junho 2013. p. 81. Disponível em <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.51.08>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

<sup>512</sup> Versão original: “Second, this environment makes protection possible because of the rights associated with acts of the artistic interpretation performed by the creative/hermeneutic subject; this is the protectable work. To create, this creative subject (creative-being) must have entered the hermeneutic circle, which in this case I term creative circle.” DRUMMOND, Victor Gameiro. **O círculo criativo**: porque a viragem linguística interessa filosoficamente ao direito de autor. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, p. 74-81, janeiro-junho 2013. p. 81. Disponível em <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.51.08>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

posicionamento do direito de autor, que sempre deveria ter sido assim interpretado”.<sup>513</sup> Acima de tudo, trata-se de compreender que, por mais que a tradição moderna autoralista tenha dedicado especial atenção para outros partícipes do processo de industrialização da Arte (pecado original), a partir da reinterpretação hermenêutica da matéria, o sujeito fundamental desta relação deve passar a ser o sujeito-criador “e, a seu redor, deve-se pavimentar toda a sistemática do direito de autor”.<sup>514</sup>

Dito de forma ainda mais clara: trata-se de reconhecer que, por mais que os intermediários da famigerada indústria criativa sejam atores essenciais para a manutenção deste modelo de negócio tradicional criado a partir da mercantilização da Arte, na genuína justificação do direito de autor sua função é absolutamente prescindível, eis que, se o direito de autor possui alguma função de estímulo, tal incentivo deve militar em prol daquele que, de fato, encontra-se inserido no círculo criativo, e em posição de transformar os sentidos ao seu redor em novas interpretações do mundo, devolvendo-as a este mesmo mundo, em forma de obras novas, para servirem de novas inspirações para outros criadores, em um processo sempre cíclico e infinito.

Ademais, os aportes hermenêuticos acima apresentados já permitem visualizar o papel de destaque que o Direito Fundamental Social à Cultura, inserido no art. 215, da CRFB,<sup>515</sup> pode (e deve) passar a desempenhar na justificação do direito de autoral. Para além das “teorias filosóficas tradicionais”, que justificam o direito de autor apenas sob uma perspectiva econômica – causando o problema do “déficit filosófico” -, a hermenêutica permite fundamentar a proteção autoral com foco na manutenção de um “círculo criativo”, que, por sua vez, não deixa de ser a representação, ao menos em parte, do próprio patrimônio cultural brasileiro, previsto no art. 216, da CRFB – e que inclui, por exemplo: “I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV

---

<sup>513</sup> DRUMMOND, Victor Gameiro. **Em busca do “juiz plagiador”**: contribuições para a teoria da decisão baseada na hermenêutica jurídica sob o olhar do direito de autor. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 51/52.

<sup>514</sup> DRUMMOND, Victor Gameiro. **Em busca do “juiz plagiador”**: contribuições para a teoria da decisão baseada na hermenêutica jurídica sob o olhar do direito de autor. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 52.

<sup>515</sup> 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”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 05 Out. 1988.

- 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”.<sup>516</sup>

Para Victor Drummond, a indicação do que seja “cultura” comporta uma dupla vertente:

Como (1) a totalidade das manifestações inerentes à existência e a representatividade de um povo; e, como (2) o conjunto de conhecimentos que possa ser formador das capacidades de desenvolvimento da(s) pessoa(s) e de sua personalidade.<sup>517</sup>

Seja como representação de um povo, ou como elemento formador das capacidades/personalidades, a cultura desempenha papel fundamental no fomento das potencialidades criativas – logo, dentro do “círculo criativo” – influenciando, portanto, sobre quem apenas a “absorve” ou quem a “produz”. Conforme anota Victor Drummond, “no processo do ambiente potencial de criação, o criador é criador, mas, por outro lado, também sempre é destinatário, e o destinatário, potencialmente, pode vir a ser criador, ainda que esta não seja necessariamente uma obrigação lógica”<sup>518</sup>. Portanto, há um movimento cíclico que representa o próprio “círculo criativo” – cuja manutenção, repita-se, deve ser o epicentro das preocupações do direito de autor em sua feição hermenêutica.

#### 4.2.3 Elementos da circularidade criativa: a Arte e o “Sujeito-Criador”.

Em que pese à hermenêutica-filosófica possam ser endereçadas inúmeras críticas epistemológicas, especialmente sua relação com a Teoria do Direito, com relação ao direito de autor, propriamente dito, possui o grande e especial mérito de permitir o resgate de um elemento estrutural para a normatividade autoralista, o sujeito-criador, que, há muito, encontrava-se perdido por meio dos discursos econômicos e políticos que sempre tiveram privilégio no seio da doutrina e

<sup>516</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 05 Out. 1988.

<sup>517</sup> DRUMMOND, Victor Gameiro. **O Estado fomentador e protetor do desenvolvimento da cultura**. JURISMAT, Portimão, nº 5, 2014, pp. 305-344. p. 307.

<sup>518</sup> DRUMMOND, Victor Gameiro. **O Estado fomentador e protetor do desenvolvimento da cultura**. JURISMAT, Portimão, nº 5, 2014, pp. 305-344. p. 310.



normatividade autoralista, em prejuízo da justificação filosófica que, há tempos, deveria ter gozado de espaço privilegiado.

Consoante deveras cediço, o programa político da Constituição brasileira de 1988 está essencialmente voltado para a promoção de um Estado Democrático com paradigma privilegiado na Pessoa Humana.<sup>519</sup> Por isso, mesmo que o único mérito da perspectiva hermenêutica para o direito de autor fosse o desvelamento da natureza essencial da proteção voltada ao sujeito-criador, e não aos diversos intermediários que sempre tiveram (inexplicável) espaço privilegiado, tal mérito já seria suficiente para promover uma guinada epistemológica rumo a uma justificação constitucional do direito de autor voltada para o paradigma da Pessoa Humana. Afinal, como já visto, o processo circular da criação artística não prescinde de um *locus* interpretativo-cognitivo para a transformação das diversas pré-compreensões (inspirações) de um determinado sujeito-criador em novas experiências artísticas (Obras). Por esta razão, repita-se, o direito de autor revisitado pela hermenêutica justifica-se pela promoção deste elemento central do processo de criação, que é o sujeito-criador.

A importância da hermenêutica para o direito de autor, entretanto, vai além. Em que pese o sujeito-criador possa ser considerado o elemento central do processo de circularidade criativa e justificação do direito de autor, a hermenêutica também traz luz ao fato de que, para além do sujeito-criador, outros elementos do círculo-criativo também são dignos de atenção. Afinal, se a circularidade criativa representa um processo interpretativo-cognitivo, os elementos formadores da pré-compreensão do sujeito-criador também são elementos essenciais para o direito de autor. Consoante será analisado mais detidamente, a seguir, tais pré-compreensões constituem-se, além de outros elementos, do próprio conjunto do patrimônio cultural brasileiro, descrito no artigo 216, da Constituição Federal.<sup>520</sup>

---

<sup>519</sup> "(...) o princípio da dignidade da pessoa humana, expressamente enunciado pelo art. 1º, inc. III, da nossa CF, além de constituir o valor unificador de todos os direitos fundamentais, que, na verdade, são uma concretização daquele princípio, também cumpre função legitimatória do reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes ou previstos em tratados internacionais, revelando, de tal sorte, sua íntima relação com o art. 5º, §2º, de nossa Lei Fundamental". SARLET. Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: um a teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ed. rev. atual. e apl.; 2. tir. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 95.

<sup>520</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

Em síntese, significa que, se o sujeito-criador transforma as experiências sensoriais ao seu redor (inspirações) em novas interpretações do mundo (Obras), a proteção dos elementos formadores de tais pré-compreensões possui (ou deveria possuir) espaço de destaque na normatividade autoralista. Mais: se o sujeito-criador participa do círculo criativo a partir de suas pré-compreensões do mundo, disso resulta que o grau de liberdade e de acesso que este sujeito possui com relação a outros elementos culturais tem relação direta com suas próprias potencialidades criativas.

Portanto, como consequência óbvia, cai por terra, também, a concepção que domina o senso comum autoralista, no sentido de que maiores níveis de proteção - que significa o aumento das restrições ao acesso e uso de obras por terceiros, bem como do prazo de proteção a estas obras -, supostamente estimulariam novas criações. De outra parte, uma métrica intermediária entre o binômio acesso *versus* restrição, aparenta constituir elemento nuclear de análise para uma justificação constitucional do direito de autor funcionalmente voltada para a promoção dos direitos fundamentais sociais, à cultura e à educação. Aliás, cultura e educação são elementos nucleares da formação de pré-compreensão, principalmente em um país como o Brasil que possui quase treze milhões de analfabetos.<sup>521522</sup>

Desta forma, denota-se que, ao passo em que o direito de autor passa a gozar de justificação por intermédio da filosofia hermenêutica, erigindo o sujeito-criador à posição destacada na normatividade autoralista, em plena consonância, destarte, com o paradigma constitucional vigente, o alimentar das potencialidades criativas deste sujeito criador não pode ser ignorado. Por isso, o direito de autor também se justifica pela sua função de promoção de direitos fundamentais sociais, tais como a cultura e a educação, que, ao fim e ao cabo, são os elementos

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". BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 05 Out. 1988.

<sup>521</sup> SALES, Robson; SARAIVA, Alessandra. Brasil tem 12,9 milhões de analfabetos, aponta Pnad. **Valor econômico**, Rio de Janeiro, 23 Nov. 2016. Disponível em <<http://www.valor.com.br/brasil/4787959/brasil-tem-129-milhoes-de-analfabetos-aponta-pnad>>. Acesso em 26 Nov. 2017.

<sup>522</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **IBGE: Brasil em Síntese**. Rio de Janeiro, 2017. Disponível em <<https://brasilemsintese.ibge.gov.br/educacao/taxa-de-analfabetismo-das-pessoas-de-15-anos-ou-mais.html>>. Acesso em 26 Nov. 2017.

nucleares da formação intelectual da pessoa humana, e pelos quais se alimentam as pré-compreensões do sujeito-criador, interferindo, de forma central, via de consequência, em suas potencialidades criativas.

Nas derradeiras linhas desta investigação, e a partir destes elementos hermenêuticos acima alinhavados, buscar-se-á fundamentar a justificação constitucional para o direito de autor, a fim de nutrir suas potencialidades normativas, considerando-se a atual Sociedade Informacional e o paradigma do Estado Democrático com foco privilegiado na Pessoa Humana.

### 4.3 Prolegômenos para uma justificação constitucional do Direito de Autor

Consoante cediço,<sup>523</sup> o ano de 1985 encerrou com mudança de regime político em terras brasileiras - após 21 anos de ditadura militar. Acompanhando a redemocratização do Brasil, em 1988, é promulgada a Constituição Federal Cidadã, que trouxe em seu seio um novo paradigma ao discurso jurídico pátrio, além de diversos desafios para a comunidade jurídica, conforme descreve Lenio Streck:

Em 1988, o Brasil recebeu uma nova Constituição, rica em direitos fundamentais, com a agregação de um vasto catálogo de direitos sociais. A pergunta que se colocava era: de que modo poderíamos olhar o novo com os olhos do novo? Afinal, nossa tradição jurídica estava assentada em um modelo liberal-individualista (que opera com os conceitos oriundos das experiências da formação do direito privado germânico e francês), em que não havia lugar para direitos de segunda e terceira dimensões. Do mesmo modo, não havia uma teoria constitucional adequada às demandas de um novo paradigma jurídico.<sup>524</sup>

A partir de então, adverte Ricardo Aronne, as bases do Direito pátrio principiam a ser reconstruídos pela doutrina e jurisprudência mais arejada e atenta ao núcleo constitucional, consubstanciada em novos moldes jurídicos e sociais.

O trânsito jurídico, os projetos parentais e as titularidades de apropriação foram sendo reconstruídos pela jurisprudência e pela doutrina mais arejada a par do núcleo constitucional redivivo em

<sup>523</sup> ESTEVES, Maurício Brum. **Sistema, complexidade e vida nua**: sobre as Impossibilidades de um direito disciplinar. Artigo extraído de Monografia. PUCRS. 2010. Disponível em <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011\\_1/mauricio\\_esteves.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/mauricio_esteves.pdf)> Acessado em 18 Nov. 2015.

<sup>524</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 80/81.

novos moldes axiológicos. Inicia a marcha da repersonalização, da despatrimonialização do Direito. Lenta e gradualmente, mas substancial. À metade da década que findou o Século XX no Brasil, a família, o contrato e as titularidades eram significantes que ostentavam novos significados, cuja fisionomia e silhueta ainda continuaria a se transformar.<sup>525</sup>

A marcha da repersonalização e da despatrimonialização,<sup>526</sup> exemplificadas por Ricardo Aronne, representou uma busca da adequação das categorias fundamentais do Direito (a esta nova arquitetura insculpida na Constituição de 1988) ainda arraigados à sua teoria clássica “presente nos manuais, substanciada por uma Jurisprudência dos Conceitos, fantasiosa e egocêntrica”,<sup>527</sup> bem como em uma rançosa jurisprudência<sup>528</sup> que permaneceu negligenciando a auto-aplicabilidade dos direitos fundamentais.

Na experiência do Direito Civil, os conceitos jurídicos que encabeçaram o discurso privatista pátrio, enraizados no Código Beviláqua, bem como nos valores de uma jovem República brasileira, paternalista e patrimonialista, passam a ser revisados à luz dos novos ditames Constitucionais. Trata-se, pois, do movimento em

<sup>525</sup> ARONNE, Ricardo, **Direito civil-constitucional e teoria do caos**: estudos preliminares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.p. 37.

<sup>526</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. DEPÓSITO. ARROZ. PENHORA NÃO CONSTITUÍDA. PRISÃO CIVIL. INADMISSÍVEL. SUMULA VINCULANTE Nº 25 STF. O processo de constitucionalização das leis que enfrenta o ordenamento jurídico interno exige a leitura e aplicabilidade da legislação infraconstitucional à luz da Constituição Federal. O primado dos direitos fundamentais impede que o ser humano responda com a constrição de sua liberdade para o pagamento de dívidas, posto que estas não devem passar de seu patrimônio. Entendimento da Suprema Corte expresso em súmula vinculante aprovada recentemente. Agravo de instrumento a que se dá provimento, nos termos do § 1º-A do Código de Processo Civil. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento Nº 70034424564**, da Vigésima Câmara Cível. Agravante: Antonio Moacir da Silva. Agravado: Comercial de Combustíveis Schwanck Ltda. Relator: Angela Maria Silveira. Porto Alegre, 25 de janeiro de 2010.

<sup>527</sup> ARONNE, Ricardo, **Direito civil-constitucional e teoria do caos**: estudos preliminares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. p. 37.

<sup>528</sup> SOCIEDADE DE FATO. COMPETENCIA PARA CONHECER DA ACAO. INTELIGENCIA DO ART-226, PAR-3, DA CARTA CONSTITUCIONAL. A CIRCUNSTANCIA DE TER A CONSTITUICAO FEDERAL RECOMENDADO A ESPECIAL PROTECAO DO ESTADO PARA A UNIAO ESTAVEL ENTRE O HOMEM E A MULHER, RECONHECENDO-A COMO ENTIDADE FAMILIAR, NAO TEM O CONDAO DE ALTERAR A ORGANIZACAO JUDICIARIA DOS ESTADOS FEDERADOS, DESLOCANDO O JULGAMENTO DAS ACOES DA VARA CIVIL PARA A VARA DE FAMILIA. MESMO ANTES DA ATUAL CARTA, A SOCIEDADE DE FATO ERA ASSIM RECONHECIDA EXATAMENTE PORQUE O HOMEM E A MULHER VIVIAM COMO SE CASADOS FOSSEM, EM VERDADEIRO GRUPO FAMILIAR. A NORMA CONSTITUCIONAL DO ART-226, PAR-3, NAO E AUTO-APLICAVEL, NAO PODENDO SER TIDA COMO INCLUIDA NO COJE PELA SIMPLES OCORRENCIA DA PUBLICACAO DA LEI MAIOR. COMPETENTE A PRETORA E NAO O JUIZ DE DIREITO PARA PROCESSAR E JULGAR O FEITO, JA QUE SE TRATA DE MATERIA CIVEL E NAO DE DIREITO DE FAMILIA. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência Nº 590010765**, da Terceira Câmara Cível. Sucitante: Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Bagé. Relator: Flávio Pancaro da Silva. Porto Alegre, 29 de março 1990.

prol da Constitucionalização do Direito Civil, que, segundo Aronne, representou uma tentativa de oxigenar o discurso privatista, e, deste modo, proporcionar uma adequação metodológica de seus fundamentos às novas bases que deveriam embasar a construção jurídica brasileira.

Trata-se de um repensar ínsito voltado à própria teoria da normatividade, em face da regulação constitucional das relações interprivadas, como esteio axiológico que emoldura a sistematização interprivada, trazendo-lhe novos contornos valorativos, não impressos pelos conceitos, e sim, pela Lei Maior, que a fundamenta.<sup>529</sup>

Conforme já se teve a oportunidade de apontar,<sup>530</sup> o processo de Constitucionalização do Direito Civil também representou uma tentativa de rompimento do discurso jurídico com seu paradigma clássico (usualmente identificado, de forma indiscriminada, ao Positivismo Jurídico e a Jurisprudência dos Conceitos), a fim de buscar uma nova concepção de Direito, voltada a desempenhar o papel de “traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica”,<sup>531</sup> alinhada, portanto, a uma Jurisprudência dos Valores. Por isso, entendeu-se que a superação desta tradição jurídica clássica, que marcou o período dos códigos oitocentistas (Francês, de 1804, e Alemão, de 1900), ocorreria a partir de um conjunto de princípios, que não seriam aqueles princípios gerais do direito, mas vetores axiológicos responsáveis por desvelar os valores da ordem normativa constitucional.

Epistemologicamente, entendeu-se que ao contrário dos conceitos, que já possuem uma carga semântica fechada e concreta, os princípios seriam abstratos, e sua concretização dar-se-ia topicamente. Além disso, não haveria contradições ou lacunas em uma ordem jurídica principiológica, já que nenhum princípio poderia ser definido isoladamente, mas apenas em sua relação intersubjetiva. Dito de outra forma: os princípios não seriam significantes autônomos, por si só, mas dependeriam da sua apreciação relacional, a partir de um sujeito cognoscente. Por

<sup>529</sup> ARONNE, Ricardo, **Direito civil-constitucional e teoria do caos**: estudos preliminares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 37.

<sup>530</sup> ESTEVES, Maurício Brum. **Sistema, complexidade e vida aua**: Sobre as Impossibilidades de um Direito Disciplinar. Artigo extraído de Monografia. PUCRS. 2010. Disponível em <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011\\_1/mauricio\\_esteves.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/mauricio_esteves.pdf)> Acessado em 18 Nov. 2015.

<sup>531</sup> CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 11.

isso, o operador do Direito, nessa perspectiva, passa a gozar de posição central, já que é ele que (re)constrói o discurso jurídico por meio de uma hermenêutica constitucional, inter-relacionando princípios – “que não seriam puramente significante e nem puramente significado, mas a união dos dois”.<sup>532</sup>

Visando a ilustrar o exposto, imperioso transcrever ensinamento de Clarice Söhnngen a respeito da metáfora do jogo de Xadrez (Wittegenstein), *in verbis*:

De acordo com essa metáfora, um cavalo, por si só, fora da sua casa e das condições do jogo, não é um elemento do jogo de xadrez. Esse cavalo só se torna um elemento real e concreto quando revestido de seu valor que é obtido através das relações que mantém com os demais elementos do jogo no andamento da referida atividade.<sup>533</sup>

Disso resulta, para Ricardo Aronne, que desde o advento da Constituição Federal de 1988, o Direito passa a perfazer uma malha de valores (e não conceitos fechados) que ganham sentido e concretude no outro, topicamente, exatamente como a metáfora do Jogo de Xadrez.

A malha jurídica perfaz um sistema à medida que todos os seus componentes se comunicam, de modo a que um ganhe sentido no outro – a partir dos valores que o integram –, para que não se vislumbrem como significantes vazios, em face da intersubjetividade que lhes reveste de significado, no que consiste a defendida noção de unidade e seu sentido axiológico.<sup>534</sup>

No mesmo sentido, mas de modo mais tímido, entretanto, também entente Juarez Freitas, *in verbis*:

Entende-se apropriado conceituar o sistema jurídico como uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático,

<sup>532</sup> SÖNHGEN, Clarice da Costa. Hermenêutica e Linguística. In ARONNE, Ricardo (Org.). **Direito civil-constitucional e teoria do caos: estudos preliminares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 181.

<sup>533</sup> SÖNHGEN, Clarice da Costa. Hermenêutica e Linguística. In ARONNE, Ricardo (Org.). **Direito civil-constitucional e teoria do caos: estudos preliminares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 180.

<sup>534</sup> ARONNE, Ricardo, **Direito civil-constitucional e teoria do caos: estudos preliminares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 37.



assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.<sup>535</sup>

Cumprindo apontar, que dentro da perspectiva de análise deste (novo) Direito Civil-Constitucional, a arquitetura do discurso jurídico pátrio passa a ter como princípio estruturante, balizador dos demais princípios constitucionalmente garantidos, o Estado Social Democrático de Direito.<sup>536</sup> A partir deste nascedouro normativo, de grande abstração, os demais princípios fundamentais, gerais, especiais, especialíssimos, regras e normas individuais passam a garantir a concretização das normas jurídicas ao caso concreto, na relação intersubjetiva e hierárquica entre si.

De forma mais específica, os princípios fundamentais, tais como a Legalidade e a Dignidade da Pessoa Humana, *e.g.*, seriam princípios explicitados na matriz do princípio estruturante e responsáveis por fundar axiologicamente a ordem jurídica.<sup>537</sup> Por outro lado, os princípios elencados como gerais e especiais seriam responsáveis por densificar os princípios anteriores, na medida em que perderiam abstração e ganhariam concretude. Dentre os princípios gerais,<sup>538</sup> portanto, encontram-se a liberdade, a igualdade e a publicidade, *e.g.*

Em outro patamar, e com ainda mais concretude que os princípios anteriores, os princípios especiais<sup>539</sup> seriam aqueles que dirigem sua eficácia para áreas mais

---

<sup>535</sup> FREITAS, Juarez. **Interpretação sistemática do direito**. 3. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 54.

<sup>536</sup> “O princípio estruturante, enfeixador dos valores constitucionalmente garantido, densifica-se, em princípios fundamentais, que se densificam em princípios gerais, passando aos especiais, em seguida aos especialíssimos, que se concretizam em regras, que são ainda concretizadas em normas individuais. O princípio estruturante é a norma de maior abstração do ordenamento, o qual no sistema vigente se constitui do princípio do Estado Social Democrático de Direito, diretamente decorrente dos valores positivados e enfeixador de integridade dos mesmos, que haverão de se especificar no curso da concretização normativa. Em tal medida, o princípio estruturante é o nascedouro normativo da ordem jurídica, e seu sentido concreto somente se revela nas normas de maior densidade; porém, não deve ser perdido de vista na qualidade de alfa do próprio conteúdo normativo do sistema”. ARONNE, Ricardo, **Direito civil-constitucional e teoria do caos: estudos preliminares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 52/53.

<sup>537</sup> “Os princípios fundamentais são normas fundantes da ordem jurídica explicitadoras da senda constitucional desveladora da ordem jurídica estruturada. Nesta seara, observam-se princípios como dignidade da pessoa humana, acesso a uma ordem jurídica justa, reserva legal, dentre tantos quantos se revelam a partir dos princípios estruturantes”. ARONNE, Ricardo, **Direito civil-constitucional e teoria do caos: estudos preliminares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 52/53.

<sup>538</sup> “Os princípios gerais densificam os anteriores, decorrendo dos mesmos a fim de concretizá-los, na gradual perda de abstração. Aqui se observam princípios como liberdade, igualdade, publicidade e inafastabilidade”. ARONNE, Ricardo, **Direito civil-constitucional e teoria do caos: estudos preliminares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 52/53.

<sup>539</sup> “Os princípios especiais, no mesmo sentido, explicitam os anteriores para áreas específicas do direito, como é o caso do princípio da anterioridade, transparência, liberdade para contratar, nulla

específicas do Direito, tais como, a *nulla poena sine praevia legem* – Direito Penal; e a liberdade para contratar – Direito dos Contratos, e.g. Na sequência, dentre os princípios especialíssimos,<sup>540</sup> vislumbra-se ainda maior densidade e concretude. Trata-se das cláusulas gerais, voltadas para áreas específicas do Direito, tais como vulnerabilidade do consumidor, igualdade entre os cônjuges, garantia à herança, não-lesividade da execução, elasticidade, fungibilidade dos recursos, etc.

Já no âmbito das regras,<sup>541</sup> vislumbram-se normas de Direito positivo dotadas de maior concretude e menos abstração, dirigindo sua eficácia para condutas e fatos específicos, tais como: prazos e formas registrais, e.g. E, por fim, mas no mesmo sentido e grau de concretude das regras, encontram-se normas individuais,<sup>542</sup> que representam as disposições jurisprudenciais e contratuais especificadas em cada caso concreto, e que levam em conta, por via de consequência, toda a carga de significação dos princípios anteriores.

Merece a advertência, por mais que se tenha optado pelo diálogo mais ostensivo com Ricardo Aronne, semelhante construção teórica, no âmbito nacional, encontra guarida nas “premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil”,<sup>543</sup> de Gustavo Tepedino,<sup>544</sup> e nas lições de Luiz Edson Fachin,<sup>545</sup> que

poena sine praevia legem, função social da propriedade, garantia da propriedade privada, entre tantos.” ARONNE, Ricardo, **Direito civil-constitucional e teoria do caos: estudos preliminares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 52/53.

<sup>540</sup> “Os princípios especialíssimos são, juntamente com os especiais, espécies de cláusulas gerais, porém de maior densidade, quase na concretude de regras; também voltados para áreas próprias, porém, alcançando as demais, por sua porosidade, abstração, multifuncionalidade e forma de incidência. Observam-se na espécie exemplos como vulnerabilidade do consumidor, igualdade entre os cônjuges, garantia à herança, não-lesividade da execução, elasticidade e fungibilidade dos recursos.” ARONNE, Ricardo, **Direito civil-constitucional e teoria do caos: estudos preliminares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 52/53.

<sup>541</sup> “As regras são as normas de direito positivo (no sentido estrito) de maior concreticidade, regulando condutas, fatos ou atos específicos, de incidência explícita, como forma registrais, capacidade, prazos, recursos, exemplificativamente.” ARONNE, Ricardo, **Direito civil-constitucional e teoria do caos: estudos preliminares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 52/53.

<sup>542</sup> “As normas individuais são as disposições jurisprudenciais e contratuais, reguladoras específicas de casos concretos, do que lhe advém a condição de fonte formal e material do direito.” ARONNE, Ricardo, **Direito civil-constitucional e teoria do caos: estudos preliminares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 52/53.

<sup>543</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil – Tomo II**. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro, São Paulo Recife: Renovar. 2008.

<sup>544</sup> “A dignidade da pessoa humana constitui cláusula geral, reveladora das estruturas e da dogmática do direito civil brasileiro. Opera funcionalização das situações jurídicas patrimoniais às existenciais, realizando assim processo de verdadeira inclusão social, com a ascensão à realidade normativa de interesses coletivos, direitos da personalidade e renovadas situações jurídicas existenciais, desprovidas de titularidades patrimoniais, independentemente destas ou mesmo em detrimento destas”. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil – Tomo II**. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro, São Paulo Recife: Renovar. 2008.

não por acaso são, respectivamente, coorientador e orientador da tese de doutoramento de Ricardo Aronne, defendida no ano de 2000, perante a Universidade Federal do Paraná, e deu azo à obra, “Por uma nova hermenêutica dos Direitos Reais Limitados”.<sup>546</sup> Já no âmbito internacional, semelhante construção teórica encontra-se nos “perfis do direito civil”,<sup>547</sup> de Pietro Perlingieri, que pretende desenvolver uma introdução ao Direito Civil Constitucional.

De qualquer sorte, a síntese do que se observa desta corrente jurídica, que também se pode chamar de um novo Constitucionalismo, ou neoconstitucionalismo, é a análise do Direito como um sistema, fortemente atrelado a uma Jurisprudência dos Valores, e uma vontade de constituição de um modelo de sistema que se adapte às diversas mutações sociais, e que não enclausure os sentidos da norma em conceitos formais. A unidade e o sentido do Direito, assim, passam a ser desvelados topicamente, cabendo ao hermeneuta estabelecer as relações intersubjetivas entre os princípios. Em outras palavras: o responsável por sistematizar o sistema seria o intérprete, que supostamente romperia com o paradigma da ciência ocidental, extravasando a condição de um mero observador neutro. Neste novo paradigma jurídico neoconstitucional, portanto, a atividade hermenêutica passa a ser primordial.

Antes de prosseguir, conquanto, cabe a tessitura de algumas críticas a este modelo. Com efeito, não se pretende, de maneira alguma, retirar o mérito precursor desta arejada doutrina civilista na readequação da normatividade pátria aos ditames da Carta Magna, especialmente em um momento que foi tão sensível na história democrática do Brasil. Por outro lado, seria temerário fechar os olhos para a crítica de Lenio Streck, no sentido de que esse (novo) Constitucionalismo, no afã de criticar o fetiche aos códigos oitocentistas e sua vinculação à Jurisprudência dos Conceitos

---

<sup>545</sup> A propósito: “A ‘repersonalização’ do Direito Civil recolhe, com destaque, a partir do texto constitucional, o princípio da dignidade humana. Para bem entender os limites propostos à execução à luz do princípio constitucional da dignidade humana, têm sentido verificações preliminares. A dignidade da pessoa humana é princípio fundamental da República federativa do Brasil. É o que chama de princípio estruturante, constitutivo e indicativo das ideias diretas básicas de toda ordem constitucional. Tal princípio ganha concretização por meio de outros princípios e regras constitucionais formando um sistema interno harmônico, e afasta, de pronto, a ideia de predomínio individualismo atomista no Direito. Aplica-se como leme a todo o ordenamento jurídico nacional compondo-lhe o sentido e fulminando de inconstitucionalidade todo preceito que com ele conflitar. É de um princípio emancipatório que se trata”. FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**: à luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal. 2. ed. atual. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar. 2006. p. 180.

<sup>546</sup> ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados**: das raízes aos fundamentos contemporâneos. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>547</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002.

e aos ditames do Positivismo Jurídico, não supera nenhum de seus pretensos adversários epistemológicos, e, pior, ainda dá azo a um ativismo judicial, oriundo da importação indiscriminada do realismo jurídico norte-americano, e acaba abrindo margem para uma ampla discricionariedade judicial, através do desprezo em “cumprir a letra (sic) da lei” como se fosse uma atitude formal e positivista a ser rechaçada.

Por isso, alguns juristas compreenderam mal o sentido do novo Constitucionalismo. Explicando melhor: por não terem compreendido o problema da diferença entre o velho positivismo exegético (sintático) e o positivismo normativista (semântico), pensaram que o ‘neoconstitucionalismo’ seria a forma de superar o exegetismo. E, para isso, apelaram para a busca de valores que estariam ‘escondidos’ por debaixo dos textos legais. Com isso, não foram além de Kelsen. E esse é o ponto fulcral do problema. Talvez por isso o neoconstitucionalismo seja subdividido em metodológico, ideológico e normativo. Ora, pensar assim é apenas colocar o neoconstitucionalismo como uma continuidade do velho positivismo, e não como autêntica ruptura. Esse problema também se repetiu na equivocada compreensão do sentido dos princípios, conceituados como ‘positivação de valores’ ou a ‘sofisticação’ dos velhos princípios gerais do direito, que, como se sabe, não passam de axiomas. Portanto, não basta dizer que a lei não contém o direito; não basta dizer que o ôntico não esgota os sentidos se isso for feito sob os pressupostos do positivismo normativista. Isso explica as razões pelas quais a defesa da discricionariedade é feita pela maioria dos juristas. Ou seja, recém estão ultrapassando o velho positivismo exegético. Para tanto, basta ver o que a maioria dos juristas defensores do neoconstitucionalismo fala sobre a discricionariedade, os princípios (tidos como valores), etc.. Essa é a pista para identificar os ‘novos’ positivistas (ou neopositivistas).<sup>548</sup>

Vê-se, neste sentido, que para Pietro Perlingieri,<sup>549</sup> a interpretação axiológica, minuciosamente explicada nas páginas anteriores, na voz de Ricardo Aronne, representaria a superação da “interpretação literal”. Segundo Perlingieri, “o brocardo *in claris non fit interpretatio* apoia-se no pressuposto de que a norma seja uma unidade lógica bem isolada empiricamente”.<sup>550</sup> Todavia, prossegue ele, “a não ser que se queira ‘confundir a norma com o artigo de lei visto de sua exterioridade’, ela é

<sup>548</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. P. 79.

<sup>549</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002. p. 72.

<sup>550</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002. p. 72.

sempre fruto da sua colocação no âmbito do sistema”,<sup>551</sup> já que “a norma nunca está sozinha, mas existe e exerce a sua função unida ao ordenamento e o seu significado muda com o dinamismo do ordenamento ao qual pertence”.<sup>552</sup>

Por isso, com razão Lenio Streck aduz que esse novo Constitucionalismo “não consegue fazer mais do que superar o positivismo primitivo (exegético), ultrapassando-o, entretanto, apenas no que tange ao problema ‘lei=direito’, isto é, somente alcançam o ‘sucesso’ de dizer que ‘texto é diferente da norma’”,<sup>553</sup> cortando, portanto, as amarras entre o texto e o sentido do texto, que passa a ser dado pelo intérprete. Ora, que “a lei não dá conta de tudo, Kelsen já havia percebido”,<sup>554</sup> no seu fatídico capítulo oitavo da Teoria Pura do Direito (*Reine Rechtslehre*).<sup>555</sup> Após a virada linguística, a afirmação de que estamos condenados a interpretar possui conotação muito mais profunda do que a mera cisão entre texto e norma obtida com a crítica ao positivismo exegético. Por isso, para Lenio Streck, a opção metodológica deste novo Constitucionalismo não deixa de ser uma “forma de prestigiar tanto a irracionalidade constante no oitavo capítulo da TPD de Kelsen quanto homenagear, tardiamente, o positivismo discricionarista de Herbert Hart”.<sup>556</sup>

Dito de outro modo, o que sempre caracterizou o positivismo é o fato de que a postura metodológica por intermédio da qual se analisa o fenômeno jurídico é marcada pela restrição à análise das fontes sociais, a cisão/separação – epistemológica – entre direito e moral (o que faz com que alguns autores – p. ex., Robert Alexy – lancem mão da razão prática, evitada de solipsismo, para ‘corrigir’ o direito) e a ausência de uma teoria da interpretação, que acarreta uma aposta na discricionariedade (ou seja, não se conseguiu superar a herança – ou maldição – kelseniana da cisão entre ciência do direito e direito ou entre observador e participante, no caso hartiano).<sup>557</sup>

Sem avançar em demasiado nesta crítica hermenêutica do Direito, sob pena de desviar-se do tema em apreço, importa ainda frisar que, para Lenio Streck, “os

<sup>551</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002. p. 72.

<sup>552</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002. p. 72.

<sup>553</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 76.

<sup>554</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 77.

<sup>555</sup> KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. ed. Viena: Nachdruck, 1992.

<sup>556</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 51.

<sup>557</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 51.

princípios não se constituem em álibis teóricos para suplantar problemas metodológicos oriundos da ‘insuficiência’ das regras”.<sup>558</sup> Dito de outra forma: “não, são, pois, ‘mandados de otimização’ ou postulados interpretativos”, como se texto e norma gozassem de existência autônoma e o intérprete fosse um “‘canal’ através do qual os valores sociais invadem o direito, como se o sujeito fosse o fiador de que as regras jurídicas não seriam aplicadas de um modo excessivamente formalista”.<sup>559</sup>

Para Lenio Streck, “o direito é um sistema formado por regras (preceitos) e princípios. Ambos são normas. A diferença entre a regra e o princípio é que este está contido naquela, atravessando-a, resgatando o mundo prático”.<sup>560</sup> Portanto, “a regra não subsiste sem o princípio. Do mesmo modo, não há princípio que possa ser aplicado sem o ‘atravessamento’ de uma regra. A regra não explica. A regra esconde. O princípio desnuda a capa de sentido imposta pela regra”.<sup>561</sup> Em outras palavras: “o princípio é a enunciação do que está enunciado”.<sup>562</sup> Afinal, “não se interpreta para compreender, mas se compreende para interpretar”.<sup>563</sup>

Feitas essas considerações preambulares sobre o neoconstitucionalismo, passar-se-á, a seguir, a examinar os traços marcantes que essa perspectiva imantou no direito de autor, especialmente no que tange à promoção da discricionariedade e ao ativismo judicial calcados na tentativa de relegar ao intérprete da Lei de Direitos Autorais<sup>564</sup> a autoridade para, a partir do cotejo com os princípios constitucionais, buscar os valores escondidos por debaixo do texto, desvelando o suposto “verdadeiro” sentido da norma autoralista, a fim de conciliar interesses privados (do Autor) com interesses públicos (da sociedade).

---

<sup>558</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 144.

<sup>559</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 77.

<sup>560</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 145.

<sup>561</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 145.

<sup>562</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 145.

<sup>563</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 236.

<sup>564</sup> BRASIL. **Lei 9.610, 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 27 Ago. 2017.



#### 4.3.1 A Constitucionalização (Funcionalização) do Direito (de Autor).

Na exposição propedêutica que antecedeu, buscou-se trazer a lume aquilo que Gustavo Tepedino denomina de “premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil”,<sup>565</sup> ou seja, os contornos por detrás das opções metodológicas desta postura neoconstitucional, que teve importância significativa na produção jurídica mais recente ao pós-redemocratização do Brasil.

Tal contexto de desenvolvimento do discurso jurídico vincula-se, especialmente, ao fato que, muito embora a Constituição Federal tenha proporcionado uma guinada paradigmática na epistemologia jurídica brasileira, a partir de sua promulgação, em 05 de outubro de 1988, o legislador infraconstitucional pátrio demorou longos anos para entregar para a sociedade uma nova ordem normativa infraconstitucional que superasse o ranço da velha república, e estivesse em plena consonância com o novo primado constitucional.

Ao passo que boa parte da doutrina esperava, ansiosamente, o advento de um (novo) Código Civil, que desde os anos 1970 tramitava no Congresso Nacional, a realidade que sobreveio foi uma enxurrada de Estatutos para regulamentar a vida privada, visando a suplantam o lapso legislativo. Para Gustavo Tepedino, neste período, que ele denominada de “era dos estatutos”,<sup>566</sup> ocorreu uma fragmentação da ordem normativa privada em diversos microssistemas, como o Direito do Consumidor, *e.g.*, que passaram a competir com a antiga unidade de sentidos do Código Civil, denunciando a perda da posição hegemônica que sempre ostentou.

Em face dos microssistemas, o Código Civil perderia mais e mais a sua posição hegemônica, em nada servindo, por consequência, as propostas de uma nova codificação, desesperada e vã tentativa de unificar interesses jurídicos múltiplos, díspares, insuscetíveis de recondução a um núcleo normativo monolítico. Afinal, a proliferação das leis especiais, segundo a mesma análise, seria reflexo da inelutável multiplicação de grupos sociais em ascensão, de corporações, e de centros de interesses novos e diversificados que passaram a habitar o universo jurídico.<sup>567</sup>

<sup>565</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil – Tomo II**. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro, São Paulo Recife: Renovar. 2008.

<sup>566</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil – Tomo II**. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro, São Paulo Recife: Renovar. 2008. p. 8.

<sup>567</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil – Tomo II**. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro, São Paulo Recife: Renovar. 2008. p. 12.

Segundo Maria Celina B. de Moraes, tal posição hegemônica, antes ostentada pelo Código Civil, desloca-se para a Constituição Federal, que passa a representar a “base única dos princípios fundamentais do ordenamento”.<sup>568</sup>

Diante da nova Constituição e da proliferação dos chamados microssistemas, como, por exemplo, a Lei do Direito Autoral, e recentemente, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei das Locações, é forçoso reconhecer que o Código Civil não mais se encontra no centro das relações de direito privado. Tal pólo foi deslocado, a partir da consciência da unidade do sistema e do respeito a hierarquia das fontes normativas, para a Constituição, base única dos princípios fundamentais do ordenamento.<sup>569</sup>

Em que pese não ostentasse mais posição hegemônica no ordenamento jurídico - de acordo com a doutrina - o (novo) Código Civil veio a ser promulgado em 1º de janeiro de 2003.<sup>570</sup> Após trinta anos tramitando no Congresso Nacional, entretanto, nasce, paradoxalmente, velho. Não obstante, mantém a mesma matriz epistemológica do distante Direito Civil que promulgou o Código Civilista de 1916, bem como distante dos novos paradigmas que fundaram o Estado Social e Democrático de Direito, em 05 de outubro de 1988.

A ruptura material de compromissos com relação à proposição tradicional do Direito Civil, almejada pela comunidade jurídica, não fora operada com a nova codificação, que se limitou a introduzir uma tímida (re)abertura da ordem normativa através da suposta novidade das cláusulas gerais (apontadas como a inovação do “novo” Código Civil).<sup>571</sup> Na análise de Ricardo Aronne,<sup>572</sup> as cláusulas gerais representam uma tímida tentativa de adaptar as regras codificadas aos novos ditames constitucionais. Além disso, refletem um discurso jurídico enclausurado em um instrumental clássico, afeiçoado aos ensinamentos das Escolas que dominaram

<sup>568</sup> MORAES, Maria Celina B. **A caminho de um direito civil constitucional**. [S.l., 1999?]. p. 1-22. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15528-15529-1-PB.pdf>>. Acesso em 18 Nov. 2017.

<sup>569</sup> MORAES, Maria Celina B. **A caminho de um direito civil constitucional**. [S.l., 1999?]. p. 1-22. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15528-15529-1-PB.pdf>>. Acesso em 18 Nov. 2017. p. 4.

<sup>570</sup> BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 26 Nov. 2017.

<sup>571</sup> ARONNE, Ricardo, **Direito civil-constitucional e teoria do caos**: estudos preliminares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 37.

<sup>572</sup> ARONNE, Ricardo, **Direito civil-constitucional e teoria do caos**: estudos preliminares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 41/42.

a epistemologia jurídica durante os séculos XIX e XX, tais como: a Jurisprudência dos Conceitos e o Positivismo Jurídico, *e.g.*

Por outro lado, mesmo que a nova codificação civil não tivesse atingido as expectativas de considerável parcela da comunidade jurídica, não se poderia mais permanecer acusando-a de estar em dissonância com os novos primados constitucionais. Afinal, após o advento da Constituição de 1988, ou o texto legal promulgado pelo Poder Legislativo poderia ser constitucional, ou não; e, nesta segunda hipótese, não se trata mais de empregar interpretação (axiológica) constitucional, mas de defenestrar tal legislação, no todo ou em parte, do âmbito da vigente normatividade, através do competente controle de constitucionalidade difuso ou concentrado.

Imperioso aclarar, que o estopim da chamada Constitucionalização do Direito Privado ocorreu naquele interstício de aproximadamente quinze anos havidos entre a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o advento do (novo) Código Civil,<sup>573</sup> eis que, neste período, a única base normativa para regular a vida civil (o Código Beviláqua) não tinha sido recepcionado, em sua quase integralidade, pelo novo texto constitucional, e os diversos Estatutos que vinham sendo promulgados apenas contribuíam para a fragmentação da ordem normativa civil. Assim, impôs-se ao operador do direito a criação de um legítimo método interpretativo (interpretação axiológica), consoante visto no item anterior, para adequar o regramento infraconstitucional aos novos ditames constitucionais, garantindo eficiência e unidade ao ordenamento jurídico.

Entretanto, repita-se, por mais que, efetivamente, a ruptura material de compromissos do novo Código Civil tenha sido pífio, e diversas críticas possam (e devam) ser a ele endereçadas, a partir do momento em que uma nova legislação é promulgada seguindo os ditames constitucionais de um Estado Democrático de Direito, perde o sentido a pretensão (neoconstitucional) de dissociar o texto do seu sentido normativo. Pior, apostando em uma suposta interpretação (axiológica) constitucional para, através do intérprete e de um conjunto de princípios que pretendem esconder valores constitucionais, dar ao texto o sentido subjetivo que o intérprete entender adequado.

---

<sup>573</sup> BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2012**. Institui o Código Civil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 26 Nov. 2017.

Com bem destaca Lenio Streck, “obedecer ‘à risca o texto da lei’ democraticamente construído (já superada a questão da distinção entre direito e moral) não tem nada a ver com a ‘exegese’ à moda antiga (positivismo)”.<sup>574</sup> Muito pelo contrário, o cumprimento da lei especialmente em um país de modernidade tardia, como o Brasil, deve ser entendido com um significativo avanço democrático e social. Isso porque, ao passo em que, antes da redemocratização, a “legalidade” poderia ser compreendida como o exercício de um poder despótico, hodiernamente a “legalidade” possui outra conotação. Nas palavras de Lenio Streck, hoje, trabalha-se com “uma legalidade constituída a partir dos princípios que são o marco da história institucional do direito; uma legalidade, enfim, que se forma no horizonte daquilo que foi, prospectivamente, estabelecido pelo texto constitucional”.<sup>575</sup> Por isso, “cumprir a letra (sic) da lei’ significa sim, nos marcos de um regime democrático como o nosso, um avanço considerável”.<sup>576</sup>

Permite-se enfatizar que, por mais que se discorde das previsões do (novo) Código Civil, promulgado em 1º de janeiro de 2003,<sup>577</sup> ou – migrando para a discussão autoralista - das previsões da Lei de Direitos autorais,<sup>578</sup> promulgada em 19 de fevereiro de 1998, não se pode, a pretexto de promover uma interpretação (axiológica) constitucional do ordenamento jurídico, simplesmente ignorar ou ir de encontro a suas previsões legais, como se o processo legislativo de tais leis não tivesse ocorrido sobre o primado da legalidade de um Estado Democrático de Direito, ou, ainda, como se os princípios constitucionais não permeassem, inexoravelmente, as integralidade das referidas leis.

Com efeito, o direito de autor não passou imune a toda essa onda de transformações estruturais ocorridas no Direito. Assim como ocorreu com relação à codificação civil, também a lei que trazia a normatividade infraconstitucional

---

<sup>574</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 50.

<sup>575</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 50.

<sup>576</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 50.

<sup>577</sup> BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2012**. Institui o Código Civil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 26 Nov. 2017.

<sup>578</sup> BRASIL. **Lei 9.610, 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 27 Ago. 2017.

autoralista, datada de 14 de dezembro de 1973,<sup>579</sup> já se mostrava dissonante com a nova realidade constitucional, e, principalmente, desarmônica com a realidade da Sociedade Informacional. Após longos anos tramitando no Congresso Nacional, conquanto, a nova Lei de Direitos Autorais<sup>580</sup> promulgada em 19 de fevereiro de 1998, não apenas veio desacompanhada de grandes inovações com relação às características da Sociedade Informacional, como manteve considerável parte dos artigos da antiga e defasada legislação. Ou seja, a mudança substancial de compromisso esperada pela doutrina autoralista não veio com o advento da Lei nº 9.610/98.

Todavia, ao passo que a antiga Lei de Direitos Autorais, de fato, poderia ter sido considerada como não recepcionada pela nova constituição, o mesmo não se pode falar da nova Lei de Direitos Autorais, datada de 19 de fevereiro de 1998, por mais que, repita-se, diversas críticas possam ser a ela tecidas. O fato é que a nova Lei de Direitos Autorais nasce plenamente constitucionalizada, sendo juridicamente questionável a pretensão de, a pretexto de “constitucionalizá-la”, empregar-se interpretação axiológica com o intuito de, supostamente, adequá-la ao interesse público.

Imperioso destacar que, evidentemente, com esse argumento não se pretende aduzir a adequação da Lei de Direitos Autorais brasileira para a tutela das criações artísticas. Muito menos que o interesse público é questão de somenos importância na tutela do direito de autor. Entretanto, se é certo, por exemplo, que “pela LDA, não se pode fazer cópia de livro que, mesmo com edição comercial esgotada, ainda esteja no prazo de proteção dos direitos autorais”,<sup>581</sup> como destacam Pedro Paranaguá e Sérgio Branco, é forçosa a tentativa, destes mesmos autores, de argumentar no sentido de que, sob o manto da constitucionalização (funcionalização) do direito de autor, a “cópia para preservação da obra, inclusive

---

<sup>579</sup> BRASIL. **Lei nº 5.988, 14 de dezembro de 1973.** Regula os direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5988.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5988.htm)>. Acesso em 27 Ago. 2017.

<sup>580</sup> BRASIL. **Lei 9.610, 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 27 Ago. 2017.

<sup>581</sup> PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. **Direitos autorais.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009. p. 71. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2756/Direitos%20Autorais.pdf>>. Acesso em 26 Nov. 2017.

por meio de digitalização”,<sup>582</sup> apesar de “aparentemente” ser contrária à lei, seria, na verdade, “a efetivação do princípio da função social dos direitos autorais”.<sup>583</sup>

Ora, no âmbito do julgamento moral, provavelmente a maioria das pessoas afirmaria que a “cópia para preservação da obra, inclusive por meio de digitalização”<sup>584</sup> não deveria sofrer reprimenda legal, haja vista o nítido intuito de benefício coletivo, em comparação ao aparente e ínfimo prejuízo individual. Entretanto, o Direito não pode se confundir com os juízos morais. Vê-se, que no exemplo acima citado, os próprios autores que propõem que a ação de digitalização para preservação de obra esteja acobertada pelo “princípio da função social dos direitos autorais”, reconhecem que “pela LDA, não se pode fazer cópia de livro que, mesmo com edição comercial esgotada, ainda esteja no prazo de proteção dos direitos autorais”.<sup>585</sup>

Não se perca de vista, ainda, que a Lei de Direitos Autorais, em seu artigo 46, apresenta uma série de limitações ao direito do autor. Tais regras infraconstitucionais limitadoras do direito de autor estão, obviamente, permeadas pelos princípios constitucionais que lhe dão substrato democrático, e visam a equilibrar o direito individual do autor com os direitos da coletividade, tendo em mente o progresso econômico e a difusão da cultura.<sup>586</sup> Com certa tranquilidade, poder-se-ia afirmar, por exemplo, que a limitação prevista no inciso VI, do artigo 46, da Lei nº 9.610/98, representa a limitação ao direito individual do autor em privilégio aos direitos constitucionais de acesso à cultura e educação. Conquanto, retornando ao exemplo trazido por Pedro Paranaguá e Sérgio Branco, a “cópia para preservação da obra” (infelizmente) não se encontra dentre as hipóteses de

<sup>582</sup> PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. **Direitos autorais**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009. p. 71. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2756/Direitos%20Autorais.pdf>>. Acesso em 26 Nov. 2017.

<sup>583</sup> PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. **Direitos autorais**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009. p. 71. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2756/Direitos%20Autorais.pdf>>. Acesso em 26 Nov. 2017.

<sup>584</sup> PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. **Direitos autorais**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009. p. 71. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2756/Direitos%20Autorais.pdf>>. Acesso em 26 Nov. 2017.

<sup>585</sup> PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. **Direitos autorais**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009. p. 71. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2756/Direitos%20Autorais.pdf>>. Acesso em 26 Nov. 2017.

<sup>586</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Contornos atuais do direito do autor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 37.



limitação ao direito de autor. Conseqüentemente, se a ordem democrática não previu tal hipótese normativa, obviamente não cabe ao intérprete criá-la; muito menos sob o primado da antiga concepção de interpretação como estágio posterior ao conhecimento.

Aliás, a hipótese de cópia integral de uma obra literária, qualquer que seja a finalidade, foi definitivamente defenestrada das hipóteses normativas da Lei de Direitos Autorais, após o advento da Lei nº 9.610/98, que revogou a antiga Lei nº 5.988/73. Conforme lembra Guilherme Carboni,<sup>587</sup> um dos dispositivos mais polêmicos da atual Lei de Direitos Autorais reside em seu artigo 46, inciso II, que estabelece não constituir ofensa aos direitos autorais “a reprodução, em um só exemplar, de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro”.<sup>588</sup> Ocorre que, adverte o autor, “esse dispositivo legal reproduz, parcialmente, o art. 49, inc. II, da Lei 5.988/73, porém introduzindo algumas palavras que conferem uma alteração significativa no intuito da norma”.

Essa alteração de sentido no referido dispositivo da Lei 9.610/98 é provocado, sobretudo, pela substituição da expressão “de qualquer obra” (conforme a regra da Lei 5.988/73) pela “de pequenos trechos”. Com efeito, se antes era autorizada a reprodução “de qualquer obra” (o que significa: a obra inteira), hoje, somente pode-se reproduzir “pequenos trechos” de uma obra.

Podemos exemplificar, dizendo que, sob a égide da Lei 5.988/73, um livro inteiro poderia ser reproduzido, desde que não se destinasse à utilização com intuito de lucro. Com a entrada em vigor da Lei 9.610/98, não se pode mais copiar um livro inteiro, mas apenas pequenos trechos, ainda que para uso particular e sem intuito de lucro, sob pena de essa reprodução caracterizar violação de direitos autorais.<sup>589</sup>

Ou seja, a própria Lei de Direitos Autorais foi reformada, pelo Poder Legislativo democraticamente constituído, para abarcar a impossibilidade de reprodução integral de um livro, mas, apenas, “pequenos trechos”. Trata-se de uma regra, e, como tal, está consubstanciada pela carga principiológica que lhe é ínsita. Portanto, não cabe ao intérprete, supostamente, harmonizar tal previsão normativa, avaliando

<sup>587</sup> CARBONI, Guilherme. **Função social do direito de autor**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 166.

<sup>588</sup> Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: (...) II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro; (...). BRASIL. **Lei 9.610, 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 27 Ago. 2017.

<sup>589</sup> CARBONI, Guilherme. **Função social do direito de autor**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 166/167.

seu eventual conflito com os princípios constitucionais – inclusive, porque, conforme é de veras cediço, não há conflitos entre regras e princípios, mas, apenas, entre princípios, entre si.<sup>590</sup> Na verdade, arguir o conflito entre a Lei de Direitos Autorais (regras) e os princípios constitucionais – algo que ocorre de forma corriqueira na doutrina autoralista<sup>591</sup> - não passa de uma técnica retórico-interpretativa para contornar as previsões legais e moldar a normatividade (autoralista) a espelho da subjetividade e ânimo de seu intérprete, de forma discricionária. Obviamente, repita-se, não se ignora que existam conflitos entre as regras emitidas pelo Poder Legislativo e aquelas de ordem constitucional. Todavia, tais conflitos devem ser sanados pela via do competente controle concentrado ou difuso de constitucionalidade, e não pela via da interpretação expansiva, como se a ordem normativa dependesse do intérprete para preenchê-la de sentido.

Ocorre que, não apenas a doutrina tem se dobrado a este modelo de pensar o direito de autor, mas também a jurisprudência, inclusive do Superior Tribunal de Justiça,<sup>592</sup> tem passado a adotar, com certa euforia, essa postura neoconstitucional

---

<sup>590</sup> A propósito, imperioso lembrar que, para Robert Alexy, os conflitos entre regras ocorrem na dimensão na validade, enquanto que as colisões entre princípios ocorrem na dimensão do peso. Regras conflitam entre si, ao passo em que os princípios colidem entre si. Entretanto, regras e princípios jamais poderão colidir/conflitar, eis que operam em dimensões diversas. Nas palavras de Robert Alexy, “ou uma norma jurídica é válida, ou não é. Se uma regra é válida e aplicável a um caso concreto, isso significa que também sua consequência jurídica é válida”. Por outro lado, prossegue Alexy, “se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido – um dos princípios terá que ceder”. Apenas na hipótese de colisão de princípios, na qual um deles tem que ceder, haverá a necessidade de socorro à ponderação e à proporcionalidade. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 92/93

<sup>591</sup> Ilustrativamente, cabe citar exemplo extraído de Eduardo Pires e Luiz Gonzaga Adolfo: “A partir disso então, pode-se entender que sempre que a lei de direitos autorais servir de empecilho para o acesso a informação para fins culturais e educacionais, se estará diante de um conflito entre direitos fundamentais. Nessa perspectiva, permite-se segunda a tese da incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, que se aplique diretamente o direito fundamental à cultura, no caso concreto, para resolução do conflito. A solução do caso, conseqüentemente, ocorrerá por meio da ponderação entre os direitos em conflito, com a utilização dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade”. PIRES, Eduardo; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Direito de autor versus direito de acesso à cultura: possibilidades e tendências para resolução dos conflitos entre direitos fundamentais por meio da teoria constitucional. In WACHOWICZ, Marcos (Org.). **Estudos de direito de autor e interesse público**: Anais do X CODAIP, X Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. Curitiba: Gedai, 2016. p. 357/376. p. 371. Disponível em <[http://www.gedai.com.br/sites/default/files/publicacoes/xcodaip\\_anais\\_e-book\\_1.compressed.pdf](http://www.gedai.com.br/sites/default/files/publicacoes/xcodaip_anais_e-book_1.compressed.pdf)>. Acesso em 26 Nov. 2017.

<sup>592</sup> De acordo com Allan Rocha, “a partir da análise das decisões, verifica-se a consolidação pelo STJ da interpretação extensiva das limitações aos direitos autorais. Firma-se assim o entendimento de que as limitações não abarcam apenas as hipóteses expressamente previstas em lei, mas também outras situações em que os direitos da coletividade se sobrepõem aos direitos patrimoniais do autor”. SOUZA, Allan Rocha de. As Limitações dos Direitos Autorais no Superior Tribunal de Justiça. In WACHOWICZ, Marcos (Org.). **Estudos de direito de autor e interesse público**: Anais do X CODAIP, X Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. Curitiba:

de tentar contornar as regras em nome dos princípios, como se, repita-se, as regras previstas na Lei de Direitos Autorais já não estivessem inexoravelmente permeadas pelos princípios constitucionais que lhe dão substrato democrático.

Neste sentido, cabe citar a paradigmática decisão da lavra do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, da terceira turma do Superior Tribunal de Justiça, que chancelou entendimento no sentido de que o âmbito efetivo de proteção do “direito à propriedade autoral (art. 5º, XXVII, da CF)” surgiria somente após a consideração das restrições e limitações a ele opostas, “devendo ser consideradas, como tais, as resultantes do rol exemplificativo extraído dos enunciados dos artigos 46, 47 e 48 da Lei 9.610/98, interpretadas e aplicadas de acordo com os direitos fundamentais”.<sup>593</sup>

Ora, afirmar que as regras da limitação ao direito de autor - previstas nos artigos 46, 47 e 48, da Lei nº 9.610/98- constitui-se na condição de um rol exemplificativo, significa dar coro ao entendimento de que o intérprete é o fiador dos sentidos do texto, e o responsável por transformar o texto em norma; perspectiva que, como já apontada, em nada supera o positivismo normativista que essa corrente do pensamento jurídico empenha tanto esforço em superar. Além disso, se o âmbito efetivo de proteção do “direito à propriedade autoral (art. 5º, XXVII, da CF)” (*sic*) surge, efetivamente, apenas após a consideração das restrições e limitações a ele opostas, e tais restrições e limitações encontram na interpretação discricionária

Gedai, 2016. p. 331/356. p. 349. Disponível em <[http://www.gedai.com.br/sites/default/files/publicacoes/xcodaip\\_anais\\_e-book\\_1.compressed.pdf](http://www.gedai.com.br/sites/default/files/publicacoes/xcodaip_anais_e-book_1.compressed.pdf)>. Acesso em 26 Nov. 2017.

<sup>593</sup> RECURSO ESPECIAL. COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO- ECAD. EXECUÇÕES MUSICAIS E SONORIZAÇÕES AMBIENTAIS. EVENTO REALIZADO EM ESCOLA, SEM FINS LUCRATIVOS, COM ENTRADA GRATUITA E FINALIDADE EXCLUSIVAMENTE RELIGIOSA. I - Controvérsia em torno da possibilidade de cobrança de direitos autorais de entidade religiosa pela realização de execuções musicais e sonorizações ambientais em escola, abrindo o Ano Vocacional, evento religioso, sem fins lucrativos e com entrada gratuita. II - Necessidade de interpretação sistemática e teleológica do enunciado normativo do art. 46 da Lei n. 9610/98 à luz das limitações estabelecidas pela própria lei especial, assegurando a tutela de direitos fundamentais e princípios constitucionais em colisão com os direitos do autor, como a intimidade, a vida privada, a cultura, a educação e a religião. III - O âmbito efetivo de proteção do direito à propriedade autoral (art. 5º, XXVII, da CF) surge somente após a consideração das restrições e limitações a ele opostas, devendo ser consideradas, como tais, as resultantes do rol exemplificativo extraído dos enunciados dos artigos 46, 47 e 48 da Lei 9.610/98, interpretadas e aplicadas de acordo com os direitos fundamentais. III - Utilização, como critério para a identificação das restrições e limitações, da regra do teste dos três passos ('three step test'), disciplinada pela Convenção de Berna e pelo Acordo OMC/TRIPS. IV - Reconhecimento, no caso dos autos, nos termos das convenções internacionais, que a limitação da incidência dos direitos autorais "não conflita com a utilização comercial normal de obra" e "não prejudica injustificadamente os interesses do autor". V - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 964.404 – ES**. Terceira Turma. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 15 de março de 2011. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em 26 Nov. 2017.

do juiz sua forma normativa final, conclui-se que o direito de autor apenas se manifesta, concretamente, na posição subjetiva e discricionária do juiz-intérprete; posição que, a toda evidência não se pode coadunar em um Estado Democrático de Direito.

Com efeito, o que se percebe na doutrina autoralista majoritária, e inclusive na jurisprudência que se preocupa com a funcionalização do direito de autor, ou seja, que volta atenção para o fato de que em um Estado Social Democrático de Direito as normas autoralistas devem estar voltadas para o cumprimento de funções (sociais) que lhe são ínsitas, é uma espécie de tentativa de readequação pragmática por intermédio do emprego de interpretações expansivas da legislação, quando não contrárias à lei,<sup>594</sup> sob o pretexto de que se trataria de uma “busca para se atingir o equilíbrio entre o direito detido pelo autor e o direito de acesso ao conhecimento de que goza a sociedade”.<sup>595</sup>

De forma um pouco mais arejada, conquanto, parte da doutrina autoralista tem trabalhado com outra concepção de funcionalização do direito de autor, para além deste legado recente da história autoralista identificada com o neoconstitucionalismo. Neste sentido, Guilherme Carboni destaca, com razão, que “normalmente, confunde-se a regulamentação da função social do direito de autor com as limitações e exceções ditadas na lei”.<sup>596</sup> Não obstante, “a demanda por acesso ao conhecimento precisa ser reconduzida ao próprio cerne da proteção da autoral”,<sup>597</sup> e não trabalhada como um mero subterfugio interpretativo vinculado a exceções e limitações que, ao fim e ao cabo, não passam de estratégias retórico-interpretativas para uma (suposta) composição de interesses públicos e privados.

<sup>594</sup> Cumpre mencionar, que para Maria Celina B. de Moraes a interpretação axiológica permite ao hermeneuta, inclusive, a tarefa de modificação da normatividade. Notadamente quando o legislador ordinário permanece inerte, adverte a autora, “devem o Juiz e o Jurista proceder ao inadiável trabalho de adequação da legislação civil, através de interpretações dotadas de particular 'sensibilidade constitucional' que, em última análise, e sempre, verifiquem o teor e o espírito da Constituição”. MORAES, Maria Celina B. **A caminho de um direito civil constitucional**. [S.l., 1999?]. p. 1-22. p. 14. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15528-15529-1-PB.pdf>>. Acesso em 18 Nov. 2017.

<sup>595</sup> PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. **Direitos autorais**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009. p. 71. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2756/Direitos%20Autorais.pdf>>. Acesso em 26 Nov. 2017.

<sup>596</sup> CARBONI, Guilherme. **Função social do direito de autor**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 97.

<sup>597</sup> SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. **O domínio público e a função social do direito autoral**. Liinc em Revista, v.7, n.2, setembro 2011, Rio de Janeiro, p. 664 – 680. p. 665. Disponível em <<http://www.ibict.br/liinc>>. Acesso em 18 Nov. 2017.

Dito de forma mais clara: a composição de interesses públicos e privados deve passar a ocorrer de forma intrínseca à normatividade autoralista.

#### 4.3.2 Direito de Autor e Interesse Público para além do legado neoconstitucional

De acordo com Carlos Affonso Pereira de Souza, “a análise funcional representa a superação de uma investigação meramente estrutural dos direitos autorais”,<sup>598</sup> já que, por meio dela, passa-se a buscar “compreender como a tutela desses direitos promove a atividade criativa e desenvolve meios para que valores compartilhados na sociedade sejam atingidos”.<sup>599</sup>

Desta análise funcional, prossegue Carlos Affonso, resultariam as duas principais funções do direito de autor: primeiro, a função promocional, “caracterizada pela outorga de uma exclusividade”,<sup>600</sup> segundo, a função social, que “gera restrições a esse regime de exclusividade”,<sup>601</sup> e “tem como pressuposto o atendimento do direito coletivo de acesso ao conhecimento e à informação, o que de imediato relaciona essa função ao exercício de direitos fundamentais como o direito à informação, à educação e à cultura”.<sup>602</sup>

Neste mesmo sentido, para Guilherme Carboni,<sup>603</sup> a partir desta análise funcional resultariam cinco funções do direito de autor: a função de identificação do Autor, que visa a garantir o reconhecimento da Autoria de uma obra, tanto para benefício do Autor, quanto da sociedade que a ela tem acesso; a função promocional, que representa “a função de estímulo à criação intelectual”,<sup>604</sup> a função econômica, que justifica o papel do direito de autor, a nível macroeconômico, na circulação de obras intelectuais em uma economia de mercado; a função política,

<sup>598</sup> SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. **O domínio público e a função social do direito autorial**. Liinc em Revista, v.7, n.2, setembro 2011, Rio de Janeiro, p. 664 – 680. p. 666. Disponível em <<http://www.ibict.br/liinc>>. Acesso em 18 Nov. 2017.

<sup>599</sup> SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. **O domínio público e a função social do direito autorial**. Liinc em Revista, v.7, n.2, setembro 2011, Rio de Janeiro, p. 664 – 680. p. 666. Disponível em <<http://www.ibict.br/liinc>>. Acesso em 18 Nov. 2017.

<sup>600</sup> SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. **O domínio público e a função social do direito autorial**. Liinc em Revista, v.7, n.2, setembro 2011, Rio de Janeiro, p. 664 – 680. p. 666. Disponível em <<http://www.ibict.br/liinc>>. Acesso em 18 Nov. 2017.

<sup>601</sup> SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. **O domínio público e a função social do direito autorial**. Liinc em Revista, v.7, n.2, setembro 2011, Rio de Janeiro, p. 664 – 680. p. 665. Disponível em <<http://www.ibict.br/liinc>>. Acesso em 18 Nov. 2017.

<sup>602</sup> SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. **O domínio público e a função social do direito autorial**. Liinc em Revista, v.7, n.2, setembro 2011, Rio de Janeiro, p. 664 – 680. p. 665. Disponível em <<http://www.ibict.br/liinc>>. Acesso em 18 Nov. 2017.

<sup>603</sup> CARBONI, Guilherme. **Função social do direito de autor**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 73.

<sup>604</sup> CARBONI, Guilherme. **Função social do direito de autor**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 73.



que visualiza o direito de autor como um “instrumento que tem por função promover o desenvolvimento cultural, econômico e tecnológico”;<sup>605</sup> e, por fim, a função social. Especificamente sobre esta última função (social), Guilherme Carboni expõe que:

O direito de autor tem como função social a promoção do desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico, mediante a concessão de um direito exclusivo para a utilização e exploração de determinadas obras intelectuais por um certo prazo, findo o qual, a obra cai em domínio público e pode ser utilizada livremente por qualquer pessoa.<sup>606</sup>

Conforme já se teve a oportunidade de apontar, Guilherme Carboni entende que “normalmente, confunde-se a regulamentação da função social do direito de autor com as limitações e exceções ditadas na lei”.<sup>607</sup> Segundo ele, as “limitações e exceções não são suficientes para resolver os conflitos entre o direito individual do autor e o interesse público à livre utilização de obras intelectuais”,<sup>608</sup> já que elas responderiam, apenas, por parcela das restrições impostas ao direito de autor, em razão de sua função social; denominadas restrições extrínsecas. Além destas, também se devem considerar as restrições intrínsecas da função social do direito de autor, que representam as limitações aplicadas na própria estrutura da normatividade autoralista, especialmente nos elementos: objeto, duração e extensão da proteção, e.g..

Assim, podemos dizer que a regulamentação da função social do direito de autor tem como base uma forma de interpretação que permite aplicar ao direito de autor restrições relativas à extensão da proteção autoral (“restrições intrínsecas”) – notadamente no que diz respeito ao objeto e à duração da proteção autoral, bem como às limitações estabelecidas em lei – além de restrições quanto ao seu exercício (“restrições extrínsecas”) – como a função social da propriedade e dos contratos, a teoria do abuso de direito e das regras sobre desapropriação para divulgação ou reedição de obras intelectuais protegidas – visando a correção de distorções, excesso e abusos praticados por particulares no gozo desse direito, para que o mesmo possa cumprir a sua função social de promover desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico.<sup>609</sup>

---

<sup>605</sup> CARBONI, Guilherme. **Função social do direito de autor**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 89.

<sup>606</sup> CARBONI, Guilherme. **Função social do direito de autor**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 97.

<sup>607</sup> CARBONI, Guilherme. **Função social do direito de autor**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 97.

<sup>608</sup> CARBONI, Guilherme. **Função social do direito de autor**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 97.

<sup>609</sup> CARBONI, Guilherme. **Função social do direito de autor**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 98.



Importante o devido destaque, que a análise funcional do direito de autor, que dá azo, dentre outras, à sua função social, não se confunde com o princípio fundamental da função social da propriedade, consoante insculpidos na Constituição Federal<sup>610</sup> e no Código Civil.<sup>611</sup> Inclusive, o próprio trecho supracitado é minucioso em operar essa diferença fundamental entre a função social do direito de autor, advinda da análise funcional do direito de autor, e o princípio fundamental da função social (da propriedade), presente no texto constitucional.

Sem avançar demasiado neste tocante, justifica-se a ênfase nesta distinção, já que se entende que o princípio fundamental da função social da propriedade é inaplicável ao direito de autor. Isso significa que, dentro da perspectiva hermenêutica que baliza esta investigação, o princípio fundamental da função social da propriedade não se encontra no substrato de uma regra que compõe a normatividade autoralista. Isso porque, consoante se demonstrou no capítulo inaugural, o direito de autor não possui natureza jurídica de propriedade. Ou seja, as teorias que fundamentam o direito de propriedade, inclusive sobre bens imateriais (propriedade intelectual), em nada auxiliam a justificar a existência do direito de autor. Logicamente, portanto, seria inimaginável a aplicação de um princípio fundamental voltada para o direito de propriedade em prol de algo que propriedade não é.<sup>612</sup>

Por isso, quando se fala em função social, inexistente qualquer referência implícita ao princípio fundamental da função social. Muito pelo contrário, toda e qualquer referência à função social denota a dualidade de restrições intrínsecas e

---

<sup>610</sup> "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; (...)". BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 05 Out. 1988.

<sup>611</sup> "Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. (...)". BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2012**. Institui o Código Civil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 26 Nov. 2017.

<sup>612</sup> Na verdade, cumpre o esclarecimento que, embora possua mais pontos de diálogo com o direito de autor, sequer a perspectiva econômica, que se encontra no substrato de sua função promocional, possui melhores condições de justificar a existência do direito de autor como um monopólio – em que pese, advirta-se, as ciências econômicas, de fato, auxiliem na compreensão de diversas dinâmicas e processos em que está inserido o direito de autor.

extrínsecas que, segundo Carlos Affonso Pereira de Souza, “tem desempenhado um papel relevante na doutrina nacional para afirmar a existência de interesses públicos na tutela autoral, contribuindo assim para um fenômeno de ‘flexibilização’ dos direitos autorais”.<sup>613</sup> Aliás, o termo “flexibilização”, certamente, está grafado entre aspas para não se confundir com as pretensões de flexibilização operadas a partir do advento do neoconstitucionalismo autoralista que, repita-se, apenas contribuiu para a expansão do ativismo e da discricionariedade judicial no seio da normatividade autoralista.

Com efeito, a função social do direito de autor, para além do legado neoconstitucional, preocupa-se em operar uma análise funcional do direito de autor, a fim de que ele passe a desempenhar funções adequadas ao contexto de um Estado Democrático de Direito, para além da perspectiva essencialmente privatista que sempre dominou sua normatividade. Mais do que isso, almeja criar as bases para justificar a existência do direito de autor, delineando elementos estruturantes em sua normatividade, a partir da própria Constituição, de forma intrínseca.

Para nós, a função social do direito de autor é mais abrangente, pois pressupõe uma mudança estrutural na própria concepção do instituto jurídico do direito de autor, de forma a constituir o seu fundamento e a sua justificação. O direito de autor, no Brasil, não conta com uma explícita regulamentação da sua função social, cujo sentido, em última instância, é o fomento à produção intelectual, visando ao desenvolvimento cultural e tecnológico.

Pretendemos, assim, demonstrar que a função social do direito de autor não se encerra com a mera proteção do direito individual do criador como mecanismo de estímulo ao desenvolvimento de obras intelectuais em benefício da coletividade. Valendo-se dos princípios da função social da propriedade e dos contratos, bem como do abuso de direito, previstos em nossa legislação, a função social do direito de autor visa corrigir as distorções, os excessos e os abusos praticado por particulares no gozo desse direito, de forma a garantir que o interesse coletivo no desenvolvimento cultural e tecnológico, em determinadas circunstâncias, possa se sobrepor ao interesse individual do autor.<sup>614</sup>

Evidentemente, não se ignora que a análise funcional do Direito parte de um pressuposto de análise calcado na sociologia, eminentemente em uma perspectiva sistêmica do Direito, que foge da metodologia desta investigação. Porém, comunga-

---

<sup>613</sup> SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. **O domínio público e a função social do direito autoral**. Liinc em Revista, v.7, n.2, setembro 2011, Rio de Janeiro, p. 664 – 680. p. 665. Disponível em <<http://www.ibict.br/liinc>>. Acesso em 18 Nov. 2017.

<sup>614</sup> CARBONI, Guilherme. **Função social do direito de autor**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 17.

se com o ânimo de superar os limites externos à manifestação do direito de autor, que sempre tiveram privilégio no tratamento da matéria, em prol de um legítimo redimensionamento da estrutura interna da normatividade autoralista. Inclusive, por isso, nesta pesquisa, não se fala em função social do direito de autor, mas em uma justificação constitucional do direito de autor, que visa a desvelar a carga principiológica que nutre as regras do direito de autor, para além da visão unidimensional e subjetiva que dominou o conhecimento da matéria, até essa quadra da história, permitindo, assim, a (re)construção da normatividade autoralista, tanto pela via legislativa, quanto doutrinária e jurisprudencial.

#### 4.3.3 Hermenêutica, Constituição e Direitos de Autor.

Antes de encaminhar as derradeiras linhas desta investigação, e concatenar em um discurso unitário todos os já examinados elementos da justificação constitucional ao direito de autor que constitui o objetivo central desta pesquisa, importante promover a aproximação entre os três elementos estruturantes que permitirão a composição deste discurso: hermenêutica, constituição e, obviamente, os direitos de autor. De certa forma, todos esses elementos já foram devidamente explanados, individualmente, no decorrer das páginas que antecederam. Alguns deles, inclusive, já dialogaram entre si. O ânimo desta parte, conquanto, é promover a unidade lógica destes elementos, a fim de que o discurso possa ser erigido em sólidas bases.

Primordial, portanto, repisar que a problemática motriz desta pesquisa reside em averiguar em que medida a perspectiva hermenêutica filosófica, em sua dimensão ética, possui condições epistemológicas que sirvam de elemento estruturante para a construção de uma justificação constitucional para o direito de autor, para além do legado recente da história autoralista vinculado ao neoconstitucionalismo; e, como objetivo central, a construção da referida justificação (constitucional), com vistas à promoção dos direitos fundamentais sociais, à cultura e à educação.

Neste sentido, a superação hermenêutico-filosófica do paradigma epistemológico calcado na filosofia da consciência, que aprisiona a constituição dos sentidos na subjetividade do homem (relação sujeito/objeto), desvela-se essencialmente importante para esta investigação, eis que vai permitir ao direito de

autor reconhecer que, entre o gênio-criador (do Autor) e sua obra, há um terceiro elemento, quiçá preponderante entre ambos, qual seja: a relação de criação, ou, simplesmente, a Arte (Heidegger).

Com efeito, a viragem ontológico-linguística, na forma como trabalhada pela crítica hermenêutica de Lenio Streck, é o “raiar da nova possibilidade de constituição do sentido”,<sup>615</sup> especialmente para o Direito, que não mais estará na subjetividade do Autor (relação sujeito/objeto), mas na linguagem (relação sujeito/sujeito). Não por outra razão, a linguagem passa a ser compreendida como o próprio *locus* da expressão artística e criativa.

Dois elementos exurgem deste caldo epistemológico hermenêutico, notadamente a partir da doutrina de Victor Drummond: o círculo criativo, compreendido como “*locus/momentum* (circunstância espaço-tempo) no qual se dá o processo interpretativo-criativo por parte do sujeito-criador”,<sup>616</sup> e o próprio sujeito-criador, que “interpreta o mundo por meio de seus sentidos e estabelece o processo interpretativo-criativo através do qual irá promover o surgimento de uma manifestação artístico-criativa que fundamentará (ou conduzirá) a existência de uma obra”.<sup>617</sup> Ou seja, a partir do relacionamento entre esses dois elementos (círculo criativo e sujeito-criador) desvela-se uma interdependência entre a Obra, que já se encontra no mundo na forma de potência, e o sujeito-criador, que inserido no círculo criativo interpreta o mundo e promove o surgimento de novas manifestações artístico-criativas.

Por isso, interpretado pela hermenêutica, o direito de autor justifica-se para a manutenção deste círculo criativo, que compreende o sujeito-criador e as mais diversas manifestações artístico-criativas e culturais que alimentam as próprias potencialidades criativas do sujeito-criador. Conseqüentemente, se algum dia a tradição moderna autoralista dedicou especial atenção para outros partícipes do processo de industrialização da Arte, os famigerados intermediários – erigidos à condição de titulares por pura ficção jurídica –, a hermenêutica filosófica desvela que a sistemática da proteção, na verdade, deve estar voltada para o elemento que

<sup>615</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 226.

<sup>616</sup> DRUMMOND, Victor Gameiro. **Em busca do “juiz plagiador”**: contribuições para a teoria da decisão baseada na hermenêutica jurídica sob o olhar do direito de autor. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 51.

<sup>617</sup> DRUMMOND, Victor Gameiro. **Em busca do “juiz plagiador”**: contribuições para a teoria da decisão baseada na hermenêutica jurídica sob o olhar do direito de autor. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 51.

permite a circularidade cultural, por meio das suas interpretações do mundo, qual seja: o sujeito-criador. Inclusive, se o princípio fundamental da dignidade da pessoa perpassa toda a normatividade pátria, de forma inexorável, também por força constitucional desponta a coerência de pavimentar-se a normatividade do direito de autor envolta do sujeito-criador.

Por outro lado, não se pode compreender, a partir da afirmação que a sistemática da proteção autoralista deve estar voltada ao sujeito-criador, que o interesse público deve ser ignorado, ou, muito menos, que se devem promover padrões mais rígidos de proteção, alargando-se objeto, duração e extensão da proteção concedida pelos direitos de autor.

A promoção da dicotômica relação interesse público *versus* privado, ou a antagonista militância por padrões mais rígidos de proteção (usualmente advinda da indústria da arte), apenas contribuem para a manutenção dos fetiches e crenças que dominam a doutrina autoralista. Ora, se “no processo do ambiente potencial de criação, o criador é criador, mas, por outro lado, também sempre é destinatário, e o destinatário, potencialmente, pode vir a ser criador”,<sup>618</sup> evidente que o sujeito-criador e a sociedade não militam em lados opostos (interesse público *versus* privado). Muito pelo contrário, há uma interdependência entre ambos. O avanço de um alimenta as potencialidades do outro, em um movimento cíclico.

Por isso, o substrato principiológico que sustenta a normatividade autoralista não está calcado, apenas, no direito constitucional de exclusividade do Autor (art. 5º, inciso XXVII, da CRFB)<sup>619</sup> como se os direitos fundamentais sociais à cultura (art. 215, da CRFB)<sup>620</sup> e à educação (art. 205, da CRFB)<sup>621</sup> lhe fossem opositores. Para

<sup>618</sup> DRUMMOND, Victor Gameiro. **O Estado fomentador e protetor do desenvolvimento da cultura**. JURISMAT, Portimão, nº 5, 2014, pp. 305-344. p. 310.

<sup>619</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar (...);”BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 05 Out. 1988.

<sup>620</sup> 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”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 05 Out. 1988.

<sup>621</sup> Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. BRASIL. Constituição

muito além de singelas restrições intrínsecas ao direito de autor, os direitos fundamentais sociais, especialmente à cultura e à educação, juntamente com o princípio fundamental da exclusividade do Autor sobre suas criações, constituem o próprio núcleo principiológico que permeia a normatividade autoralista. Repita-se, não de forma antagônica, rivalizando-se mutuamente, mas de forma complementar e assistencial. Afinal, o sujeito-criador não existe sem o círculo-criativo, da mesma forma em que a pessoa humana não prescinde da sociedade em que habita; tanto a forma de sociedade dita os rumos da pessoa humana, quanto às ações individuais ditam os reflexos da sociedade; tanto o sujeito-criador alimenta o círculo-criativo, quanto o círculo criativo alimenta as potencialidades do sujeito-criador.

Importante frisar que, para Victor Drummond, além de representar “a totalidade das manifestações inerentes à existência e a representatividade de um povo”,<sup>622</sup> bem como “o conjunto de conhecimentos que possa ser formador das capacidades de desenvolvimento da(s) pessoa(s) e de sua personalidade”,<sup>623</sup> a cultura desempenha nítido papel de complemento ao processo educacional. Inclusive, é esta relação complementar que vincula, de forma tão estreita, estes dois direitos fundamentais sociais ao direito de autor.

Não bastasse, prossegue Victor Drummond, ao passo em que a “cultura representa um povo porque este se vê representado nela”,<sup>624</sup> somente aquele “indivíduo que compreende o universo cultural do qual faz parte”<sup>625</sup> poderá se ver representado em uma manifestação cultural. Dito de forma ainda mais clara: “somente poderá ser representado na cultura alguém que tenha acesso a ela”.<sup>626</sup>

A educação, portanto, está diretamente relacionada à cultura e, neste sentido, deveria ser efetivamente considerada a universalização das diversas manifestações culturais, visto que enquanto que se considera que o objetivo da universalização educação permite o

---

(1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 05 Out. 1988.

<sup>622</sup> DRUMMOND, Victor Gameiro. **O Estado fomentador e protetor do desenvolvimento da cultura**. JURISMAT, Portimão, nº 5, 2014, pp. 305-344. p. 307.

<sup>623</sup> DRUMMOND, Victor Gameiro. **O Estado fomentador e protetor do desenvolvimento da cultura**. JURISMAT, Portimão, nº 5, 2014, pp. 305-344. p. 307.

<sup>624</sup> DRUMMOND, Victor Gameiro. **O Estado fomentador e protetor do desenvolvimento da cultura**. JURISMAT, Portimão, nº 5, 2014, pp. 305-344. p. 326.

<sup>625</sup> DRUMMOND, Victor Gameiro. **O Estado fomentador e protetor do desenvolvimento da cultura**. JURISMAT, Portimão, nº 5, 2014, pp. 305-344. p. 327.

<sup>626</sup> DRUMMOND, Victor Gameiro. **O Estado fomentador e protetor do desenvolvimento da cultura**. JURISMAT, Portimão, nº 5, 2014, pp. 305-344. p. 327.



conhecimento mínimo básico para se alcançar o mesmo ponto de partida para todos os membros de uma sociedade educacional, e, neste caso, mesmo quando necessariamente tivesse que ser promovida pela Estado. Ora, mesmo eventualmente interpretando-se a cultura como meramente complementar ao processo educacional (e não como representatividade de um povo) também deve haver um mínimo de desenvolvimento cultural ao nível de proteção da educação, como direito fundamental social e não um direito de natureza difuso de difícil identificação.<sup>627</sup>

Ora, que representatividade cultural observa os quase treze milhões de analfabetos do Brasil?<sup>628629</sup> Importante lembrar, neste contexto, que o processo interpretativo-cognitivo em que está inserido o sujeito-criador (círculo-criativo) ocorre a partir de suas pré-concepções do mundo. Ou seja, o sujeito-criador transforma as experiências sensoriais ao seu redor (inspirações) em novas interpretações do mundo (Obras). Por isso, a negação de acesso ao conhecimento educacional básico, ou, mesmo, aos elementos que formam o patrimônio cultura brasileiro (art. 216, da CRFB),<sup>630</sup> possui reflexos diretos nas potencialidades criativas sujeito-criador.

O destaque necessário, assim, é no sentido de que a normatividade autoralista está inserida em contexto muito maior de proteção que vincula, de forma inexorável, uma gama de direitos fundamentais sociais voltados para a promoção da pessoa humana; *in casu*, o sujeito-criador. Por isso, níveis elevados de proteção não necessariamente estimulam novas criações. Muito pelo contrário, o agravamento de restrições à liberdade de acesso a elementos culturais pode, inclusive, acabar comprometendo o processo educacional da pessoa humana, e o próprio processo artístico-criativo do sujeito-criador, diminuindo suas potencialidades criativas; afinal, como é cediço, a criatividade respeita uma dinâmica cumulativa e derivativa.

<sup>627</sup> DRUMMOND, Victor Gameiro. **O Estado fomentador e protetor do desenvolvimento da cultura**. JURISMAT, Portimão, nº 5, 2014, pp. 305-344. p. 327.

<sup>628</sup> SALES, Robson; SARAIVA, Alessandra. Brasil tem 12,9 milhões de analfabetos, aponta Pnad. **Valor econômico**, Rio de Janeiro, 23 Nov. 2016. Disponível em <<http://www.valor.com.br/brasil/4787959/brasil-tem-129-milhoes-de-analfabetos-aponta-pnad>>. Acesso em 26 Nov. 2017.

<sup>629</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **IBGE: Brasil em Síntese**. Rio de Janeiro, 2017. Disponível em <<https://brasilensintese.ibge.gov.br/educacao/taxa-de-analfabetismo-das-pessoas-de-15-anos-ou-mais.html>>. Acesso em 26 Nov. 2017.

<sup>630</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 05 Out. 1988.

#### 4.4 Justificando o Direito de Autor a partir dos Direitos Fundamentais

Chegando ao fim desta investigação, eis, novamente, a pergunta fundamental que a conduziu, até aqui: a que(m) tem servido os direitos de autor em sua feição atual? Ou, reformulando a questão: por que, afinal, falar em direitos de autor?

Ao longo dos tempos, diversas respostas foram endereças a esta pergunta; todas elas analisadas nos capítulos que antecederam. Nenhuma delas, conquanto, aparenta justificar a existência do direito de autor ao fim a que se destina: incentivar/promover o autor a criar novas obras.

Ora, ao passo em que o direito de autor carece de natureza proprietária, o suposto incentivo da perspectiva econômica, que o conduziria a uma natureza de monopólio, também não se comprova em uma análise mais acurada. Pelo contrário, verificou-se que tanto o paradigma da “propriedade”, quanto do “incentivo” (monopólio) operam na justificação do direito de autor da mesma forma como os “fetiches” operam na constituição (“irracional”) da realidade ao homem.

Importante esclarecer, resgatando Peter Drahos,<sup>631</sup> que a economia, de fato, representa um recurso demasiado importante para ser ignorado em qualquer análise filosófica dos direito de autor, eis que permite análises empíricas do custo-benefício envolvido na criação de exclusividades temporárias, sem as quais não se conseguiria ter ideia dos efeitos sociais, positivos ou deletérios, envolvidos na estratégia da criação destes direitos como meio de apropriação de bens intangíveis (não escassos e não rivais). Todavia, tal constatação não implica em reconhecer que a economia dite os rumos da natureza jurídica do direito de autor, como um monopólio (instrumento) exclusivamente de ordem econômica.

Por outro lado, o movimento mais arejado de adequação do direito de autor encontra-se, paradoxalmente, nas posturas de “contracultura” que, na verdade, operam uma fuga parcial da normatividade autoralista, e representam singelos subterfúgios de harmonização do direito de autor às características da Sociedade Informacional, sem, entretanto, promover mudanças capazes de adequar suas estruturas normativas.

---

<sup>631</sup> DRAHOS, Peter. **A philosophy of intellectual property**. Austrália: Australian National University Press. ANU eText edition, 2016. p. 8. Disponível em: <<http://press.anu.edu.au/node/1902>>. Acesso em 19 mar. 2017.

Assim, visando a preencher esse lapso epistemológico que acabou erigindo um direito de autor carente de uma justificação adequada – e carregado de descompassos e contradições –, lançou-se a problemática central desta investigação: em que medida a perspectiva hermenêutica filosófica, em sua dimensão ética, possuiria condições epistemológicas que sirvam de elemento estruturante para a construção de uma justificação constitucional para o direito de autor.

Com efeito, alicerçada na hermenêutica-filosófica, desvela-se que o processo cognitivo-interpretativo de construção artístico-criativo do qual faz parte o “sujeito-criador” não se dá no solipsismo de seu “gênio-criador”, mas, sim, dentro de um contexto maior de construção do sentido, no qual a linguagem ganha papel preponderante, denunciando, assim, o caráter intersubjetivo da relação de criação, que passa a ocorrer no escopo do “círculo criativo” - afinal, a partir da virada linguística (*linguistic turn*) “não há mais um ‘sujeito solitário’”,<sup>632</sup> mas “uma comunidade que antecipa qualquer constituição do sujeito”,<sup>633</sup> em um processar sempre circular (círculo hermenêutico).

Esses dois elementos estruturantes desvelados pela hermenêutica-filosófica, portando, permitem justificar um direito de autor que volta suas atenções para o elemento central da lógica da criação: o sujeito-criador; em pleno diálogo, assim, com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, que dá substrato para a construção de toda a normatividade democrática após a Constituição Federal de 1988.

Por outro lado, justificar um direito de autor que tem no sujeito-criador o elemento central de sua lógica normativa, não importa negligenciar espaço normativo aos demais elementos, igualmente, imprescindíveis na lógica da criação, já que: (i) o sujeito-criador alimenta suas potencialidades criativas a partir de seu próprio contexto social, ou seja, a partir das relações cognitivo-interpretativas que opera com os elementos culturais que o cerca; e, (ii) para além do direito constitucional de exclusividade do Autor (art. 5º, inciso XXVII, da CRFB),<sup>634</sup> os direitos fundamentais

---

<sup>632</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 228.

<sup>633</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 228.

<sup>634</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXVII - aos autores pertence o

sociais à cultura (art. 215, da CRFB)<sup>635</sup> e à educação (art. 205, da CRFB)<sup>636</sup> também encontram-se no substrato principiológico da normatividade autoralista, de forma harmônica e complementar.

Imperioso o destaque, que a proposta aqui assinalada impõe o repensar normativo do direito de autor como um todo. Portanto, meras alterações pontuais e excessivamente pragmáticas quanto a prazo ou às limitações não seriam capazes de dar conta da complexidade que esta perspectiva impõe à necessidade de reformulação do direito de autor. Por outro lado, crê-se que a adequação necessária para a eficácia deste direito de autor revisitado pela hermenêutica-filosófica e justificado assente nos direitos fundamentais demandaria um reposicionamento doutrinário, bem como a promulgação de regras adequadas para o tratamento da matéria.

Possivelmente, a diminuição do escopo e prazo de proteção estaria dentro dessas possíveis reformulações legislativas, a fim de se restringir a gama de exclusividades do Autor sobre a Obra, expandindo-se, assim, as liberdades para utilização destas; considerando-se, especialmente, as novas possibilidades tecnológicas advindas com a Sociedade Informacional. Entretanto, tal análise fugiria do escopo desta pesquisa, que se limitou a buscar uma justificação ao direito de autor capaz de sanar seus diversos fetiches e descompassos, bem como reerguê-lo em novas bases, mais comprometidas com a filosofia, e, acima de tudo, com compromisso concreto na consolidação de direitos fundamentais sociais.

---

direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar (...);”BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 05 Out. 1988.

<sup>635</sup> 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”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 05 Out. 1988.

<sup>636</sup> Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 05 Out. 1988.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo como eixo temático central o direito de autor, a presente investigação foi conduzida tendo como problemática motriz averiguar em que medida a perspectiva hermenêutica filosófica possuía condições epistemológicas que servissem de elemento estruturante para a construção de uma justificação constitucional ao direito de autor, para além do legado da tradição autoralista, inclusive aquele vinculado ao recente neoconstitucionalismo; e, como objetivo central, a construção da referida justificação (constitucional), com vistas à promoção dos direitos fundamentais sociais, à cultura e à educação.

Dito isso, a primeira conclusão que exsurge, ao término da investigação, aponta no sentido que a hermenêutica filosófica, de fato, desvela elementos essenciais que permitem a tessitura de argumento crítico à tradição epistemológica do direito de autor, assim como a pavimentação do trajeto rumo à justificação constitucional que se pretendeu alcançar, a fim de reposicionar o direito de autor como promotor dos direitos fundamentais sociais, à cultura e à educação; para além da função estéril que tem desempenhado na (e para a) sociedade contemporânea.

O *primeiro* (i) destes elementos, destarte, reside na superação encampada pela hermenêutica filosófica do paradigma epistemológico calcado na filosofia da consciência, tão caro ao direito de autor, que aprisiona a constituição dos sentidos na subjetividade do homem (relação sujeito/objeto), permitindo-se reconhecer, enfim, que entre o gênio-criador (do Autor) e sua obra, há um terceiro elemento, quiçá preponderante entre ambos, qual seja: a relação de criação, ou, simplesmente, a Arte (Heidegger).

É certo que as Teorias Contemporâneas da Autoria do Século XX, notadamente a partir dos estudos de Rolando Barth e Michel Foucault, já haviam atingido o mérito, a partir das teorias da linguagem, de dissociar a obra da consciência de seu criador, apontando a fragilidade do paradigma da filosofia da consciência, que encampou a normatividade autoralista durante a modernidade, e nos legou os mitos da originalidade e gênio-criador; que, até hoje, gozam de importância fulcral para o direito de autor. Entretanto, ainda aqui a linguagem é encarada como um terceiro elemento que se impõe entre o homem e a constituição dos sentidos, e não como a responsável por trazer condições de possibilidade de acesso do homem ao conhecimento. Não bastasse, entende-se que esta

perspectiva, ao apontar uma suposta “Morte do Autor”, trazendo demasiada importância ao intérprete (receptor) e à obra - que, por si só, passa a gozar de relativa independência - peca pelo radicalismo de negligenciar um dos elementos essenciais da lógica da criação, o sujeito (criador).

Por questão de clareza, cumpre destacar não se tratar de conclusão lógica ao reconhecimento de que, a partir da hermenêutica filosófica, a constituição dos sentidos não está mais na subjetividade do homem (relação sujeito/objeto), mas na linguagem, compreendida como o próprio *locus* da expressão artística e criativa, que o sujeito (criador) tenha se tornado elemento de somenos importância da lógica da criação, como propõem as Teorias Contemporâneas da Autoria. Pelo contrário, a partir da hermenêutica filosófica, ao mesmo tempo em que se retira do sujeito (criador) a origem exclusiva, autônoma e independente da criação – superando-se, assim, o mito do gênio-criador do paradigma tradicional do direito de autor; assim como já o fizera as Teorias Contemporâneas da Autoria -, também se supera referidas Teorias, na medida em que se devolve a devida importância ao sujeito (criador), não mais como elemento único da criação (gênio), mas como partícipe de um conjunto maior de elementos essenciais da criação.

Com efeito, e já adentrando no *segundo* (ii) elemento que exsurge deste caldo epistemológico hermenêutico, ganham destaque os dois conceitos fundamentais desenvolvidos por Victor Drummond, alicerçado na fenomenologia ontológico-hermenêutica, de Martin Heidegger, assim como da hermenêutica filosófica, de Hans-Georg Gadamer, e, também, da crítica hermenêutica do direito, de Lenio Streck, quais sejam: (ii.a) o *círculo criativo*, compreendido como “*locus/momentum* (circunstância espaço-tempo) no qual se dá o processo interpretativo-criativo por parte do sujeito-criador”,<sup>637</sup> e, (ii.b) o próprio *sujeito-criador*, que “interpreta o mundo por meio de seus sentidos e estabelece o processo interpretativo-criativo através do qual irá promover o surgimento de uma manifestação artístico-criativa que fundamentará (ou conduzirá) a existência de uma obra”.<sup>638</sup>

Ou seja, com base no relacionamento entre esses dois conceitos fundamentais (círculo criativo e sujeito-criador) desvela-se uma interdependência

---

<sup>637</sup> DRUMMOND, Victor Gameiro. **Em busca do “juiz plagiador”**: contribuições para a teoria da decisão baseada na hermenêutica jurídica sob o olhar do direito de autor. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 51.

<sup>638</sup> DRUMMOND, Victor Gameiro. **Em busca do “juiz plagiador”**: contribuições para a teoria da decisão baseada na hermenêutica jurídica sob o olhar do direito de autor. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 51.



entre a obra, que já se encontra no mundo na forma de potência, e o sujeito-criador, que inserido no círculo criativo interpreta o mundo e promove o surgimento de novas manifestações artístico-criativas. Por isso, interpretado pela hermenêutica, o direito de autor justifica-se para a manutenção deste círculo criativo, que compreende o sujeito-criador e as mais diversas manifestações artístico-criativas e culturais que alimentam as próprias potencialidades criativas do sujeito-criador.

Cotejando os dois elementos acima, constatam-se duas consequências inexoráveis: *primeiro*, se algum dia a tradição moderna autoralista dedicou especial atenção para outros partícipes do processo de industrialização da Arte, os famigerados intermediários – erigidos à condição de titulares por pura ficção jurídica -, a hermenêutica filosófica desvela que a sistemática da proteção, na verdade, deve estar voltada para o elemento que permite a circularidade cultural, por meio das suas interpretações do mundo, qual seja: o sujeito-criador; *segundo*, justificar um direito de autor que tem no sujeito-criador o elemento central de sua lógica normativa não importa em aumentar o espectro de proteção destinada a este elemento (alargando-se direitos, formas e prazos de proteção, *e.g.*), muito menos negligenciar espaço normativo aos demais elementos, igualmente, imprescindíveis na lógica da criação, eis que o sujeito-criador alimenta suas potencialidades criativas a partir de seu próprio contexto social, ou seja, com base nas relações cognitivo-interpretativas que opera com os elementos culturais que o cercam.

Nesta toada, se o sujeito-criador alimenta suas potencialidades criativas baseadas em seu próprio contexto social, conclui-se, também, que para muito além da dicotômica relação “autor *versus* sociedade” ou “interesse privado *versus* interesse público”, que há tempos alimenta as discussões mais arejadas em prol da reformulação da normatividade autoralista, na verdade, “autor e sociedade”, assim como “interesse privado e interesse público”, são lados de uma mesma moeda. Ora, se “no processo do ambiente potencial de criação, o criador é criador, mas, por outro lado, também sempre é destinatário, e o destinatário, potencialmente, pode vir a ser criador”,<sup>639</sup> evidente que o sujeito-criador e a sociedade não militam em lados opostos (interesse público *versus* privado). Muito pelo contrário, há uma interdependência entre ambos. O avanço de um alimenta as potencialidades do outro, em um movimento cíclico.

---

<sup>639</sup> DRUMMOND, Victor Gameiro. **O Estado fomentador e protetor do desenvolvimento da cultura**. JURISMAT, Portimão, nº 5, 2014, pp. 305-344. p. 310.

Destarte, ao justificar, constitucionalmente, o direito de autor, constata-se que o substrato principiológico que sustenta sua normatividade não está calcado, apenas, no direito constitucional de exclusividade do Autor (art. 5º, inciso XXVII, da CRFB) como se os direitos fundamentais sociais à cultura (art. 215, da CRFB) e à educação (art. 205, da CRFB) lhe fossem opostos. Para muito além de singelas restrições/limitações ao direito de autor, os direitos fundamentais sociais, especialmente à cultura e à educação, juntamente com o princípio fundamental da exclusividade do Autor sobre suas criações, constituem o próprio núcleo principiológico que permeia a normatividade autoralista. Repita-se, não de forma antagônica, rivalizando-se mutuamente, mas de forma complementar, harmônica e assistencial. Afinal, o sujeito-criador não existe sem o círculo-criativo, da mesma forma em que a pessoa humana não prescinde da sociedade em que habita; tanto a forma de sociedade dita os rumos da pessoa humana, quanto às ações individuais ditam os reflexos da sociedade; tanto o sujeito-criador alimenta o círculo-criativo, quanto o círculo criativo alimenta as potencialidades do sujeito-criador.

Por isso, em nível de hipótese para pesquisa futura, poder-se-ia partir do pressuposto que, com base na presente justificação constitucional ao direito de autor, o alargamento das liberdades de acesso às obras protegidas, assim como a diminuição do prazo de proteção, constituiria medidas pontuais para reformulação da normatividade autoralista e adaptação às exigências da Sociedade Informacional. Da mesma forma, a criação de tecnologias que permitam o registro facilitado de obras, atrelado a meios de contraprestação inteligíveis e compreensíveis por todos, poderiam ser formas de estimular práticas conscientes de contato entre autores/destinatários para licenciamento e preservação das diversas formas de criação, sem tolher liberdades, mas, pelo contrário, incentivando formas de acesso sustentáveis.

De qualquer sorte, quiçá o mais importante é que as conclusões até aqui expendidas já auxiliam a responder uma pergunta fundamental endereçada nas páginas que antecederam; lançada de forma complementar à problemática central: afinal, por que falar em direito de autor?

Na tradição epistemológica da matéria, duas perspectivas buscaram responder a esta pergunta. A *primeira* delas, quiçá a mais eloquente, afirma que o direito de autor é uma propriedade, e, como tal, investe o autor com todos os direitos patrimoniais e morais sobre sua obra. A *segunda*, partindo de uma perspectiva

econômica, assevera que o direito de autor opera como fator de incentivo a estimular novas criações, já que, na condição de bens imateriais, os bens protegidos por direito de autor exigiriam alto custo para sua produção, mas gozariam de custo marginal reduzidos/nulos para sua reprodução, dificultando, assim, a alocação de recursos para investimento em criação/ inovação que assegurem o retorno do investimento inicial.

Em que pese ambas as correntes ainda estejam extremamente vivas na prática dos operadores do direito que se dedicam ao tema, ao final do capítulo primeiro demonstrou-se a insuficiência de ambas as correntes para fundamentar a proteção autoralista pretendida.

No que atine a *primeira* perspectiva, da propriedade, optando por seguir a Peter Drahos, constatou-se errôneo atribuir a John Locke e a Georg Wilhelm Friedrich Hegel as famosas teorias do Trabalho (*Labor*) e da Personalidade (*Personality*), que passaram a ganhar espaço ideológico na tradição epistemológica autoralista, ainda no século XVIII, com as discussões em torno da natureza jurídica do direito de autor inglês - monopólio (temporário) ou propriedade (perpétua) (?) -, notadamente com o julgamento dos paradigmáticos casos *Millar v. Taylor* (1769) e *Donaldson v. Becket* (1774), e foram efetivamente imantadas para justificar uma suposta natureza jurídica de propriedade do direito de autor com o trabalho de Justin Hughes, em 1988. Com efeito, até mesmo as quatro abordagens - “Teorias da Propriedade Intelectual” – identificadas por William Fisher, em 1999, revelaram menos úteis do que os seus proponentes costumam afirmar.<sup>640</sup>

A segunda perspectiva, outrossim, de natureza econômica, optando por seguir Joost Smiers<sup>641</sup> e Clay Shirky<sup>642</sup>, constatou-se haver razões suficientes para argumentar que a ligação entre incentivos financeiros (receita) e direitos de autor é em grande parte irrelevante para muitos artistas. Mais: constatou-se que, atualmente, há uma “cultura da participação”, que através da teoria das motivações (intrínsecas e extrínsecas) do psicólogo Edward Deci,<sup>643</sup> explica as razões pelas

---

<sup>640</sup> FISHER, William. **Theories of intellectual property**. [S.l., 2017?]. p. 13. Disponível em <<https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/iptheory.pdf>>. Acesso em 12 mar. 2017.

<sup>641</sup> SMIERS, Joost; SCHIJNDEL, Marieke Van. **Imagine there is no copyright and no cultural conglomerates: an essay**. Institut of Network Cultures. [S.l., 2017?]. p. 15. Disponível em <[http://networkcultures.org/\\_uploads/tod/TOD4\\_nocopyright.pdf](http://networkcultures.org/_uploads/tod/TOD4_nocopyright.pdf)>. Acesso em 05 jun. 2017.

<sup>642</sup> SHIRKY, Clay. **A cultura da participação: criatividade e generosidade no mundo conectado**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 84.

<sup>643</sup> A propósito: "The results indicate that (a) when money was used as an external reward, intrinsic motivation tended to decrease, whereas (b) when verbal reinforcement and positive feedback were

quais as pessoas sentem-se motivadas a criar – e a pecúnia passa ao largo deste âmbito de motivações.

Permite-se enfatizar, que a tradição epistemológica do direito de autor legou uma normatividade estática e estéril à matéria, uma totalidade fechada em torno do “fetiche” do “incentivo” – isso quer dizer, sem o “incentivo” do direito de autor, supostamente, não haveria estímulo para a criação de novas obras; ou, pior, em torno do “fetiche” da explicação metafísica do direito de autor como uma propriedade (natural). Entretanto, comprovou-se, logo no capítulo inaugural, que ambas as assertivas não sobrevivem a um estudo detalhado; pelo contrário, “propriedade” e “incentivo” operam na justificação do direito de autor da mesma forma com que os “fetiches” operam e intervêm na constituição – “irracional” - da realidade ao homem.

Consoante alhures arguido, evidentemente não se pretendeu aduzir que, nas linhas que antecederam, tenha-se transcendido séculos de dois paradigmas fortemente enraizados na cultura jurídica autoralista. Também não se pretendeu aludir o eventual esgotamento das fontes e justificativas existentes para a criação e manutenção dos direitos de autor. Todavia, pretendeu-se, sim, trazer luz à evidência da existência de fortes *fetiches, crenças, valores e justificativas* no discurso jurídico autoralista – que constituem uma espécie de senso comum teórico dos juristas (Warat) -, os quais, se não forem transcendidos, darão azo a um contínuo de pesquisas jurídicas estéreis, e reféns da crise de sentidos que se denota na produção intelectual autoralista.

Da mesma forma, imperioso frisar, resgatando Peter Drahos,<sup>644</sup> que a economia, de fato, representa um recurso demasiado importante para ser ignorado em qualquer análise filosófica do direito de autor, eis que permite análises empíricas do custo-benefício envolvido na criação de exclusividades temporárias, sem as quais não se conseguiria ter ideia dos efeitos sociais, positivos ou deletérios, envolvidos na estratégia da criação destes direitos como meio de apropriação de bens intangíveis (não escassos e não rivais). Todavia, tal constatação não implica em

---

used, intrinsic motivation tended to increase." Tradução livre "Os resultados indicam que (a) quando o dinheiro foi usado como uma recompensa externa, a motivação intrínseca tendeu a decrescer, enquanto que (b) quando o reforço verbal e o feedback positivo foram usados, a motivação intrínseca tendeu a aumentar" (Tradução nossa) DECI, Edward L. Effects on externally mediated rewards on intrinsic motivation. **Journal of Personality and Social Psychology**. [S.l.] Vol 18. nº 1, 105-115. 1971. p. 105.

<sup>644</sup> DRAHOS, Peter. **A philosophy of intellectual property**. Austrália: Australian National University Press. ANU eText edition, 2016. p. 8. Disponível em: <<http://press.anu.edu.au/node/1902>>. Acesso em 19 mar. 2017.

reconhecer que a economia dite os rumos da natureza jurídica do direito de autor, como um monopólio (instrumento) exclusivamente de ordem econômica.

De qualquer sorte, parece certo que o hiato epistemológico entre os diversos fetiches que assolam a matéria e uma genuína justificação para o direito de autor, acabou condenou sua normatividade a diálogos dissonantes e descompassados com as exigências da Sociedade Informacional.

Oportuno o esclarecimento, de plano, que a história é pródiga em exemplos dos diversos estranhamentos causados pelo advento das novas tecnologias, em suas respectivas épocas, na proteção concedida pelo direito de autor. Tradicionalmente, cada avanço tecnológico que se sobrepõe ao *status quo* provoca descompassos e rupturas. Evidentemente, com o advento de uma tecnologia como a Internet, e.g., não seria diferente. Por outro lado, padeceria de extrema ingenuidade acreditar que os desafios impostos por esta nova tecnologia superariam, em grau de relevância, todos os desafios já suportados pela matéria. Na verdade, a simples alegação de que novas tecnologias provocam descompassos no direito de autor não deixa de ser uma forma de retroalimentar o senso comum teórico dos juristas (Warat). Por isso, enfatiza-se que os descompassos trabalhados nesta investigação residem nas entranhas do direito de autor, ou seja, em sua estrutura normativa mais radical, e se reflete na justificação para a própria concessão da proteção.

Neste norte, portanto, sem dúvida, o *primeiro* (i) fator de descompasso provocado pela Sociedade Informacional, no direito de autor, reside na possibilidade de reprodução instantânea de uma obra original, assim como da perfeição e exatidão das cópias digitais e o baixo custo envolvido nesse processo de reprodução; tecnologias, estas, que inexistiam quando a normatividade autoralista tradicional começou a tomar forma, em meados do século XVI, e irá refletir-se, também, no *quinto* descompasso, a seguir revistado.

Avançando nesta análise, um *segundo* (ii) fator de descompasso reside, pois, no paradoxo existente entre as funções exercidas pelo direito de autor (de restrição), e as possibilidades comunicacionais das novas tecnologias, na Era da Informação, notadamente a Internet. Ora, se o espaço digital contemporâneo estimula a interlocução e deliberação cidadã, o direito de autor, que deveria servir de estímulo a essas atividades, acaba operando, paradoxalmente, como o próprio censor dessas novas liberdades estimuladas pela Sociedade Informacional. Pior, referido

descompasso torna-se ainda mais agudo para a realidade específica de países em desenvolvimento, como o Brasil, ao considerar-se o prisma de análise das diferenças existentes na concretização do projeto da Sociedade Informacional nos mais diversos modelos de sociedade pós-industrial.

Não bastasse, a partir de Jeremy Rifkin<sup>645</sup> e Henry Jenkins,<sup>646</sup> notadamente do conceito de “prosumidores” e da diferença entre mídia (*media*) e tecnologias de distribuição (*delivery technologies*), respectivamente, desvela-se um *terceiro* (iii) fator de descompasso, que advém da própria alteração da forma com as pessoas têm se relacionado com a mídia. Neste sentido, se, antes, os grandes veículos de comunicação (produtores) possuíam a exclusividade sobre a produção de mídia (destinada a um público consumidor definido – “espectadores”), na atualidade, esse relacionamento fragmenta-se naquilo que Jeremy Rifkin denomina de “prosumidores” (*prosumers*), ou seja, consumidores que se tornam seus próprios produtores de mídia, no paradigma da convergência cultural.

O *quarto* (iv) e *quinto* (v) descompassos provocados pelo advento da Sociedade Informacional, no direito de autor, desvelam-se a partir de Lawrence Lessig,<sup>647</sup> e encontram-se intimamente imbricados: trata-se do aumento espontâneo do escopo de proteção do direito de autor, para abranger, praticamente, toda e qualquer forma de utilização de uma obra intelectual (*quarto* descompasso); acompanhado do paradoxal enfraquecimento da capacidade de tutela do direito autoral (*quinto* descompasso).

A propósito do *quarto* descompasso, como se pode observar a partir do diagrama das quatro forças (Figura 1), se antes da implantação da Internet, a mesma Arquitetura (*Architecture*) que garantia a estabilidade do sistema, também tornava viável o exercício do direito de imunidade do uso privado, com o advento da Internet e da distribuição digital de conteúdo, todo e qualquer forma de uso de uma obra passa a produzir cópias da mesma, e, em razão desta característica fundamental do design de transmissão da informação na rede, o escopo dos usos regulados sofre drástica expansão, passando a abranger toda e qualquer forma de

<sup>645</sup> RIFKIN, Jeremy. **The zero marginal cost society**: the internet of things, the collaborative commons, and the eclipse of capitalism. [S.l., 2017?].

<sup>646</sup> JENKINS, Henry. **Convergence culture**: where old and new media collide. New York and London: New York University Press, 2006.

<sup>647</sup> LESSIG, Lawrence. **Free culture**: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity. New York, USA: The Penguin Press, 2005.



uso de uma obra. Neste sentido, imperioso lembrar-se do paradigmático caso *Capitol Records v. ReDigi*.<sup>648</sup>

No que atine ao *quinto* descompasso, como também se pode observar a partir do diagrama das quatro forças (Figura 1), ao menos dois importantes elementos regulatórios sofrem significativo impacto, com o surgimento da Internet: Arquitetura (*Architecture*) e o Mercado (*Market*). Se, antes, as restrições legais eram auxiliadas pela natureza dispendiosa e complexa do exercício da capacidade de reprodução e compartilhamento, nos dias de hoje a Internet faz com que essas capacidades sejam exercidas de forma instantânea, com um baixo custo envolvido e qualidade perfeita, quase idêntica à obra original.

Em penúltimo lugar, e especialmente calcado na obra de Giorgio Frosio,<sup>649</sup> o *sexto* (vi) descompasso, assim como o *terceiro* descompasso, reside nas próprias entranhas do conceito de mídia (Henry Jenkins), e se constitui no desaparecimento da noção individualista de autoria (gênio-criador), que embasou a tradição epistemológica do direito de autor, e o desvelamento da natureza cumulativa e derivativa da criativa, que até o começo da modernidade representava o padrão criativo. Quiçá mais significativo ainda, referido descompasso permite a conclusão, escorada em Guilherme Carboni, no sentido de que as formas de criação legadas do direito de autor tradicional “não podem ser entendidas como um dado natural ou uma verdade absoluta e transcendental”.<sup>650</sup> Pelo contrário, a noção de autoria representa “uma construção histórica, que muda de tempos em tempos e de uma cultura para outra”.<sup>651</sup>

<sup>648</sup> ESTADOS Unidos da América. United States District Court, Souther Distric of New York. **No. 12 Civ. 95 (RJS)**. Autor: Capital Records, LLC. Réu: ReDigi INC. Juiz Federal Distrital: Richard J. Sullivan. Nova York, 30 de março de 2013. Disponível em <<http://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1334&context=historical>>. Acesso em 12 out. 2017.

<sup>649</sup> A propósito, *vide*: FROSIO, Giancarlo F. Rediscovering cumulative creativity from the oral formulaic tradition to digital remix: Can I Get a Witness?. [S.l.]. **The John Marshall Review of Intellectual Property Law**, 2014. Disponível em <<https://cyberlaw.stanford.edu/files/publication/files/Rediscovering%20Cumulative%20Creativity%20From%20the%20Oral%20Formulaic%20Tradi.pdf>>. Acesso em 28 fev. 2017. Pp. 343-393.; FROSIO, Giancarlo F. A history of aesthetics from Homer to digital mash-ups: cumulative creativity and the demise of copyright exclusivity. **Law and Humanities**, [S.l.], v. 8, n. 2, pp. 262/296, 2015. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1080/17521483.2015.1093300>>. Acesso em 25 set. 2017.

<sup>650</sup> CARBONI, Guilherme. **Direito autoral e autoria colaborativa na economia da informação em rede**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010. p. 188.

<sup>651</sup> CARBONI, Guilherme. **Direito autoral e autoria colaborativa na economia da informação em rede**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010. p. 188.

Por fim, cotejando as obras de Clay Shirky<sup>652</sup> e Eduard Deci,<sup>653</sup> desvela-se o sétimo (vii) e último descompasso, no sentido de que a recente “cultura da participação”, que se tem erigido sobre o conceito de “excedente cognitivo”, ínsito às novas ferramentas comunicacionais em rede, da Sociedade Informacional, afasta o fetiche do “incentivo” - muito caro ao direito de autor tradicional -, apontando para a desnecessidade de elementos motivacionais externos, como a pecúnia, para estimular a criação de novas obras. Referido descompasso explica, *e.g.*, o motivo pelo qual, atualmente, membros de comunidades *fanfics* estejam escrevendo histórias originais que chegam a ultrapassar o tamanho das obras originais, ou, ainda, que milhares de pessoas estejam engajadas na redação gratuita de conteúdo para a Wikipédia e códigos fontes para softwares (livre); tudo à míngua de qualquer expectativa de retorno financeiro direto.

Merece especial ênfase, que para o direito de autor tradicional, apregoadado ao paradigma do incentivo, ou seja, na crença de que pecúnia constitui-se elemento fundamental a motivar os autores a promover a criação de novas obras, o recurso desvelado no sétimo descompasso representa elemento incompreensível. Mais do que isso, trata-se de elemento que promove o mais grave dos descompassos internos na estrutura normativa do direito de autor. Afinal, se na Era da Informação a criação aparenta prescindir do elemento motivacional, dinheiro, que outra razão justificaria a proteção do direito de autor?

Atente-se não estar taxando o instrumento, direito de autor, como elemento de somenos importância na estrutura normativa autoralista. Com efeito, o sétimo e último descompasso enfrenta, apenas, a afeição da teoria majoritária (utilitarista) ao incentivo pecuniário como elemento central da estrutura do direito de autor, que, claramente, não se justifica mais para o fim perseguido (motivar a criação). Afinal, consoante demonstrado nesta investigação, novas oportunidades induzem novos comportamentos, e o excedente cognitivo tem dado cabo de estimular uma variada gama de novas criações intelectuais – Software (Livre), Wikipédia, *FanFiction*, etc. – já afeitas ao paradigma cumulativo e derivativo da criatividade.

---

<sup>652</sup> A propósito, vide: SHIRKY, Clay. **A cultura da participação**: criatividade e generosidade no mundo conectado. Rio de Janeiro: Zahar, 2011; SHIRKY, Clay. **Lá vem todo mundo**: o poder de organizar sem organizações. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

<sup>653</sup> DECI, Edward L. Effects on externally mediated rewards on intrinsic motivation. **Journal of Personality and Social Psychology**. [S.l.] v. 18. nº 1, 105-115, 1971.

Destarte, ao compasso destes descompassos provocados pela Sociedade Informacional decorre a cabal impossibilidade do direito de autor permanecer operando sobre estes mesmos primados dissonantes. Por isso, como “subterfúgio” a esta concepção tradicional, o final do século XX viu emergir um conjunto de iniciativas privadas, que nesta investigação denominou-se “contracultura” do direito de autor, intimamente relacionada à experiência do *copyleft*, notadamente os projetos Software Livre e *Creative Commons*, com vistas a obter uma segunda melhor solução (*second-best solution*)<sup>654</sup> para o tratamento do direito de autor na Sociedade Informacional.

Com base na premissa de que os bens imateriais não se tornam escassos pelo uso, mas se multiplicam, é que a postura de “contracultura” do direito de autor investe nas possibilidades econômicas e sociais dos bens comuns colaborativos (“commons”) para afastar, como premissa, os efeitos de restrição e exclusividade ínsitos ao direito de autor tradicional, e trazer como novidade a liberdade de acesso e utilização que marcam o paradigma cumulativo e derivativo da criatividade - anterior ao advento da modernidade autoralista. Dá azo, ainda, a diversas formas de novos negócios em que se misturam bens comuns colaborativos (“commons”) com serviços especializados (“economia comercial”), naquilo que Lawrence Lessig denomina Economia Híbrida.<sup>655</sup>

Entretanto, muito embora a postura de “contracultura” ao direito de autor tenha dado azo a momentos profundos e marcantes na readequação da matéria, no seio da Sociedade Informacional, contentou-se a permanecer como um simples “subterfúgio” ao que representa sua tradição epistemológica. E, pior, não raras vezes, inclusive, acabou auxiliando comercialmente a grande indústria do entretenimento a galgar melhor êxito econômico, como se demonstrou a partir do exemplo das batalhas em torno da franquia Harry Potter (*Harry Potter Wars*).

Por isso, seguindo a Ângela Kretschmann, conclui-se que os movimentos de “contracultura” não apenas não se opõem à tradição do direito de autor, como

---

<sup>654</sup> BOYLE, James. **The public domain**: enclosing the commons of the mind. New Haven e Londres: Yale University Press, 2008. p. 183-184. Disponível em <<http://thepublicdomain.org/thepublicdomain1.pdf>>. Acesso em 16 out.2017.

<sup>655</sup> LESSIG, Lawrence. **Remix**: making art and commerce thrive in the Hybrid Economy. New York: The Penguin Press, 2008. p. 177.

permanece seu fiel discípulo.<sup>656</sup> Com efeito, tais posturas jamais foram uma solução alternativa ao atual sistema de proteção, como reconhece o próprio criador dos *Creative Commons*, Lawrence Lessig,<sup>657</sup> mas, apenas, um primeiro importante passo em prol de uma reforma racional da matéria, ou, no dizer de Ângela Kretschmann, um termômetro para a constatação da “insatisfação de grande parte – ou de um número considerável – de pessoas em relação ao sistema de direito autoral”,<sup>658</sup> além de um poderoso instrumento de crítica popular.

Destarte, conclui-se afirmativamente a hipótese aventada nesta pesquisa, eis que, de fato, as razões (teorias) tradicionais da propriedade intelectual revelaram-se insuficientes para justificar a existência do direito de autor, e o hiato de uma genuína justificação acabou por alimentar a sensação de crise e descompasso advinda com a Sociedade Informacional, notadamente a Internet e sua nova arquitetura comunicacional. Não bastassem, sequer as posturas de “contracultura” ao direito de autor, conseguiram lograr melhor êxito em reformas concretas na normatividade autoralista, para além de permanecer um simples “subterfúgio” ao que representa sua tradição epistemológica.

Por outro lado, a partir dos aportes hermenêuticos lançados nesta investigação, logrou-se êxito em aproximar o direito de autor de uma justificação que tenha como base a Constituição Federal. Neste tocante, cumpre lembrar que o programa político da Constituição brasileira de 1988 está essencialmente voltado para a promoção de um Estado Democrático com paradigma privilegiado na Pessoa Humana. Por isso, mesmo que o único mérito da perspectiva hermenêutica para o direito de autor fosse o desvelamento da natureza essencial da proteção voltada ao sujeito-criador, e não aos diversos intermediários que sempre tiveram (inexplicável) espaço privilegiado, tal mérito já seria suficiente para promover uma guinada epistemológica rumo a uma justificação constitucional do direito de autor voltada para o paradigma da pessoa humana.

Adicionalmente, conforme já visto, o processo circular da criação artística não prescinde de um *locus* interpretativo-cognitivo (círculo criativo) para a transformação

---

<sup>656</sup> KRETSCHMANN, Ângela. O acesso à cultura e o monopólio de obras intelectuais: onde está o bem público? E para onde vai o direito autoral?. In WACHOWICZ, Marcos (Org.). **Propriedade intelectual & internet**. Vol. II. Curitiba: Juruá, 2011. Pp. 223/246. p. 232.

<sup>657</sup> LESSIG, Lawrence. **Remix: making art and commerce thrive in the Hybrid Economy**. New York: The Penguin Press, 2008. p. 279.

<sup>658</sup> KRETSCHMANN, Ângela. O acesso à cultura e o monopólio de obras intelectuais: onde está o bem público? E para onde vai o direito autoral?. In WACHOWICZ, Marcos (Org.). **Propriedade intelectual & internet**. Vol. II. Curitiba: Juruá, 2011. Pp. 223/246. p. 232.

das diversas pré-compreensões (inspirações) de um determinado sujeito-criador em novas experiências artísticas (Obras). Por isso, em que pese o sujeito-criador possa ser considerado um elemento essencial do processo de circularidade criativa e justificação do direito de autor, a hermenêutica também traz luz ao fato de que, para além do sujeito-criador, outros elementos que compõem a noção de círculo-criativo também são dignos de atenção, e influem diretamente na proteção pretendida. Ora, se o sujeito-criador participa do círculo criativo a partir de suas pré-compreensões do mundo, disso resulta, por exemplo, que o grau de liberdade e de acesso que este sujeito tem com relação a outros elementos culturais possui relação direta com suas próprias potencialidades criativas.

Por isso, interpretado pela hermenêutica, o direito de autor justifica-se para a manutenção deste círculo criativo, que compreende o sujeito-criador e as mais diversas manifestações artístico-criativas e culturais que alimentam as próprias potencialidades criativas do sujeito-criador. Dito de forma mais clara, ao passo em que o direito de autor passa a gozar de justificação por intermédio da filosofia hermenêutica, erigindo o sujeito-criador à posição destacada na normatividade autoralista, em plena consonância, destarte, com o paradigma constitucional vigente, o alimentar das potencialidades criativas deste sujeito criador não pode ser ignorado. Porquanto, o direito de autor também se justifica pela sua função de promoção de direitos fundamentais sociais, tais como a cultura e a educação, que, ao fim e ao cabo, são os elementos nucleares da formação intelectual da pessoa humana, e pelos quais se alimentam as pré-compreensões do sujeito-criador, interferindo, de forma central, via de consequência, em suas potencialidades criativas.

Imperioso novo e derradeiro destaque que a proposta lançada nesta investigação pretendeu lançar luz às razões que, de fato, possam justificar a proteção concedida pelo direito de autor. Com isso, buscou-se dar cabo aos diversos fetiches que assombravam a matéria, para que, livre deles, reformas concretas possam ser endereçadas, a fim de readequar o epicentro normativo do direito de autor para as exigências da Sociedade Informal. Entretanto, a presente análise não prescinde do esforço legislativo em readequar a base normativa atual, assim como da doutrina e jurisprudência em exercerem seus papéis para a reformulação do direito de autor, constitucionalmente justificada.

## REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de autor e direitos conexos**, São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva (Org.). **Direitos fundamentais na sociedade da informação**. Florianópolis: Gedai, 2012. Disponível em <[http://www.gedai.com.br/sites/default/files/publicacoes/direitosfundamentaisnasociedadainformacao-1\\_com\\_capa.pdf](http://www.gedai.com.br/sites/default/files/publicacoes/direitosfundamentaisnasociedadainformacao-1_com_capa.pdf)>. Acesso em 12 jun.2017

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obras privadas, benefícios coletivos**: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação. 2006. 386 f. Tese (Doutorado em Direito Público) - Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). São Leopoldo, 2006. Disponível em <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/2472>>. Acesso em 20 ago. 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARONNE, Ricardo, **Direito civil-constitucional e teoria do caos**: estudos preliminares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ARONNE, Ricardo. **Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados**: das raízes aos fundamentos contemporâneos. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da internet e da sociedade da informação**: estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2002

AVANCINI, Helenara Braga. **O Direito autoral numa perspectiva dos direitos fundamentais**: a limitação do excesso de titularidade por meio do direito da concorrência e do consumidor. Ano I, Edição nº 01/2012. p.1-304. Aracaju: PIDCC. 2012.

AZEVEDO, Rodrigo. Breve análise crítica da teoria da pessoa jurídica como autora no sistema jurídico brasileiro. *In* ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Coord). **Direito da propriedade intelectual**: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2007. p. 361–377.

BARBOSA, Denis Borges. **A criação de um ambiente competitivo no campo da propriedade intelectual – o caso sul americano**. [S.l.] Centre for Sustainable Development (ICTSD), 2005.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma economia do direito autoral**. [S.l., 2017?] Disponível em <[http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/uma\\_economia\\_direito\\_autoral.pdf](http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/uma_economia_direito_autoral.pdf)>. Acesso em 26 jun. 2016.



BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.

BARBOSA, Denis Borges; MAIOR, Rodrigo Souto; RAMOS, Carolina Tinoco. **O contributo mínimo na propriedade intelectual**: atividade inventiva, originalidade, distinguibilidade e margem mínima. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARCELLOS, Milton Leão. **Propriedade industrial & constituição**: as teorias preponderantes e sua interpretação na realidade brasileira. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2007.

BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

BIBLIA, A.T. Eclesiastes. *In* **Bíblia de Jerusalém**. 11. ed. São Paulo: Paulus. 2016.

BITTAR, Carlos Alberto. **Contornos atuais do direito do autor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BOYLE, James. **The public domain**: enclosing the commons of the mind. New Haven e Londres: Yale University Press. 2008. Disponível em <<http://thepublicdomain.org/thepublicdomain1.pdf>>. Acesso em 16 out.2017.

BRANCO, Sérgio. **O domínio público no direito autoral brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

BRASIL **Licença creative commons GNU GPL [Brasil]**. [S.l., 2017?]. Disponível em: <<http://www.softwarelivre.gov.br/Licencas/LicencaCcGplBr/view>>. Acesso em 27 de setembro de 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 04 jun. 2017.

BRASIL. **Lei 9.609, 19 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9609.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9609.htm)>. Acesso em 27 Ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2012**. Institui o Código Civil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 26 Nov. 2017.

BRASIL. **Lei nº 5.988, 14 de dezembro de 1973**. Regula os direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5988.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5988.htm)>. Acesso em 27 Ago. 2017.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 3882 de 09 dez. 2015**. Acrescenta dispositivo à Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre

direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1422311&ilename=PL+3882/2015](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1422311&ilename=PL+3882/2015)>. Acesso em 21 jan. de 2018.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 3968 de 09 dez. 1997**. Isenta os órgãos públicos e as entidades filantrópicas do pagamento de direitos autorais pelo uso de obras musicais e lítero-musicais em eventos por eles promovidos. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD14JAN1998.pdf#page=18>>. Acesso em 21 jan. de 2017.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 8469 de 04 set. 2017**. Altera, a Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1988, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências, para incluir um novo dispositivo isentando as Forças Armadas e as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares do pagamento de direitos autorais, no caso em que especifica. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1594471&filename=PL+8469/2017](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1594471&filename=PL+8469/2017)>. Acesso em 21 jan. de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 964.404 – ES**. Terceira Turma. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 15 de março de 2011. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em 26 Nov. 2017.

CABRAL, PLÍNIO. **A nova lei de direitos autorais: comentários**. 4. ed. São Paulo: HARBRA, 2003.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

CARBONI, Guilherme. **Direito autoral e autoria colaborativa na economia da informação em rede**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.

CARBONI, Guilherme. **Função social do direito de autor**. Curitiba: Juruá, 2008.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 17. ed., rev. e ampl. – São Paulo: Paz e Terra, 2016.

CASTELLS, Manuel. **O poder da comunicação**. 2. ed. Rio de Janeiro e São Paulo: Paz e Terra, 2017.

CHAUÍ, Marilena. A destruição da subjetividade na filosofia contemporânea. *In* **Jornal da Psicanálise**, Ano 8, nº 20, p. 30-31. *Apud* CARBONI, Guilherme. **Direito autoral e autoria colaborativa na economia da informação em rede**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 6 ed. [S.l.] Berkeley Law Books, 2016. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/books/2>. Acesso em 13 maio 2017.

DECI, Edward L. Effects on externally mediated rewards on intrinsic motivation. **Journal of Personality and Social Psychology**. [S.l.] Vol 18. nº 1, 1971. 105-115.

DRAHOS, Peter. **A philosophy of intellectual property**. Austrália: Australian National University Press. ANU eText edition, 2016. Disponível em: <<http://press.anu.edu.au/node/1902>>. Acesso em 19 mar. 2017.

DRAHOS, Peter. **A philosophy of intellectual property**. London: Ashgate Publishing Limited, 1996.

DRUMMOND, Victor Gameiro. **Em busca do “juiz plagiador”**: contribuições para a teoria da decisão baseada na hermenêutica jurídica sob o olhar do direito de autor. Florianópolis: Empório do Direito. 2017.

DRUMMOND, Victor Gameiro. O “déficit filosófico do direito de autor” e os privilégios monopolistas dos sistemas de copyright e de droit d’auteur. **Conpedi Law Review**, [S.l.], v. 1, n. 14, jun. 2016. p. 58-83. Disponível em: <<http://portaltutor.hospedagemdesites.ws/index.php/conpedireview/article/view/185>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

DRUMMOND, Victor Gameiro. O círculo criativo: porque a viragem linguística interessa filosoficamente ao direito de autor. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, p. 74-81, janeiro-junho 2013. Disponível em <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.51.08>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

DRUMMOND, Victor Gameiro. **O Estado fomentador e protetor do desenvolvimento da cultura**. JURISMAT, Portimão, nº 5, 2014, pp. 305-344.

ELECTRONIC Frontier Foundation. **The betamax case**: Sony Corp. of America v. Universal City Studios, 464 U.S. 417 (1984). [S.l., 2017?]. Disponível em <<https://w2.eff.org/legal/cases/betamax/#documents>>. Acesso em 19 out. 2017.

ESTADOS Unidos da América. United States District Court, Souther Distric of New York. **No. 12 Civ. 95 (RJS)**. Autor: Capital Records, LLC. Réu: ReDigi INC. Juiz Federal Distrital: Richard J. Sullivan. Nova York, 30 de março de 2013. Disponível em <<http://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1334&context=historical>>. Acesso em 12 out. 2017.

ESTADOS Unidos da América. United States Supreme Court. **27 U.S. (2 Pet.) 1,19 (1829)**. Autor: Abraham L. Pennock & James Sellers. Réu: Adam Dialogue. Chefe da Justiça: John Marshall, 26 de janeiro de 1829. Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/27/1/case.html>>. Acesso em 04 Jan. 2018.

ESTADOS Unidos da América. United States Supreme Court. **Co 383 US 1 at 5-6 (1966)**. Autor: William T. Graham, et al. Réu: John Deere Co. of Kansas City, et al.

Chefe da Justiça: Earl Warren, 21 de fevereiro de 1966. Disponível em <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/383/1.html>>. Acesso em 04 Jan. 2018.

ESTEVES, Maurício Brum. **A reforma do direito autoral**. Jornal Estado de Direito. Porto Alegre, RS. 16 mar. 2016. Disponível em <<http://estadodedireito.com.br/a-reforma-do-direito-autoral-o-velho-antagonismo-de-sempre-restricao-versus-flexibilizacao/>>. Acesso em 21 jan. 2017.

ESTEVES, Maurício Brum. **Sistema, complexidade e vida nua**: sobre as Impossibilidades de um direito disciplinar. Artigo extraído de Monografia. PUCRS. 2010. Disponível em <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011\\_1/mauricio\\_esteves.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/mauricio_esteves.pdf)>. Acessado em 18 Nov. 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**: à luz do novo Código Civil brasileiro e da Constituição Federal. 2ª ed. atual. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar. 2006.

FALCÃO, Joaquim et al. **Estudo sobre o software livre comissionado pelo instituto nacional da tecnologia da informação (ITI)**. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2005. Disponível em: <<http://www.softwarelivre.gov.br/documentos-oficiais/estudo-sobre-o-software-livre>>. Acesso em 07 out. 2015.

FISHER, William. **Geistiges Eigentum - ein ausufernder Rechtsbereich**: Die Geschichte des Ideenschutzes in den Vereinigten Staaten. Eigentum im internationalen Vergleich. Vandenhoeck & Ruprecht, 1999, 265-91. *Apud*. FISHER, William. **The growth of intellectual property**: A History of the Ownership of Ideas in the United States. [S.l., 2017?]. Disponível em: <<https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/iphistory.pdf>>. Acesso em 19 mar. 2017.

FISHER, William. **The growth of intellectual property**: a history of the ownership of ideas in the United States. [S.l., 2017?]. Disponível em: <<https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/iphistory.pdf>>. Acesso em 19 mar. 2017.

FISHER, William. **Theories of intellectual property**. [S.l., 2017?] Disponível em <<https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/iptheory.pdf>>. Acesso em 12 mar. 2017.

FREE Software Foundation. **A definição de software livre**. [S.l. 2017?]. Disponível em <<https://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html>>. Acesso em 30 set.2015.

FREE Software Foundation. **About**. [S.l. 2017?] Disponível em: <[www.fsf.org](http://www.fsf.org)>. Acesso em 27 ago. 2017.

FREE Software Foundation. **What is GNU?**. [S.l. 2017?]. Disponível em <<https://www.gnu.org/>>. Acesso em 30 set. 2015.

FREITAS, Juarez. **Interpretação sistemática do direito**. 3. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

FROSIO, Giancarlo F. A history of aesthetics from Homer to digital mash-ups: Cumulative Creativity and the Demise of Copyright Exclusivity. **Law and Humanities**, [S.l.], v. 8, n. 2, pp. 262/296, 2015. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1080/17521483.2015.1093300>>. Acesso em 25 set. 2017.

FROSIO, Giancarlo F. Rediscovering cumulative creativity from the oral formulaic tradition to digital remix: Can I Get a Witness?. [S.l.]. **The John Marshall Review of Intellectual Property Law**, 2014. Pp. 343-393. Disponível em <<https://cyberlaw.stanford.edu/files/publication/files/Rediscovering%20Cumulative%20Creativity%20From%20the%20Oral%20Formulaic%20Tradi.pdf>>. Acesso em 28 fev. 2017.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

GATES, Bill. **An open letter to hobbyists**. In REILING, Robert. Newsletter. Mountain View: Homebrew Computer Club, 1976. Disponível em <<https://archive.org/stream/hcc0201/Homebrew.Computer.Club.Volume.02.Issue.01.Len.Shustek#page/n0/mode/2up>>. Acesso em 04 out. 2017.

GAZDA, Elaine K. Beyond copying: artistic originality and tradition. In GAZDA, Elaine K. (Org.) **The ancient art of emulation**: studies in artistic originality and tradition from the present to classical antiquity. Michigan, University of Michigan Press for the American Academy, Vol. 1., p. 1-24., 2002. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/4238443>>. Acesso em 02 out. 2014.

GERARD, Alexander. **An essay on genius**. Edinburgo: W. Strahan, T. Cadell in the Strand and W. Creech, 1774. Disponível em <<https://ia600204.us.archive.org/11/items/essayongenius00gera/essayongenius00gera.pdf>>. Acesso em 12 out. 2017.

GOLDENSTEIN, Paul. **Copyright's highway**: the law and lore of copyright from Gutenberg to the celestial jukebox. New York: Hill and Wang, 1996.

GORMAN, Robert A.; GENSBURG Jane C. **Copyright**: cases and caterials. 7. ed. [S.l.] Foundation Press, 2006.

GRAU-KUNTZ, Karin. Jusnaturalismo e propriedade intelectual. **Revista da ABPI** – nº100 – Mai/Jun. [S.l.]. 2009.

HAJE, Lara. **Especialistas discordam sobre reforma da legislação de direitos autorais**. Agência Câmara Notícias. Brasília, DF. 10 mar. 2016. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camara/noticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/505086-ESPECIALISTAS-DISCORDAM-SOBRE-REFORMA-DA-LEGISLACAO-DE-DIREITOS-AUTORAIS.html>>. Acesso em 21 jan. 2017.

HAMMES, Bruno Jorge. **Curso de direito autoral**. [S.l.] Ed. da Universidade, UFRGS, 1984.

HARDIN, Garrett. The tragedy of the commons. **Science**, [S.l.], v. 162, n. 3859, p. 1243-1248, dez. 1968.

HEIDEGGER, Martin. **A origem da obra de Arte**. São Paulo/Lisboa: Edições 70, 2010.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 15 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

HUGHES, Justin. **The philosophy of intellectual property**. [S.l.]. Georgetown University Law Center and Georgetown Law Journal, 1988. Disponível em <<https://pdfs.semanticscholar.org/3932/bdda601812eb6212725f38285e72dc8fc70b.pdf>>. Acesso em 12 mar. 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **IBGE: Brasil em Síntese**. Rio de Janeiro, 2017. Disponível em <<https://brasilemsintese.ibge.gov.br/educacao/taxa-de-analfabetismo-das-pessoas-de-15-anos-ou-mais.html>>. Acesso em 26 Nov. 2017.

JENKINS, Henry. **Convergence culture: where old and new media collide**. New York and London: New York University Press, 2006.

KEEN, Andrew. **O culto do amador: como blogs, MySpace, YouTube e a pirataria digital estão destruindo nossa economia, cultura e valores**. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**. 2. ed. Viena: Nachdruck, 1992.

KRETSCHMANN, Ângela. **Dignidade humana e direitos intelectuais: Re(visitando) o direito autoral na era digital**. Florianópolis: Conceito Editorial, Millennium, 2008.

KRETSCHMANN, Ângela. O acesso à cultura e o monopólio de obras intelectuais: onde está o bem público? E para onde vai o direito autoral?. In WACHOWICZ, Marcos (Org.). **Propriedade intelectual & internet**. Vol. II. Curitiba: Juruá, 2011. p. 223-246.

LANDES, William M. POSNER, Richard A. **The economic structure of intellectual property law**. [S.l.]: The Belknap Press of Harvard University Press. 2003.

LEAFFER, Marshall A. **Understanding Copyright Law**. 2 ed. [S.l.]: Matthew Bender. 1995.

LEMONS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

LESSIG, Lawrence. **Free culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity**. New York, USA: The Penguin Press, 2005.

LESSIG, Lawrence. **Cultura livre: como a mídia usa a tecnologia e a lei para barrar a criação cultural e controlar a criatividade**. Trad. Fábio Emilio Costa. [S.l., 2018?]. Disponível em <<https://www.ufmg.br/proex/cpinfo/educacao/docs/10d.pdf>>. Acesso em 14 abril. 2018.



LESSIG, Lawrence. **Remix: making art and commerce thrive in the Hybrid Economy**. New York. The Penguin Press, 2008.

LOCKE, John. **The second treatise of government**. New York: The Liberal Arts Press. 1952.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

MACPHERSON, C. B. **A teoria política do individualismo possessivo de hobbes até locke**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

MARTINS, Diana Zerbini de Carvalho. **Os impactos da propriedade intelectual do software sobre o desenvolvimento no contexto da sociedade da informação**. 2009. 149 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2009. Disponível em: <[http://www.gedai.com.br/sites/default/files/dissertacao\\_diana\\_zerbini\\_martins.pdf](http://www.gedai.com.br/sites/default/files/dissertacao_diana_zerbini_martins.pdf)>. Acesso em 12 jun.2017.

MAS-COLL, Andreu. **Microeconomic theory**. [S.I.] Oxford University Press, 1995.

MCLUHAN, Marshall. **Os meios de comunicação como extensões do homem**. São Paulo: Cultrix, 1971.

MEDEIROS, Heloísa Gomes. **A sobreposição de direitos de propriedade intelectual no software: coexistência entre direitos de autor e patentes na sociedade informacional**. 2017. 440 f. (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2017. Disponível em: <[http://www.gedai.com.br/sites/default/files/tese\\_deposito\\_heloisa\\_medeiros\\_ufsc.pdf](http://www.gedai.com.br/sites/default/files/tese_deposito_heloisa_medeiros_ufsc.pdf)>. Acesso em 12 jun.2017.

MELLO, Maria Tereza Leopardi. Propriedade intelectual e concorrência. *in: Revista Brasileira de Inovação*. Vol.8 (2 jul/dez) [S.I.]. 2009.

MORAES, Maria Celina B. **A caminho de um direito civil constitucional**. [S.I., 1999?]. p. 1-22. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15528-15529-1-PB.pdf>>. Acesso em 18 Nov. 2017.

MORAES, Rodrigo. **Generosidade intelectual: a despistadora ideologia da web 2.0**. Revista da ABPI, Rio de Janeiro, nº 117, p. 40-52, Mar/Abr. 2012.

MOSSOF, Adam. Is copyright property?. **San Diego Law Review**, Vol. 42. [S.I.]. 2005. p. 29. Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=491466>>. Acesso 28 maio 2017.

NETTLESHIP, Henry. **Lectures and essays on subjects connected with latin literature and scholarship**. London: Oxford at the Clarendon Press, 1885. Disponível em:

<<http://scans.library.utoronto.ca/pdf/1/31/lecturesessayson00nettuoft/lecturesessayson00nettuoft.pdf>>. Acesso em 28 Fev. 2017.

OLIVEIRA, Gesner. Fujiwara, Thomas. **Intellectual property and competition as complementary policies**: a test using an ordered probit model. World Intellectual Property Organization (WIPO). Genebra: [2017?]. Disponível em <[http://www.wipo.int/export/sites/www/ip-competition/en/studies/study\\_ip\\_competition\\_oliveira.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/ip-competition/en/studies/study_ip_competition_oliveira.pdf)>. Acesso em 25 jun. 2016.

OSTROM, Elinor. **Governing the commons**: the evolution of institutions for collective action. [S.l.], Cambridge University Press, 1990. Disponível em <[http://wtf.tw/ref/ostrom\\_1990.pdf](http://wtf.tw/ref/ostrom_1990.pdf)>. Acesso em 16 out.2017.

PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. **Direitos autorais**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2756/Direitos%20Autorais.pdf>>. Acesso em 26 Nov. 2017.

PARRY, Milman. **Studies in the epic technique of oral verse-making**: I. Homer and Homeric style. [S.l.]. Harvard Studies in Classical Philology. 1930. Disponível em <<https://chs.harvard.edu/CHS/article/display/5501>>. Acesso em 16 out. 2017. p. 73-148.

PARRY, Milman. **Studies in the Epic technique of oral verse-making**: II. The Homeric language as the language of an oral poetry. [S.l.]. Harvard Studies in Classical Philology. 1932. Disponível em <<https://chs.harvard.edu/CHS/article/display/5492>>. Acesso em 16 out. 2017. p. 1-50.

PATTERSON, L. Ray; LINDBERG, Stanley W. **The nature of copyright**: a law of users' rights. Atenas e Londres: The University of Georgia Press, 1991.

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

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002.

PINHO, Márcio Sarroglia. **Programação C/C++**. Porto Alegre: FACIN/PUCRS, [2017?]. Disponível em <<http://www.inf.pucrs.br/~pinho/Laprol/ConceitosBasicos/ConceitosBasicos.htm>>. Acesso em 30 set. 2015.

PIRES, Eduardo; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Direito de autor versus direito de acesso à cultura: possibilidades e tendências para resolução dos conflitos entre direitos fundamentais por meio da teoria constitucional. *In* WACHOWICZ, Marcos (Org.). **Estudos de direito de autor e interesse público**: Anais do X CODAIP, X Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. Curitiba: Gedai, 2016. p. 357/376. Disponível em

<[http://www.gedai.com.br/sites/default/files/publicacoes/xcodaip\\_anais\\_e-book\\_1.compressed.pdf](http://www.gedai.com.br/sites/default/files/publicacoes/xcodaip_anais_e-book_1.compressed.pdf)>. Acesso em 26 Nov. 2017.

POLLAUD-DULIAN, Frédéric. The dragon and the white whale: three steps and fair use. *In* TAKENAKA, Toshiko. **Intellectual Property in Common Law and Civil Law**. Cheltenham e Northampton: Edward Elgar, 2013.

RAFFO, Julio. **Derecho autoral: hacia um nuevo paradigma**. Buenos Aires, Madrid e Barcelona: Marcial Pons. 2011.

REFORMA da lei do direito autoral prevê cópia privada e oficializa mashup. **Ministério da Cultura**, [2009?]. Disponível em <[http://www.cultura.gov.br/noticias-destaques/-/asset\\_publisher/OiKX3xlR9iTn/content/reforma-da-lei-do-direito-autoral-preve-copia-privada-e-oficializa-mashup-265752/10883?redirect=http%3A%2F%2Fwww.cultura.gov.br%2Fnoticias-destaques%3Fp\\_p\\_id%3D101\\_INSTANCE\\_OiKX3xlR9iTn%26p\\_p\\_lifecycle%3D0%26p\\_p\\_state%3Dnormal%26p\\_p\\_mode%3Dview%26p\\_p\\_col\\_id%3Dcolumn-1%26p\\_p\\_col\\_count%3D1%26\\_101\\_INSTANCE\\_OiKX3xlR9iTn\\_advancedSearch%3Dfalse%26\\_101\\_INSTANCE\\_OiKX3xlR9iTn\\_keywords%3D%26\\_101\\_INSTANCE\\_OiKX3xlR9iTn\\_delta%3D100%26p\\_r\\_p\\_564233524\\_resetCur%3Dfalse%26\\_101\\_INSTANCE\\_OiKX3xlR9iTn\\_cur%3D1109%26\\_101\\_INSTANCE\\_OiKX3xlR9iTn\\_andOperator%3Dtrue](http://www.cultura.gov.br/noticias-destaques/-/asset_publisher/OiKX3xlR9iTn/content/reforma-da-lei-do-direito-autoral-preve-copia-privada-e-oficializa-mashup-265752/10883?redirect=http%3A%2F%2Fwww.cultura.gov.br%2Fnoticias-destaques%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_OiKX3xlR9iTn%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-1%26p_p_col_count%3D1%26_101_INSTANCE_OiKX3xlR9iTn_advancedSearch%3Dfalse%26_101_INSTANCE_OiKX3xlR9iTn_keywords%3D%26_101_INSTANCE_OiKX3xlR9iTn_delta%3D100%26p_r_p_564233524_resetCur%3Dfalse%26_101_INSTANCE_OiKX3xlR9iTn_cur%3D1109%26_101_INSTANCE_OiKX3xlR9iTn_andOperator%3Dtrue)>. Acesso em 18 out. 2017.

REIS, Luiz Felipe. Ministério da Cultura chega ao fim e muitas dúvidas inquietam o setor. **O Globo**, Rio de Janeiro, 13 jun. 2016. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/cultura/ministerio-da-cultura-chega-ao-fim-muitas-duvidas-inquietam-setor-19295699>>. Acesso em 18 out. 2017.

RIFKIN, Jeremy. **The zero marginal cost society: the internet of things, the collaborative commons, and the eclipse of capitalism**. [S.l., 2017?]. posição 159. Documento disponível para Kindle.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento N° 70034424564**, da Vigésima Câmara Cível. Agravante: Antonio Moacir da Silva. Agravado: Comercial de Combustíveis Schwanck Ltda. Relator: Angela Maria Silveira. Porto Alegre, 25 de janeiro de 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Conflito de Competência N° 590010765**, da Terceira Câmara Cível. Sucitante: Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Bagé. Relator: Flávio Pancaro da Silva. Porto Alegre, 29 de março 1990.

ROSE, Carol. **The comedy of the commons: custom, commerce, and inherently public property**. Vol. 53, N. 3, [S.l.]: The University of Chicago Law Review, 1986. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2827&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2827&context=fss_papers)>. Acesso em 13 Jan. 2018.

SABINO, Vanessa. KON, Fabio. **Licenças de software livre, história e características**. São Paulo: Centro de Competência em Software Livre do

Departamento de Ciência da Computação do Instituto de Matemática e Estatística da Universidade de São Paulo, 2009. Disponível em <<http://ccsl.ime.usp.br/files/relatorio-licencas.pdf>>. Acesso em 04 out. 2012.

SALES, Robson; SARAIVA, Alessandra. Brasil tem 12,9 milhões de analfabetos, aponta Pnad. **Valor econômico**, Rio de Janeiro, 23 Nov. 2016. Disponível em <<http://www.valor.com.br/brasil/4787959/brasil-tem-129-milhoes-de-analfabetos-aponta-pnad>>. Acesso em 26 Nov. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: um a teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ed. rev. atual. e apl.; 2. tir. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SASS, Liz Beatriz. **Da (não) justificativa do uso dos direitos de propriedade intelectual para a apropriação da biodiversidade**: a sustentabilidade como limite. 2016. 449 f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2016. Disponível em: <[http://www.gedai.com.br/sites/default/files/tese\\_versao\\_a5\\_liz\\_sass.pdf](http://www.gedai.com.br/sites/default/files/tese_versao_a5_liz_sass.pdf)>. Acesso em 12 jun.2017.

SASS, Liz Beatriz. WACHOWICZ, Marcos. O Direito Autoral como propulsor da diversidade cultural: falácias e desafios. *In* WACHOWICZ, Marcos (Coord.). **Direito autoral & economia criativa**. Curitiba: Gedai, 2015. p. 153-184. Disponível em <[http://www.gedai.com.br/sites/default/files/publicacoes/direito\\_autoral\\_e\\_economia\\_criativa\\_ebook.pdf](http://www.gedai.com.br/sites/default/files/publicacoes/direito_autoral_e_economia_criativa_ebook.pdf)>. Acesso 16 out. 2017.

SHIRKY, Clay. **A cultura da participação**: criatividade e generosidade no mundo conectado. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

SHIRKY, Clay. **Lá vem todo mundo**: o poder de organizar sem organizações. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

SILVA, Guilherme Coutinho. **Acesso às obras fonográficas na sociedade informacional**: as relações com o Sistema Internacional de Tutela do Direito Autoral. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2011. Disponível em: <[http://www.gedai.com.br/sites/default/files/295257-\\_dissertacao\\_mestrado\\_guilherme.pdf](http://www.gedai.com.br/sites/default/files/295257-_dissertacao_mestrado_guilherme.pdf)>. Acesso em 12 jun.2017.

SILVEIRA, Sergio Amadeus. **Cibercultura, commons e feudalismo informacional**. Revista Famecos. Porto Alegre, nº 37, p. 85-90, dez. 2008.

SMIERS, Joost; SCHIJNDEL, Marieke Van. **Imagine there is no copyright and no cultural conglomerates**: an essay. Institut of Network Cultures. [S.l., 2017?]. Disponível em <[http://networkcultures.org/\\_uploads/tod/TOD4\\_nocopyright.pdf](http://networkcultures.org/_uploads/tod/TOD4_nocopyright.pdf)>. Acesso em 05 jun. 2017.

SÖNHGEN, Clarice da Costa. Hermenêutica e Linguística. *In* ARONNE, Ricardo (Org.). **Direito civil-constitucional e teoria do caos**: estudos preliminares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SOUZA, Allan Rocha de. As Limitações dos Direitos Autorais no Superior Tribunal de Justiça. In WACHOWICZ, Marcos (Org.). **Estudos de Direito de Autor e Interesse Público**: Anais do X CODAIP, X Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. Curitiba: Gedai, 2016. p. 331/356. Disponível em <[http://www.gedai.com.br/sites/default/files/publicacoes/xcodaip\\_anais\\_e-book\\_1.compressed.pdf](http://www.gedai.com.br/sites/default/files/publicacoes/xcodaip_anais_e-book_1.compressed.pdf)>. Acesso em 26 Nov. 2017.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. **O domínio público e a função social do direito autoral**. Liinc em Revista, v.7, n.2, setembro 2011, Rio de Janeiro, p. 664 – 680. Disponível em <<http://www.ibict.br/liinc>>. Acesso em 18 Nov. 2017.

SOUZA, Ricardo Timm de. **Sobre a construção do sentido**: pensar e o agir entre a vida e a filosofia. São Paulo: Perspectiva, 2004.

STALLMAN, Richard. **O Que é o copyleft?** [S.l. 2017?] Disponível em <<http://www.gnu.org/copyleft/>>. Acesso em 30 set. 2015.

STEIN, Ernildo. **Racionalidade e existência**: uma introdução à filosofia. Porto Alegre e São Paulo: L&PM, 1988.

STEIN, Ernildo. **Uma breve introdução à filosofia**. Coleção Filosofia, 1. 2ª ed. Ijuí: Unijuí, 2005.

STIGLITZ, Joseph E., **Economic foundations of intellectual property rights**. [S.l.]: Duke Law Journal, 2008. Disponível em <<http://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol57/iss6/3/>>. Acesso em 04 jun. 2017. p. 1693-1724.

STRECK, Lenio Luiz. HEIDEGGER, Martin. In BARRETO, Vicente de Paulo. (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo. Editora Unisinos. Rio de Janeiro, Renovar, 2009. p. 426-430.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. rev., atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica. In BARRETO, Vicente de Paulo. (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo. Editora Unisinos. Rio de Janeiro, Renovar, 2009. p. 430-434.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil – Tomo II**. 4. ed. rev. atual. Rio de Janeiro, São Paulo Recife: Renovar. 2008.

TIMM, Luciano Benneti. CAOVILO, Renato. As teorias rivais sobre a propriedade intelectual no Brasil. **Economic Analysis of Law Review**. v.1, nº 1, Jan-Jun, [S.l.]. 2010. p. 49-77.

TULLY, James. **A discourse on property**: John Lock and his adversaries. Cambridge, London, New York, New Rochelle, Melbourn, Sidney. Cambridge: University Press, [2017?]. Disponível em: <[http://e-tcs.org/wp-content/uploads/2016/05/Tully-A-Discourse-on-Property\\_-John-Locke-and-his-Adversaries.pdf](http://e-tcs.org/wp-content/uploads/2016/05/Tully-A-Discourse-on-Property_-John-Locke-and-his-Adversaries.pdf)>. Acesso em 05 mar. 2017.

VASCONCELOS, Cláudio Lins de. **Mídia e propriedade intelectual**: a crônica de um modelo em transformação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WACHOWICZ, Marcos. A Revolução tecnológica da informação: os valores éticos para uma efetiva tutela jurídica dos bens intelectuais. In ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Coord). **Direito da Propriedade Intelectual**: Estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2007. p. 39–83.

WACHOWICZ, Marcos. **O "novo" direito autoral na sociedade informacional**. [S.l., 2017?]. p.1-12. Disponível em <[http://www.gedai.com.br/sites/default/files/arquivos/artigo\\_o\\_novo\\_direito\\_autoral\\_na\\_sociedade\\_informacional\\_marcos\\_wachowicz.pdf](http://www.gedai.com.br/sites/default/files/arquivos/artigo_o_novo_direito_autoral_na_sociedade_informacional_marcos_wachowicz.pdf)>. Acesso em 03 Set. 2017.

WITTGENSTEIN. Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**: the original authoritative edition. Suécia: Chiron Academic Press, 2016. Versão disponível para Kindle.

WORLD Intellectual Property Organization (WIPO). **Report on an analysis of the economic/legal literature on intellectual property (IP) rights**: a barrier to entry? Committee on Development and Intellectual Property (CDIP) Eighth Session Geneva, November 14 to 18. Genebra. 2011.