ANÁLISE DO PROJETO DE LEI N. 3.133/2012 SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL:

ANALYSIS OF BILL No. 3.133/2012 UNDER CONSTITUTIONAL PERSPECTIVE

A limitação aos direitos autorais para fins de uso privado sob uma perspectiva principiológica

Mariése Garcia Costa Rodrigues de Alencar[1]

Resumo

O desenvolvimento das tecnologias digitais e da informação ampliou, surpreendentemente, a disponibilidade de suportes de fixação e difusão de obras, surgindo redes mundiais de informação que implicaram controvérsias legais e doutrinárias, verificando-se, de um lado, o interesse individual do autor pela tutela plena de sua criação e, de outro, o interesse do público em acessar à informação contida na obra intelectual. Objetivando um maior equilíbrio entre os preceitos constitucionais que envolvem o assunto, assim como buscando adaptar a Lei n. 9.610, de 1998, às necessidades decorrentes da evolução social e tecnológica, elaborou-se o Projeto de Lei n. 3.133, de 2012. O presente artigo tem por escopo examinar as modificações propostas à Lei de Direito Autoral pelo referido projeto de lei, especialmente na parte que trata da limitação ao direito de autor para fins de utilização privada, com base nos direitos fundamentais que, explícita ou implicitamente, estão associados à matéria autoral, dentre os quais destacam-se o direito de acesso à informação, à cultura e à educação. Para tanto, inicialmente, será realizado um estudo sob a inserção, no primeiro artigo da lei autoral, de uma estrutura principiológica, que servirá de norte ao intérprete no momento de aplicação da lei em questão. Em seguida, serão analisadas as noções gerais acerca das limitações e a sua importância na garantia de uma convivência harmônica entre os direitos fundamentais relativos ao tema, de forma a assegurar a efetivação da função social do direito autoral. Por último, será objeto de investigação a alteração proposta, pelo referido projeto de lei, à reprodução para fins de uso privado, abordando também a particularidade da interoperabilidade e portabilidade, tudo sob uma perspectiva principiológica.

Palavras-chave: Direito autoral; acesso à informação; direito à educação; difusão cultural; cópia privada.

Abstract

The development of digital technologies increased , surprisingly , the availability of the media of storage and presentation of intelectual works, as well as their dissemination, which contributed to

[1] Mestre em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS); Especialista em Direito Processual pelo Centro de Ensino Superior de Maceió (CESMAC); Coordenadora da pós-graduação em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdenciário da Estácio-Fase (faculdade de Sergipe); Professora do curso de graduação em Direito da Estácio-Fase (Faculdade de Sergipe).

the birth of global information networks that implied in legal and doctrinal controversies, placing, in opposite sides, the author's individual interest of the full protection of its creation and the public interest in access to information contained in intellectual work . Aiming at a better balance between the constitutional provisions that involve the subject , as well as seeking to adapt the Law n. 9.610, of 1998, to the needs arising from social and technological developments, it was prepared the Project of Law n. 3133, of 2012. The scope of this article is to examine the proposals to the Law of Authors' Rights suggested by this law project, especially in dealing with the limitations to author's right for the purpose of private use, based on the fundamental rights which are, explicitly or implicitly, associated with copyright matters, among which the right of access to information, culture and education is included. For this purpose, initially , a study will be conducted about the insertion of a principled structure in the first article of the Authors' Rights Law, which will serve as guide to the interpreter at the time of the law in question application. Then, it will be analyzed the general notions about the limitations and its importance in ensuring peaceful coexistence between the fundamental rights related to the theme, in order to ensure the fulfillment of the social function of the author's rights. Finally, will be subject of investigation the proposed amendment, by the referred project, to the reproduction for private use purposes, also addressing the particularity of interoperability and portability, all under a principled perspective.

Keywords: author's rights; access to information; right to education; cultural diffusion; private copying.

INTRODUÇÃO

É indubitável o fato de que a atual Lei de Direitos Autorais (Lei n. 9.610/98) é recente, tendo apenas 16 anos de existência. No entanto, diante do acelerado desenvolvimento das tecnologias digitais, que aumentou consideravelmente os suportes de fixação e difusão de obras intelectuais, assim como o fato de que ela, apesar de ter sido criada sob a égide da Constituição de 1988, em muitos dos seus dispositivos, não busca concretizar os ditames constitucionais que tratam da matéria, pode-se afirmar que referida lei não acompanhou a evolução tecnológica do século XXI.

Outrossim, a Lei n. 9.610, de 1998, também não condiz com a nova concepção dos direitos autorais, presente na contemporânea fase de constitucionalização do direito[2]. Na

[2] Segundo Barroso (2012, p. 201), a ideia de constitucionalização do Direito "está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares".

realidade, a atual legislação sobre Direitos Autorais, que tem por base a Convenção de Berna do século XIX, cria obstáculos ao acesso à informação, ao conhecimento, à educação e à difusão cultural, na medida em que olvida os anseios sociais e superprotege os titulares dos direitos do autor, que muitas vezes são os investidores e não os criadores intelectuais.

Neste contexto, apresenta a Lei n. 9.610/98 uma visão maximalista[3] de proteção aos interesses dos titulares dos direitos autorais (autores e investidores), o que, consequentemente, acarreta na mitigação dos interesses do público, gerando um desequilíbrio que não se coaduna com os ditames constitucionais a respeito do tema. É em razão dessa superproteção que a lei autoral brasileira é considerada uma das mais restritivas do mundo (WACHOWICZ, 2010, p. 77).

Na busca por uma legislação mais condizente com os preceitos constitucionais relativos à matéria e com o fim de assegurar um equilíbrio entre os interesses dos autores, da sociedade e das empresas que comercializam as obras intelectuais, preparou-se o projeto de lei, objeto de estudo neste artigo, o qual, com o número 3.133, de 2012, foi apresentado, pelo Deputado Nazareno Fonteles do Partido dos Trabalhadores, à Câmara dos Deputados somente em 07 de fevereiro de 2012 (BRASIL, 2013b).

Sem dúvida, um dos principais objetivos do Projeto de Lei n. 3.133, de 2012[4], além de adaptar-se às inovações tecnológicas[5], é alcançar um equilíbrio entre os diversos interesses que estão em jogo quando da proteção aos direitos autorais, considerando, inclusive, os destinatários indiretos da norma, de tal forma que se possibilite a efetiva defesa dos preceitos constitucionais relativos ao assunto. Porém, torna-se necessário um estudo mais profundo (e não exaustivo) dos dispositivos objetos de reforma, mais especificamente, a sua estrutura principiológica e a parte que trata da limitação ao direito autoral referente ao uso privado, para, então, indicar se ele atingirá ou não os desígnios almejados.

[3] Explica Wachowicz (2010, p.74-75) “A Lei de Direitos Autorais foi editada na década de noventa, como resultado de um sistema internacional de reforma do sistema de propriedade intelectual, norteada pelo acordo TRIPS da OMC. Desta maneira é que surgiu no sistema jurídico brasileiro a visão maximalista de proteção para a qual, quanto mais elevados forem os padrões jurídicos de proteção, maiores seriam os benefícios para os autores e mais segurança se daria aos investidores”.

[4] Informa a ementa do projeto de lei em análise que ele "Altera a Lei n.º 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que "altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências" (BRASIL, 2013f).

[5] Conforme estabelece o artigo primeiro do Projeto de Lei n. 3.133, de 2012 (2013f), “Art. 1º Esta Lei altera a Lei no 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que “altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências”, a fim de atualizar as disposições sobre direitos autorais, adaptando-os às tecnologias digitais”.

1. ESTRUTURA PRINCIPIOLÓGICA DO PROJETO DE LEI N. 3.133/2012

Na busca de assegurar um equilíbrio entre os direitos individuais dos criadores intelectuais, os interesses das empresas beneficiadas economicamente pelas obras e o bem-estar social, o Projeto de Lei n. 3.133, de 2012, ao propor a alteração do primeiro artigo da Lei de Direito Autoral, desde já apresenta, de forma exemplificativa, uma estrutura principiológica que deverá nortear o aplicador do direito na interpretação da lei objeto de reforma, conforme disposto a seguir:

> Art. 1º Esta Lei regula os direitos autorais, entendendo-se sob esta denominação os direitos de autor e os que lhes são conexos, e **orienta-se pelo equilíbrio entre os ditames constitucionais de proteção aos direitos autorais e de garantia ao pleno exercício dos direitos culturais e dos demais direitos fundamentais e pela promoção do desenvolvimento nacional.**
> Parágrafo único. **A proteção dos direitos autorais deve ser aplicada em harmonia com os princípios e normas relativos à livre iniciativa, à defesa da concorrência e à defesa do consumidor** (BRASIL, 2013f, grifo nosso).[6]

Logo no *caput* da redação proposta pelo Projeto, verifica-se a expressa referência a um equilíbrio entre os dispositivos constitucionais de proteção aos direitos autorais (art. 5°, incisos XII, XXVII e XXVIII) e dos direitos culturais (art. 215), o qual trata de forma não exaustiva, na medida em que ressalta também os demais direitos fundamentais, trazendo ao texto uma cláusula aberta. Em razão disso, caberá ao intérprete, no caso concreto, a observância de outros direitos fundamentais que, direta ou indiretamente, envolvam a matéria autoral, como a liberdade de expressão (art. 5°, inciso IX), o acesso à informação (art. 5°, inciso XIV) e, por conseguinte, à educação (art. 205).[7]

Mais que isso, esse texto aborda de uma forma direta, porém não explícita, a necessidade de se buscar uma harmonia entre os preceitos constitucionais dos direitos autorais e a sua função social (art. 5°, inciso XIII da CF), que está associada, porém não apenas limitada, aos direitos fundamentais de cunho social, mencionados, ainda que indiretamente, no *caput*. Isso

[6] A redação atual do artigo 1º da Lei 9.610, de 1998 (2013c) dispõe que: "Art. 1º Esta Lei regula os direitos autorais, entendendo-se sob esta denominação os direitos de autor e os que lhes são conexos".

[7] Conforme ressalta Wachowicz et all (2011, p. 24), "A obrigatoriedade da sujeição aos direitos fundamentais ratifica esta posição, entretanto há que se observar que os direitos fundamentais não estão previstos apenas no rol do artigo 5º da Constituição Federal brasileira, mas espelhados ao longo do texto constitucional, como é o caso do direito à cultura, à educação e à informação, apenas para citar alguns exemplos, e que devem ser ponderados frente a análise de um caso concreto."

demonstra que o direito do criador intelectual não é absoluto, o seu titular deve exercê-lo buscando sempre uma convivência pacífica entre as vantagens pessoais e sociais.

Na verdade, a concepção de um direito autoral soberano e ilimitado está associada aos ideais do Estado Liberal, e não do atual Estado Democrático de Direito, o qual tem por escopo a efetivação dos direitos fundamentais de todas as gerações, mesmo que aparentemente contraditórios. Assim, ao tentar acrescentar no texto da Lei de Direito Autoral, ainda que indiretamente, a necessidade da existência de um equilíbrio entre os direitos individuais do criador intelectual e o interesse público de acesso à informação, à cultura e à educação, o Projeto de Lei 3.133/2012 se coaduna com o ideal do Estado Democrático de Direito, vez que busca assegurar a concretização de direitos fundamentais de diferentes dimensões.

Estabelece também o texto do projeto de lei em comento, nesse mesmo dispositivo, ainda no *caput*, que a promoção do desenvolvimento nacional é um dos princípios orientadores da lei autoralista. Neste sentido, essa proposta dá destaque a importância do equilíbrio entre a proteção aos interesses do criador intelectual e a concretização da sua função social para o crescimento socioeconômico e cultural do país. Afinal, é através do incentivo à produção intelectual que o desenvolvimento científico e tecnológico é promovido, e é com a difusão do conhecimento que o progresso social, econômico e cultural de um povo é alcançado.

Nesta perspectiva, explica Guilherme Carboni (2006, p. 97), que "a promoção do desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico, mediante a concessão de um direito exclusivo" faz parte da própria função social do direito de autor, de tal forma que ele "e os demais direitos de propriedade intelectual são ferramentas fundamentais para o incremento da ciência, da tecnologia e da cultura" (CARBONI, 2006, p. 86).

Ademais, o projeto de lei acrescenta, ainda no primeiro artigo da Lei n. 9.610, de 1998, um parágrafo único, onde, mais uma vez, busca uma convivência harmônica entre os direitos autorais e os princípios relativos à livre iniciativa, à defesa de concorrência e à defesa do consumidor. Tais princípios também estão previstos no texto constitucional, no capítulo que trata da ordem econômica, o qual tem por desígnio a garantia da dignidade da pessoa humana, observados os ditames da justiça social, conforme estabelece seu artigo 170.

A importância da inserção desse dispositivo no texto da Lei Autoral se dá em razão da informação obtida no conteúdo da obra intelectual ser uma mercadoria que possui um valor econômico, fazendo parte das relações empresariais, o que ocorre em decorrência do exclusivo

patrimonial assegurado ao titular do direito autoral. Assim, sendo a criação intelectual uma mercadoria, o aparente conflito existe não somente entre a proteção aos direitos individuais do autor e o acesso à informação, mas também com a livre iniciativa, o direito de concorrência e à defesa do consumidor.

Quanto ao direito de concorrência, cabe ressaltar que não é tarefa fácil buscar o seu equilíbrio com os direitos autorais, notadamente em razão do exclusivo patrimonial exercido por quem tem a titularidade destes últimos, que, por diversas vezes, transforma o seu direito de exclusividade da exploração da obra intelectual em um verdadeiro monopólio, limitando a concorrência e causando prejuízos consideráveis aos consumidores.

É importante explicar que o exclusivo patrimonial não necessariamente gera um monopólio, o que ocorre, somente, quando este é exercido de forma excessiva e deformada. A proteção aos direitos patrimoniais do autor não incita a formação de monopólios, mas apenas protege o investimento feito no desenvolvimento da obra por determinado criador intelectual, coibindo ações deletérias como falsificações e reproduções com fim lucrativo, sem o consentimento do titular dos direitos autorais.

Contudo, caso haja abuso de poder econômico, com a consequente instalação de um monopólio no mercado, isso acarretará não apenas prejuízos para o direito de concorrência de outras empresas, mas também e, principalmente, para os consumidores, como consequência dos altos preços no mercado que poderiam ser praticados por quem detivesse a exclusividade na exploração da obra.

A dificuldade está em saber o limite para que o exercício da exclusividade patrimonial pelo titular do direito autoral não tenha como consequência a formação de um monopólio, ou seja, está em saber como alcançar o equilíbrio entre o exclusivo autoral e o direito de concorrência. Conforme destaca Helenara Avancini (2013, p. 212), com base no primeiro, “o titular de Direito Autoral tem a possibilidade de excluir competidores de fabricarem e oferecerem produtos idênticos no mercado”, todavia, com fulcro na defesa da concorrência, “ele não pode impedir o surgimento de quaisquer produtos substitutos ao seu”[8].

Através de uma análise do dispositivo supracitado, torna-se visível a opção adotada, por aqueles que participaram da elaboração do projeto de lei, em aproximar o instituto do direito

[8] Isso se aplica principalmente com relação aos programas de computador, que no Brasil também são protegidos pelos direitos autorais.

autoral de outros ramos do Direito, principalmente do Direito Constitucional, considerando o novo viés dado a este com a atual fase de constitucionalização do direito, que tem como um dos seus marcos a força normativa da Constituição, no sentido de que toda e qualquer norma deve ser lida e interpretada com base no texto constitucional.

Observa-se também que, durante a formação da proposta em análise, houve uma preocupação em revolucionar a Lei Autoral, transformando-a em uma lei principiológica[9], que, possivelmente, passará a ter como base os princípios elencados logo no seu primeiro artigo, além de algumas cláusulas gerais no corpo do texto.

A proposta, com inspiração nas normas constitucionais sobre o tema, busca inserir, no sistema autoral infraconstitucional brasileiro, normas com alto teor de abstração, mandamentos de otimização (ALEXY, 2011), isto é, princípios que podem ser aplicados em distintos graus, desde que observadas as possibilidades fáticas e normativas existentes.

Ao que parece, não foi por acaso que optou-se, no projeto de lei em comento, pela inserção de princípios fundamentais em seu artigo primeiro. Levando-se em consideração a própria etimologia da palavra princípio, como origem, início, começo, tem-se que essa estrutura principiológica vem servir de ponto de partida para a análise de todos os dispositivos da Lei n. 9.610/98, objeto de reforma.

Como princípios a serem inseridos, direta ou indiretamente, no primeiro artigo da lei autoral, deverão desempenhar uma função estruturante, servindo de base, sustentáculo de um sistema jurídico, no sentido de conferir unidade, harmonia e estabilidade a referida lei. Mais que isso, como normas que trazem em si valores a serem preservados e fins a serem seguidos, os princípios devem guiar o intérprete no momento da aplicação de qualquer um dos dispositivos da Lei n. 9.610/98, desempenhando também uma função interpretativa e funcionando como "grandes nortes, diretrizes magnas do sistema jurídico, **fio condutor do intérprete, lente de exame de toda e qualquer questão submetida ao julgador"** (CAVALIERI FILHO, 2010, p.31, grifo do autor).

Contudo, é importante reiterar que não é raro existirem casos em que mais de um princípio, aparentemente em contradição, servem de guia ao intérprete. Em situações como essas,

[9] Levou-se em consideração nesta parte do trabalho o pensamento de Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 28, grifo do autor) a respeito de uma lei principiológica, o qual, ao expor sobre os princípios do Código de Defesa do Consumidor, explica que "o Código de Defesa do Consumidor adotou uma avançada técnica legislativa, **baseada em princípios e cláusulas gerais**, o que permite considera-lo uma *lei principiológica"*.

deve o aplicador da norma ter em mente que a solução se dará através da aplicação do postulado da proporcionalidade[10], mais especificamente através da ponderação entre os princípios colidentes, e não pela prevalência imediata de um princípio sobre o outro, tendo em vista que a colisão de princípios se resolve na dimensão do valor ou do peso, diversamente das regras, em que o conflito se resolve na dimensão da validade. Assim, em razão de serem os princípios mandamentos de otimização, a sua satisfação poderá ocorrer em variados graus, a depender de cada caso concreto.

Neste diapasão, torna-se claro que esta nova redação conferida ao artigo primeiro pela proposta, adentra no estudo de uma hermenêutica concretizadora, que tem por base a ideia de uma unidade[11], mas não apenas do texto constitucional, e sim de toda ordem jurídica, por ser ela um sistema, devendo conviver todos os seus elementos em perfeita interação.

Assim sendo, uma vez aprovado o Projeto de Lei n. 3.133, de 2012, na hipótese de aplicação de um dos dispositivos constantes na Lei de Direitos Autorais que gere um aparente conflito entre o direito individual do criador intelectual e outros direitos fundamentais de cunho social, deverá o hermeneuta utilizar-se de uma interpretação constitucional, com a aplicação do postulado da proporcionalidade, de modo a assegurar um equilíbrio entre os ditames constitucionais de proteção ao direito dos criadores intelectuais, o direito à cultura e outros direitos fundamentais.

[10] Adotamos neste trabalho o posicionamento de Humberto Ávila (2009, p. 139), em sua obra "Teoria dos princípios", no sentido de que a proporcionalidade não seria um princípio, mas sim um postulado normativo aplicativo, na medida em que, como explica o autor, a proporcionalidade tem como função a estruturação e aplicação das regras e princípios. Para ele, "definindo a proporcionalidade como princípio/regra, confunde-se o objeto de aplicação com o critério de aplicação" e afirma que "quem define a proporcionalidade como princípio confunde a balança com os objetos que ela pesa", perdendo de vista "a diferença entre o que deve ser realizado (princípios/regras) e o que serve de parâmetro para a realização (postulados)".

[11] Atualmente, não há mais dúvida de que a Constituição é o instrumento adequado para garantir a coerência entre os elementos existentes no sistema jurídico de cada Estado, o que ocorre, principalmente, em razão da sua atual força normativa, decorrente do processo de constitucionalização do direito, na medida em que todas as normas passaram a ser lidas e interpretadas sob o foco do texto constitucional.
Além da força normativa, para assegurar a indivisibilidade e interdependência entre as normas do ordenamento jurídico brasileiro, é imprescindível também a existência de uma harmonia na ordem jurídica-constitucional. Esse equilíbrio é alcançado com a aplicação do princípio da unidade à própria Constituição, inclusive aos direitos humanos de diferentes gerações nela consagrados como fundamentais.
O princípio da unidade da Constituição deve sempre garantir ao máximo a eficácia de todos os direitos previstos constitucionalmente, mesmo na hipótese de "aparentes" tensões entre eles, ganhando, assim, segundo lição de Canotilho (2003, p.1223), "relevo autónomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas".

2. ALTERAÇÕES PROPOSTAS PARA A LIMITAÇÃO AOS DIREITOS AUTORAIS PARA FINS DE UTILIZAÇÃO PRIVADA

Como já exposto acima, dentre os principais escopos do Projeto de Lei n. 3.133, de 2012, destaca-se a busca por um equilíbrio entre os distintos interesses que surgem quando da proteção aos direitos autorais, possibilitando a efetivação de direitos fundamentais, relativos ao tema, de diversas gerações. Como uma tentativa de atingir tal desiderato, os participantes na elaboração da proposta preocuparam-se em acrescentar no primeiro artigo da Lei n. 9.610, de 1998, um rol exemplificativo de princípios constitucionais a serem observados pelo intérprete no momento de sua aplicação ao caso concreto.

Uma vez exposta a estrutura principiológica apresentada pelo referido projeto de lei, torna-se, ainda, necessária uma estudo mais profundo dos principais dispositivos, objetos de reforma, que procuram efetivar a função social dos direitos autorais. Neste trabalho, a análise se restringirá à limitação ao direito autoral para fins de uso privado.

2.1. Limitações aos direitos autorais

Ao analisar os principais dispositivos da Lei n. 9.610, de 1998, é imprescindível adentrar no estudo das limitações aos direitos autorais[12], dada a sua atual relevância no mundo, particularmente em decorrência da nova forma de pensar o direito de autor, considerando a utilidade social da criação intelectual.

Não é por acaso que as limitações têm sido objeto de discussão no cenário mundial, isso ocorre em virtude delas representarem um importante meio para conciliar o interesse privado do autor pela proteção da obra e o benefício social resultante dela. São elas uma consequência da própria função social da produção intelectual, com vistas a contribuir para o desenvolvimento socioeconômico e cultural do país. Como salienta Fabrício Polido (2013, p. 460) ao tratar do

[12] Larissa Lima (2013, p. 27), ao expor sobre o tema, explana sobre a distinção, apresentada por parte da doutrina autoralista, entre os termos limitações e exceções, explicando que “as exceções são utilizadas nos casos em que o titular do direito autoral carece tanto das faculdades de autorizar ou proibir a utilização da sua obra por terceiros, como da permissão de receber algum tipo de remuneração. As limitações, ao contrário, são aquelas situações em que diante da ausência dessas mesmas faculdades, ainda é possível que haja alguma forma de retribuição financeira ao autor, como ocorre, por exemplo, no caso de licenças não voluntárias”. No desenvolvimento deste trabalho, será utilizado o termo previsto na Lei n. 9.610/98.

assunto, a aplicação das limitações "ressalta a imperiosidade de adequação entre exercício dos direitos de propriedade intelectual e suas funções de interface como o interesse público, a concorrência nos mercados, a ordem econômica e social nos Estados".

Uma das razões de existência de limites é a de possibilitar, em algumas situações excepcionais, a utilização de criações intelectuais, independentemente de autorização do titular dos direitos autorais, o que ocorre por expressa previsão legal. Na realidade, o entendimento defendido é no sentido de que as limitações aos direitos autorais seriam uma das formas de relativizar os interesses individuais dos titulares dos direitos de autor, que não são absolutos, em prol da coletividade, permitindo, assim, o acesso ao conhecimento, à difusão cultural e à tutela da educação.

Neste contexto, pode-se afirmar que as chamadas limitações são um dos meios disponibilizados pelo legislador infraconstitucional para buscar um equilíbrio entre o interesse privado do autor e investidor e o bem-estar social. Busca-se, através das limitações, "*neutralizar* o uso inadequado dos direitos de propriedade intelectual pelo titular" (POLIDO, 2013, p.459, grifo do autor).

Em que pese a importância das limitações para a efetivação da função social dos direitos autorais, a legislação brasileira em vigor ainda é bastante tímida ao tratar do assunto, elencando apenas algumas hipóteses nos artigos 46 ao 48 da Lei n. 9.610/98, as quais restringem sobremaneira a liberdade de utilização da obra intelectual para fins educacionais, culturais, científicos, de informação etc.

Ressalte-se, também, que a legislação autoral no Brasil, em grande parte das vezes, impossibilita a utilização livre das criações intelectuais, apenas tornando-a possível em um rol expressamente previsto em lei, o qual vinha sendo, até recentemente, considerado taxativo[13].

[13] Em 2011, um novo entendimento a respeito do tema foi apresentado pelo Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2014b) no Recurso Especial n. 964 404/ES contra um acórdão do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, que deu provimento à apelação do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD): "STJ RECURSO ESPECIAL. COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO 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 a 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. 5°, XXVII, da CF) surge somente após a consideração das restrições e limitações a ele opostas, devendo ser

A atual tendência no mundo busca ampliar o rol de utilizações livres da criação intelectual, de tal forma que em alguns países, como os Estados Unidos, já se defende o denominado *fair use*, isto é, o uso razoável, justo, honesto, em que se permite a utilização das obras protegidas pelos direitos autorais em determinadas circunstâncias, a serem apuradas em cada caso pelos tribunais. Diferentemente do Brasil, em que as hipóteses de limitações são previstas especificamente em lei, o sistema norte-americano estabelece cláusulas gerais, com a fixação de critérios que deverão ser observados pelo intérprete em cada caso concreto.

De acordo com José Oliveira de Ascenção (2013, p. 3), o sistema do *fair use*, adotado pelos Estados Unidos, em que pese ter "a grande vantagem da maleabilidade, permitindo a adaptação ao rápido evoluir das circunstâncias que caracterizam os tempos atuais", tem como desvantagem o fato "de ser de aplicação mais insegura, dificultando a previsibilidade da solução pelas partes".

O Brasil, através do Projeto de Lei n. 3.133, de 2012, segue a tendência mundial de ampliação das hipóteses de limitações aos direitos autorais - não especificamente a do *fair use* -, tanto que um dos dispositivos que mais se destacou, na reforma apresentada, foi o artigo 46 da Lei n. 9.610/98, relativo às limitações aos direitos autorais, o que ocorreu em virtude da sua essencialidade para garantia da função social do direito de autor. Assim, referido artigo, que na redação originária da lei autoral possui oito incisos, com as alterações propostas passará a ter dezoito incisos, aumentando consideravelmente o rol que possibilita as utilizações livres.

Além disso, através de uma análise da redação proposta ao artigo 46 pelo projeto de lei em comento, observa-se, logo no *caput* desse dispositivo, a intenção dos que elaboraram o texto da reforma de deixar claro que as hipóteses, ali apresentadas, de utilização da obra intelectual não somente independem da autorização do titular dos direitos autorais, como também dispensa uma remuneração por parte de quem as utiliza, conforme pode ser observado abaixo:

> Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais **a utilização de obras protegidas**, **dispensando-se, inclusive, a prévia e expressa autorização do titular e a necessidade de remuneração por parte de que as utiliza**, nos seguintes casos: [...] (2013f, grifo nosso). [14]

consideradas, como tais, as resultantes do rol exemplificativo extraído dos enunciados dos artigos 46, 47 e 48, interpretadas e aplicadas de acordo com os direitos fundamentais. [...]".

[14] Na redação atual do *caput* do artigo 46 da Lei n. 9.610/98 (2013c) consta somente o seguinte: "Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: [...]"

A redação proposta pelo projeto, não deixa dúvidas a respeito do que consistem as limitações aos direitos autorais, constituindo formas de utilizações livres pelo destinatário da produção intelectual, sem a necessidade de qualquer retribuição ao autor pelo uso da sua criação. Uma vez analisado o *caput* do art. 46, resta examinar as alterações apresentadas pelo Projeto de Lei n. 3.133/2012 aos incisos relativos ao uso privado.

2.2. Reprodução para uso privado

Dentre as modificações introduzidas pelo Projeto de Lei n. 3.133/2012 na parte que trata das limitações aos direitos autorais, nos dias de hoje, a que tem gerado um maior debate por parte da doutrina é a cópia da criação intelectual para fins de utilização privada. Para melhor abordar o tema, inicialmente cabe explicar o significado do uso privado da obra.

A utilização privada, como se pode compreender através da própria nomenclatura, seria aquela realizada na esfera pessoal e privada de um indivíduo. Não quer isso dizer que a obra tenha que ser utilizada exclusivamente pela pessoa que a adquiriu, nem na sua residência, vez que, na realidade, a abrangência dessa forma de utilização é determinada, normalmente, levando-se em consideração as relações familiares e de amizades do utente, ou seja, através da identificação das pessoas que fazem parte do seu círculo de relações pessoais (LIMA, 2013, p. 33-34).

Porém, para a caracterização do uso privado, não basta apenas a observância de onde e por quem está sendo utilizada a cópia da obra, necessitando verificar também se há ou não o escopo de auferir ganhos, isto é, se existe ou inexiste por parte do copista o propósito de tirar proveito econômico do produto intelectual, somente havendo a configuração da utilização privada se houver, por parte do usuário, ausência de intuito lucrativo.

Nesta perspectiva, o fato da cópia de uma obra ser utilizada por terceiro, não necessariamente descaracterizará o seu uso privado, incidindo no crime de contrafação de direito autoral ou um ato de pirataria, vez que, para tanto, é imprescindível uma análise do usuário da cópia da produção intelectual - se faz parte, por exemplo, do círculo de relações familiares do copista -, assim como da finalidade da realização da reprodução, se lucrativa ou não.

Ressalte-se, no entanto, que somente haverá a descaracterização do uso privado se a pretensão do utente for de obter lucro direto, proveniente da utilização da criação intelectual, isto

é, se houver a intenção de explorá-la economicamente. Se não for este o propósito do usuário, mas se, em decorrência da utilização da obra, ele auferir algum lucro indireto, nada impede que se configure o uso privado, desde que presentes os outros requisitos necessários para tal.

Um exemplo de usuário que é beneficiado pelo lucro indireto é o do advogado que utiliza diversos exemplares de importantes obras da área para melhor desenvolver o seu labor. Seu objetivo não tem relação com a comercialização dos produtos intelectuais, contudo a utilização desses exemplares contribui diretamente para sua atividade profissional. Dessa forma, indiretamente, o uso em âmbito privado desses bens imateriais proporcionará lucro ao usuário, ainda que esse rendimento não decorra da exploração comercial da obra, não violando os direitos do autor.

O caso supracitado exemplifica bem o que já está explícito na lei 9.610/98 em seu artigo 8°, inciso I, o fato de que as ideias não são objetos de proteção dos direitos autorais. Assim sendo, a utilização do conhecimento ou da informação obtida em um bem intelectual para alguma finalidade, seja ou não com fins lucrativos, não pode ser considerada uma afronta aos interesses do autor, vez que este busca proteger apenas a forma de expressão das ideias.

Para o usuário, a aquisição de uma obra intelectual está atrelada à possibilidade de incorporação das ideias do autor ao seu próprio rol de ideias (SILVEIRA, BARBOSA, GRAU-KUNTZ, 2011, p. 221). Esse é o processo de acúmulo de conhecimento, de aprendizado, imprescindível tanto para o estímulo da produção intelectual, “em face de o autor, ainda que inconscientemente, se aproveitar do acervo da cultura” (MORAES, 2008, p. 93), como para o desenvolvimento socioeconômico e cultural de um país.

Um outro aspecto que deve ser abordado ao tratar do uso privado, que tem sido objeto de discordância doutrinária, diz respeito à quantidade de cópias que podem ser retiradas sem que desconfigure a pretensão privada da utilização. A atual redação da Lei Autoral, no inciso II do seu artigo 46, permite apenas a reprodução com tal finalidade de pequenos trechos da obra, adotando uma postura restritiva, inclusive quando comparada a Lei n. 5.988/73, que vigorava antes da sua vigência, a qual permitia uma única cópia de um livro inteiro. No mais, a legislação autoralista dificulta ainda mais a possibilidade de realização da cópia privada, ao estabelecer que o copista tem que ser o próprio utente, impedindo, implicitamente, que a reprodução seja realizada por terceiro.

Ao proibir a reprodução integral de um bem imaterial, como, por exemplo, de livros, filmes e músicas, a Lei n. 9.610/98 apresenta uma visão patrimonialista, não condizente com a atual fase de constitucionalização do direito, cujo o objetivo é priorizar o ser em detrimento do ter, através da despatrimonialização do direito privado. Nesta fase, busca-se, através da valorização do homem-criador, a repersonalização do direito autoral, levando-se em consideração o interesse do autor em ter sua obra intelectual reconhecida.

Ao expor sobre a necessidade de repersonalização do direito autoral, Rodrigo Moraes (2008, p. 50) defende que ainda prevalece a discussão patrimonialistíca sobre o tema, visto que "o debate gira muito mais em torno da proteção de investimentos do que da dignidade do homem-criador, que é o centro e o fim do Direito, o seu destinatário mor, a sua última razão". Exemplifica essa visão patrimonialista com a reprodução privada, prevista no artigo 46, inciso II, da Lei Autoral, afirmando que "o legislador visou a atender, primordialmente, interesses econômicos de grupos editoriais".

Neste sentido, com a patrimonialização dos direitos autorais, há um esquecimento do autor e uma valorização dos interesses econômicos das grandes empresas editoriais. Porém, não só os interesses do criador intelectual são desprezados, mas também o da sociedade, haja vista que cria-se um obstáculo à efetivação da função social dos direitos autorais, na medida em que impede o acesso do indivíduo à informação contida na obra, especialmente àqueles que não possuem condições de arcar com os altos custos fixados pelas empresas titulares dos direitos autorais.

O problema se agrava quando o bem intelectual, ainda que dentro do prazo da proteção autoral, encontra-se fora de circulação e em um local de difícil acesso para o pretenso utente. Mesmo em casos como esse, a Lei de Direito Autoral, na sua redação atual, proíbe a reprodução na íntegra de uma criação intelectual, independentemente do motivo que a ensejou, olvidando os direitos humanos e fundamentais de acesso à informação, à cultura e à educação, essenciais à garantia da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito.

Neste contexto, aduz Eliane Abrão (2002, p. 148-149) que existem, "livros, discos ou obras de qualquer natureza, de grande valor histórico, cultural e científico" que, por diversas vezes, apenas são encontrados "em distantes bibliotecas públicas ou acervos particulares". Para ela, "essa carência na disponibilização da obra é prejudicial ao desenvolvimento das artes, ciência e cultura, que é o objetivo declarado dos direitos do autor", e explica que inexiste uma

solução normativa para o problema, "necessitando esforços dos legisladores no encontro de uma fórmula satisfatória, que garanta maior acesso do público à obra, sem prejuízo dos seus titulares".

Felizmente, como uma tentativa de assegurar a utilidade social do bem intelectual, o Projeto de Lei n. 3.133/2012, ao propor a modificação do inciso I do artigo 46 da Lei n. 9.610/98, procura ampliar, consideravelmente, as possibilidades de reprodução da obra para uso privado, além de adaptar a regra ao surgimento de novas tecnologias digitais, conforme exposto abaixo:

> Art. 46. Não constitui ofensa aos direito autorais[...]:
> I – **a reprodução, por qualquer meio ou processo, de qualquer obra, desde que feita pelo próprio copista, para seu uso privado e não comercial, ou feita a seu pedido, desde que seja realizado por terceiro, sem intuito de lucro**; [...] (2013f, grifo nosso).

Como se pode observar, a proposta de reforma não mais restringe a cópia privada a pequenos trechos da obra, como faz a atual legislação autoralista[15], uma vez que permite a reprodução integral da criação intelectual para fins de utilização privada, desde que não haja intenção de auferir lucros, ou seja, de explorar economicamente o produto intelectual. Nem mesmo a quantidade de reproduções para uso privado foi limitada, como ocorria com a Lei n. 5.988/73, que somente autorizava uma cópia com tal finalidade.

Outrossim, a redação proposta também não impede que a reprodução da obra seja feita por terceira pessoa, isto é, ela autoriza a realização da cópia por outra pessoa que não o utente, impondo como restrição, tão-somente, que não haja finalidade lucrativa. Por fim, com o escopo de adaptar a lei de direitos autorais às novas formas de reprodução digital do bem imaterial, como a realizada pela internet, permitiu-se que a cópia se dê por qualquer meio ou processo.

Diante da ausência de limitação ao número de cópias de um mesmo exemplar, surge o desafio de saber até que ponto a reprodução para fins de uso privado não afetaria ao direito exclusivo do autor de utilização ou reprodução de suas obras, previsto constitucionalmente, assim como, o de estabelecer o limite do autor no controle da utilização das suas produções intelectuais.

[15] A redação atual do dispositivo constante no artigo 46 da Lei n. 9.610/98 (2013c) que trata da reprodução para uso privado estabelece o seguinte: "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; [...]".

Primeiramente, cabe analisar o artigo 5°, inciso XXVII, da atual Carta Constitucional[16], o qual assegura aos autores o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras intelectuais. Na realidade, o exclusivo de que trata o dispositivo refere-se tanto ao direito moral do autor de manter sua obra inédita (direito de publicação), quanto ao direto do autor de controlar qualquer forma de exploração econômica do bem imaterial[17] (exclusivo de utilização e reprodução) e, como o uso privado pressupõe a ausência de intuito lucrativo, não há dúvida de que, em regra, ele não está contido no direito fundamental ao exclusivo patrimonial.

Então, levando-se em consideração que a utilização da produção intelectual com finalidade privada não afeta ao exclusivo patrimonial assegurado constitucionalmente aos titulares de direitos autorais, torna-se evidente que, conforme palavras de José Oliveira Ascenção (1997, p. 249), "por natureza, o uso privado escapa ao direito de autor".

Desse modo, não há dúvida de que os direitos autorais não podem ser controlados indiscriminadamente pelos seus titulares, principalmente nas hipóteses de reprodução privada, a qual, repita-se, normalmente, "foge ao âmbito do direito exclusivo garantido ao autor", haja vista que o direito exclusivo de utilização e reprodução, "uma vez que direito patrimonial, limita-se à prerrogativa de controle de cópias realizadas com fins econômicos" (SILVEIRA, BARBOSA, GRAU-KUNTZ, 2011, p. 223).

Se o dispositivo constitucional, ora em análise, autorizasse um controle excessivo, que ultrapassasse as barreiras do âmbito patrimonial, estaria permitindo a invasão da esfera privada pelos detentores do exclusivo autoral, o que, por consequência, seria uma afronta não apenas ao acesso à informação, à cultura e à educação, como também ao direito fundamental à intimidade e à privacidade, assegurados no artigo 5°, inciso X, da Constituição Federal.

Diversos são os exemplos que podem ser mencionados para demonstrar o quanto o controle exagerado por parte dos titulares dos direitos autorais poderiam levar a uma invasão do âmbito privado do utente, como na hipótese de uma festa de aniversário infantil, reservado

[16] "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, 2013)

[17] O entendimento apresentado neste trabalho é no sentido de que o direito exclusivo de publicação é um direito moral/pessoal, o direito de publicar, também conhecido como direito ao ineditismo ou direito de divulgação. Entretanto, apesar do posicionamento apresentado, não se pode negar que referido direito influencia diretamente na exploração econômica da obra, consistindo "no sustentáculo de toda a órbita econômica", pois "a partir do momento em que o autor autoriza a publicação de sua obra, abrem-se as portas para o comércio do seu produto intelectual" (MORAES, 2008, p. 149).

apenas para os familiares do infante, em que os convidados fossem gravados cantando uma das diversas versões da música "parabéns pra você", composta e gravada por algum cantor famoso. Se a Constituição permitisse o controle extrapatrimonial, esta cena tão comum só se tornaria possível mediante autorização do titular do direito autoral, caso contrário os convidados incorreriam em contrafação.

Uma vez explicado que a reprodução privada, em regra, está fora do círculo de proteção ao direito de autor, poder-se-ia concluir precipitadamente que se está afirmando que há uma liberdade total e ilimitada para cópia privada. Porém, não existe liberdade absoluta, principalmente na atual fase de constitucionalização do direito, em que, através de uma interpretação constitucional, mais especificamente da ponderação, se busca um equilíbrio entre as diversas normas constitucionais, assegurando a unidade, não apenas da Constituição, mas de toda a ordem jurídica.

No mais, defender uma liberdade ilimitada de cópia privada vai de encontro às alterações principiológicas propostas pelo Projeto de Lei n. 3.133/2012 ao artigo primeiro da Lei Autoral, em que se busca uma harmonia entre os preceitos constitucionais de proteção aos direitos autorais e os direitos fundamentais à cultura, à educação e à informação.

Ao defender a existência de um princípio da liberdade de uso privado, salienta José Oliveira Ascenção (2011, p. 120) que "também a liberdade do uso privado não pode ser ela própria ilimitada", vez que é imprescindível que haja "uma conciliação com os exclusivos intelectuais". O autor conclui seu pensamento, explicando que "a afirmação do princípio da liberdade do uso privado deveria ser completada: é livre, na falta de disposição legal em contrário". Porém não defende a existência de regras limitadoras específicas, mas sim disposições valorativas, como a regra dos três passos prevista na Convenção de Berna[18], permitindo, assim, uma maior flexibilidade do sistema.

Na verdade, a redação da proposta de reforma foi mais além que a regra dos três passos, visto que considerou como única limitação à reprodução privada, a ausência de intuito lucrativo por parte do utente ou do terceiro que realizar a cópia. Todavia, repita-se, não há liberdade ilimitada. Assim, ainda que inexista, no texto proposto, restrição ao número de cópias privadas,

[18] A regra dos três passos, prevista no artigo 9 da Convenção de Berna permite que a legislação de cada país autorize a reprodução da obra, sem necessidade de autorização do autor, "em certos casos especiais, contanto que tal reprodução não afete a exploração normal da obra nem cause prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor" (NAÇÕES UNIDAS, 2013a).

seria desarrazoado permitir ao copista a reprodução indiscriminada da criação intelectual para uso privado pelo simples fato dele não pretender comercializar o produto, mesmo que isso gerasse um prejuízo de grande monta ao autor, seja essa ou não a intenção do copista.

Diante da lacuna no texto do projeto de lei na fixação de um limite no número de reproduções para uso privado, caberia ao juiz, na resolução do litígio, harmonizar os distintos interesses em jogo, considerando a unidade do sistema jurídico. No caso concreto, um grande número de cópias, mesmo sem finalidade lucrativa, poderia implicar em um real prejuízo ao direto do autor, ao passo que a sua limitação poderia violar o direito de acesso à informação, à cultura e à educação, todos assegurados na Constituição. Em sua decisão, caberá ao magistrado a difícil tarefa de buscar o equilíbrio entre as normas constitucionais em aparente conflito.

2.3. A particularidade da reprodução para fins de interoperabilidade e portabilidade

Ainda no que se refere à utilização privada, inovou o projeto de lei em comento ao tratar da portabilidade e interoperabilidade, caracterizando, de forma bastante salutar, a incursão da lei de direitos autorais no âmbito da informática.

> Art. 46. Não constitui ofensa aos direito autorais[...]:
> II – **a reprodução**, por qualquer meio ou processo, de qualquer obra legitimamente adquirida, **quando destinada a garantir a sua portabilidade ou interoperabilidade, para uso privado** e não comercial; [...] (2013f, grifo nosso).

Apesar de ser redundante a inclusão na proposta de um novo dispositivo tratando da utilização para fins privados, não se pode negar a importância de referido inciso para assegurar tanto o interesse individual de acesso à informação por parte do usuário, quanto o interesse público, através da garantia do direito de concorrência, conforme será observado no decorrer do texto. Inicialmente, para um melhor entendimento do inciso supracitado, é imprescindível compreender o real significado dos termos portabilidade e interoperabilidade.

A portabilidade, a que se refere o inciso em análise, diz respeito a utilização de uma cópia de softwares, músicas, livros eletrônicos, bem como qualquer outro tipo de obra intelectual em qualquer formato, em mais de um aparelho, desde que a obra tenha sido adquirida legalmente e destinada ao uso privado. Indo mais além, a portabilidade abrange inclusive a mudança de

formato do arquivo digital, permitindo, por exemplo, que o copista tenha acesso a obra em equipamentos de arquiteturas tecnológicas distintas e, em princípio, não compatíveis[19].

Nos dias atuais, diversas são as hipóteses que podem ser citadas para exemplificar o motivo da necessidade de inclusão na lei de forma explícita da portabilidade, para garantir o direito pleno do uso privado por parte do usuário de um produto tecnológico, sem que seja caracterizada a violação aos direitos do autor. O caso mais comum é a aquisição de músicas para uso em um determinado tipo de equipamento eletrônico. Se a portabilidade não for prevista em lei, ao baixar uma música para utilizar em um *smartphone*, o usuário não poderia copiá-la e ouvir essa mesma música em seu computador. Nos casos ainda mais extremos, não seria possível, converter a música para um formato digital compatível com outro aparelho, pois a conversão de formato tecnicamente também é uma reprodução da obra.

Para os mais antigos, a autorização da portabilidade permitiria que filmes gravados em formato Betamax fossem convertidos para formato VHS, ou que os jogos de videogame produzidos para a plataforma da Philips, denominada Odyssey, poderiam ser convertidos para o formato Atari, sem que o copista incorresse em violação aos direitos autorais.

A interoperabilidade, por sua vez, é um pouco mais complexa de se conceituar, pois ela engloba a capacidade de compartilhamento e a troca de dados e serviços entre sistemas, bem como a integração de redes de informação e a capacidade de integração de softwares e hardwares (de fabricantes e tecnologias diferentes) de atuarem conjuntamente em um determinado sistema, levando-se em conta o legado desses sistemas, plataformas de hardware e software instaladas[20].

Em uma linguagem mais pragmática, se existe interoperabilidade entre dois sistemas distintos, é possível a troca de informação entre estes, ainda que eles sejam constituídos por equipamentos de diferentes tecnologias e sistemas operacionais. Mais que isso, internamente em

[19] Segundo a ABNT (2003), a portabilidade é a "capacidade do produto de software ser transferido de um ambiente para o outro".

[20] Este é o entendimento apresentado no sítio do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, onde consta a seguinte definição a respeito do assunto: "Interoperabilidade não é somente integração de sistemas nem somente integração de redes. Não referencia unicamente troca de dados entre sistemas e não contempla simplesmente definição de tecnologia. É, na verdade, a soma de todos esses fatores, considerando, também, a existência de um legado de sistemas, de plataformas de hardware e software instaladas. Parte de princípios que tratam da diversidade de componentes, com a utilização de produtos diversos de fornecedores distintos. Tem por meta a consideração de todos os fatores para que os sistemas possam atuar cooperativamente, fixando as normas, as políticas e os padrões necessários para consecução desses objetivos. Para que se conquiste a interoperabilidade, as pessoas devem estar engajadas num esforço contínuo para assegurar que sistemas, processos e culturas de uma organização sejam gerenciados e direcionados para maximizar oportunidades de troca e reuso de informações, interna e externamente ao governo federal" (BRASIL, 2014a).

cada sistema, para que exista interoperabilidade, a escolha das plataformas de software e hardware deve garantir que a troca de um determinado equipamento, por um similar de outro fabricante, não inviabilize o funcionamento do sistema.

Do ponto de vista do inciso em análise, se a realização de uma cópia ou conversão de algum tipo de obra intelectual em formato digital for feita objetivando a interoperabilidade, não haverá afronta aos direitos autorais. Por exemplo, se for necessário a troca de um determinado computador em uma rede de dados de uso doméstico, o utente não precisaria comprar uma nova máquina do mesmo fabricante do equipamento defeituoso, bastaria adquirir um modelo com as mesmas especificações técnicas do antigo computador ou superior. Para garantir a interoperabilidade, os softwares usados para o funcionamento da rede não precisariam ser adquiridos novamente, mesmo que incompatíveis com a nova máquina, cabendo tão-somente realizar uma conversão de formato.

O dispositivo em questão não apenas busca a adaptação da lei as recorrentes evoluções das tecnologias digitais, mas principalmente evitar o desrespeito a alguns princípios da ordem constitucional, como o do acesso à informação e o da livre concorrência, devido a argumentos puramente técnicos, que não são condizentes com os valores universais positivados na Carta Magna.

Diante dessa afirmação, pode-se questionar, considerando apenas o inciso em análise, quais dispositivos constitucionais poderiam vir a ser violados em um caso concreto, se a reprodução privada para fins de portabilidade e interoperabilidade, previstas no projeto de lei em comento, não fossem acrescidas à Lei n. 9.610/98.

Adentrando, primeiramente, numa análise da portabilidade, cabe salientar que o termo está intimamente relacionado a realização de uma cópia de uma determinada criação intelectual e a sua proibição seria equivalente a afirmar que um livro, CD de música ou mesmo um texto em um jornal só pudesse ser utilizado em um único local, por exemplo no domicílio do utente.

Situação análoga é encontrada em obras em formato digital. Um livro eletrônico, uma música ou um vídeo digitalizado, não são acessíveis ao usuário sem o auxílio de um equipamento eletrônico que faça a conexão entre o arquivo e o mundo real, ou seja, esse dispositivo, seja ele um computador *desktop*, *notebook*, *tablet* etc., seria o local em que o bem intelectual pode ser utilizado. Assim, limitar o uso da obra a um único equipamento seria, então, o mesmo que restringir a leitura de um livro a um único local físico.

Considerando a ordem constitucional brasileira, situações hipotéticas como essas seriam inimagináveis, visto que, ao disponibilizar uma obra ao público, dificilmente o autor teria o controle de como e onde a referida produção seria utilizada. O exercício desse controle caracterizaria uma violação gritante ao âmbito privado do utente, o que seria uma afronta ao direito fundamental à intimidade e à privacidade.

Ademais, ainda nesse mesmo exemplo, pode ser identificada uma violação também ao direito de acesso à informação, na medida em que, sendo a portabilidade de uma criação intelectual proibida e seu uso limitado a um único equipamento, por exemplo, a um computador *desktop*, caso o usuário necessitasse de algum dado contido nessa obra durante uma viagem, isso não seria possível. No mais, se houvesse algum problema técnico com a máquina na qual a obra estivesse instalada, as informações nela contidas ficariam inacessíveis, uma vez que sequer uma cópia de segurança poderia ser feita.

É interessante mencionar também um caso especial em que a portabilidade de um produto intelectual está intimamente ligada a interoperabilidade. Caracteriza-se essa situação toda vez que se deseja acessar as informações contidas em um determinado bem imaterial em equipamentos de arquiteturas tecnológicas distintas. Nesses casos, muitas vezes é necessário converter o formato da obra, isto é, realizar uma cópia, para que a interoperabilidade entre esses dois equipamentos ocorra. Uma eventual proibição da reprodução para fins de portabilidade e interoperabilidade implicaria tanto em uma invasão da esfera privada do indivíduo quanto em um obstáculo à efetivação da função social da criação intelectual.

Por fim, o inciso em comento busca assegurar, ainda, um equilíbrio entre a proteção aos direitos autorais e a defesa da concorrência, tendo em vista que, ao permitir cópias para fins de portabilidade e de interoperabilidade, ele dificulta que grandes empresas, detentoras de determinada tecnologia, consigam criar monopólios. Caso músicas ou livros disponibilizados em um formato específico só possam ser executadas em um equipamento de uma determinada marca, o usuário ficaria, em princípio, preso aquele fabricante.

Como bem explana Fabrício Polido (2013, p. 460),

> Na Sociedade do Conhecimento, concretamente considerada, o abuso de direitos de propriedade intelectual pode vir associado às práticas empresariais de titulares atuando em mercados de tecnologias interdependentes, como é o caso das plataformas operacionais de informática e também programas de computadores de videogames. A maior utilização de produtos nesses seguimentos leva à disseminação das tecnologias, mais também o inegável ímpeto para comercialização, a preços não concorrências e

> práticas anticompetitivas. Nesse caso, os titulares das plataformas operacionais e de programas de computadores buscarão elevar os lucros monopolísticos e adotar medidas para restringir as vendas de equipamentos e programas que concorrem com seus produtos nos mercados das tecnologias.

A concorrência deve existir para que os melhores equipamentos, tanto em custo quanto em qualidade técnica, tenham mais sucesso que outros, não porque à informação que os mesmos possam fornecer seja exclusiva. Esse mesmo argumento é válido não apenas para músicas e livros, mas para qualquer tipo arquivo digital e de equipamento que os execute (computadores, roteadores, modems, etc.).

Ao tratar do assunto, José de Oliveira Ascenção (2011, p. 123-124) aduz que "se não houver interoperabilidade, o público é gravemente prejudicado: não pode transitar de aparelho para aparelho ou de programa para programa, se não forem compatíveis". Explica que, em que pese o fato da portabilidade ou interoperabilidade "originar a admissão de um uso privado como qualquer outro", elas devem ser particularmente favorecidas, "por terem por detrás de si um poderosíssimo interesse público, no sentido da garantia da concorrência".

Assim sendo, pode-se afirmar, através de uma interpretação sistemática do inciso analisado com os princípios constitucionais e com a estrutura principiológica proposta pelo próprio Projeto de Lei 3.133/2012 ao parágrafo único do artigo primeiro da Lei Autoral, que o dispositivo em questão busca, ainda que indiretamente, assegurar a harmonia entre os interesses dos detentores do exclusivo patrimonial e o direito de concorrência. Mais que isso, ao dificultar a instalação de monopólios e o abuso de poder econômico, o dispositivo em estudo resguarda os interesses dos usuários enquanto consumidores, em razão dos altos preços no mercado fixados por quem detém a exclusividade na exploração do bem intelectual.

CONCLUSÃO

É inegável que as alterações propostas pelo Projeto de Lei n. 3.133/2012 trarão consideráveis avanços à lei n. 9.610/98, nomeadamente as relacionadas à cópia privada, que contribuirão de forma significativa na busca pela efetivação dos preceitos constitucionais relativos aos direitos autorais, especialmente no que diz respeito à tutela da educação, ao direito de acesso à informação e à cultura. A estratégia utilizada pelos participantes do processo de

elaboração da proposta foi utilizar, como base das modificações, uma estrutura principiológica, deixando claro que o equilíbrio entre os diversos direitos fundamentais relativos ao tema é o objetivo a ser alcançado com tais mudanças.

Aparentemente, no processo de elaboração do projeto de lei n. 3.133/2012, os direitos fundamentais associados à função social do bem intelectual serviram de limites aos direitos, não menos fundamentais, do autor e/ou investidor, como uma tentativa de pôr fim a ultrapassada visão maximalista de proteção aos direitos autorais. Notadamente ao tratar da limitação aos direitos autorais para fins de uso privado, a proposta mantém-se fiel a busca de uma harmonia entre os diversos interesses em jogo, de um lado os detentores do exclusivo patrimonial e do outro a sociedade como um todo.

Foi louvável a intenção dos elaboradores da proposta de tornar a lei autoral mais condizente com os ditames constitucionais relativos à matéria. Entretanto, por ser produto de um trabalho humano, é inevitável que erros sejam cometidos. Mais que isso, diferentemente do que se espera num discurso ideal, seria impossível garantir que os interesses particulares dos participantes no processo de elaboração do projeto de lei não influenciassem o seu texto final[21], tampouco supor que todos eles tivessem um conhecimento pleno de todos problemas a serem solucionados.

Não há dúvida de que essas imprecisões ou incoerências na elaboração de uma lei sejam um dos motivos para o grande número de litígios que oneram o Poder Judiciário. Todavia, por mais perfeita que seja uma norma, é inevitável o surgimento de novas demandas tanto em razão da incapacidade do direito acompanhar as mudanças sociais, quanto da utilização, no texto da lei, de conceitos abertos que, muitas vezes, em sua aplicação necessitam, por parte do intérprete, de um trabalho de identificação do seu significado.

Ademais, as modificações sugeridas à lei autoralista com relação à reprodução para uso privado não serão capazes de solucionar todos os conflitos relativos a essa matéria, como, por exemplo, a ausência, no texto proposto pelo referido projeto de lei, de fixação de um limite no número de cópias privadas. Torna-se, dessa forma, indispensável a participação do Judiciário na resolução dos litígios que, porventura, surgirem e forem levados a sua apreciação,

[21] Como explica Marcelo Neves (2009, p. 64) “A adequação social do direito, constitucionalmente amparada, não pode significar, portanto, uma resposta adequada a pretensões específicas de conteúdos particulares, mas sim a capacidade de possibilitar a convivência não destrutiva de diversos projetos e perspectivas, levando à legitimação dos procedimentos constitucionalmente estabelecidos, na medida em que esses servem para reorientar as expectativas em face do direito[...]”.

principalmente para evitar que excessos sejam cometidos, tanto por parte do detentor do exclusivo patrimonial, como por parte do utente.

Contudo, no momento de aplicação da norma ao caso concreto, deverá o julgador observar que, como explica Simone Goyard-Fabre (2007, p. 141, grifo do autor), "a interpretação dos textos, necessária para remediar uma indecisão ou uma lacuna da lei, assim como dirimir um litígio, não pode contradizer o dispositivo constitucional fundamental". Assim, continua a autora,

> Embora o procedimento de interpretação confira à função administrativa e jurisdicional certa esfera de autonomia, esta é estreita. A fórmula legislativa – isto é, os próprios termos do texto da lei – é a única que tem realmente força de lei: pode ser adaptada, mas não modificada. Portanto, no esquema constitucionalista a interpretação das regras jurídicas na verdade só pode ocorrer no âmbito dos princípios formais da ordem de direito positivo considerada.

Entretanto, o problema ocorre quando o intérprete depara-se com situações de conflitos entre dispositivos constitucionais fundamentais. Em momentos como esses, deverá o magistrado utilizar o postulado da proporcionalidade e suas máximas parciais[22], a saber, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Finalmente, ressalte-se que, nas decisões judiciais de litígios que envolvam colisões entre direitos fundamentais, a simples indicação pelo julgador da utilização da proporcionalidade não é suficiente[23]. Não se pode confundir o critério de aplicação das normas com a motivação que levou o magistrado a escolher determinada solução para o caso concreto. Afinal, para que haja um controle de racionalidade e legitimidade dos discursos jurídicos é indispensável a exposição pelo juiz das razões fáticas e jurídicas que o conduziram a tal conclusão.

REFERÊNCIAS

ABNT. Engenharia de software - Qualidade de Produto. **Parte 1: Modelo de qualidade. NBR ISO/IEC 9126-1.** Rio de Janeiro: ABNT, 2003.

[22] Termo utilizado por Robert Alexy (2011) em sua obra "Teoria dos Direitos Fundamentais".

[23] Conforme explica Dalton Santos Morais (2013) "No fundo, a ideia de sopesamento/balanceamento/ponderação/proporcionalidade não está sendo utilizada para reforçar a carga argumentativa da decisão, mas justamente para desobrigar o julgador de fundamentar. É como se a simples invocação do princípio da proporcionalidade fosse suficiente para tomar qualquer decisão que seja."

ABRÃO, Eliane Yachouch. **Direitos do autor e direitos conexos.** São Paulo: Ed. do Brasil, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral.** Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. As "exceções e limites" ao direito de autor e direitos conexos no ambiente digital. **Fórum Nacional de Direito Autoral – Ministério da Cultura**, Seminário Internacional sobre Direito Autoral, Fortaleza, nov. 2008. Disponível em: <http://www2.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2009/02/texto_mesa11_ascensao.pdf>. Acesso em: 03 de nov. 2013.

_____. Cláusulas gerais de harmonização dos direitos autorais com outros diplomas legais (artigos 1 a 4 da proposta). In: Wachowicz, Marcos (org). **Por que mudar a Lei de Direito Autoral?** Estudos e Pareceres. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2011a. Capítulo 9, p. 105-114.

_____. A proposta do MinC de reforma da LDA: as limitações aos direitos autorais. In: Wachowicz, Marcos (org). **Por que mudar a Lei de Direito Autoral?** Estudos e Pareceres. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011b. Capítulo 10, p. 115-142.

_____. Direito Intelectual, Exclusivo e Liberdade. **Revista ESMAFE** – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife, n° 3, 2002. Disponível em: <http://www.trf5.gov.br/downloads/rev03.pdf#page=125>. Acesso em: 13 jan. 2014. p. 125-146

_____. O direito autoral numa perspectiva de reforma. In: WACHOWICZ, Marcos (org.); SANTOS, Manoel J. Pereira dos (org.). **Estudos de direito do autor e a revisão da lei dos direito autorais.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 15-54.

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, Edição 1, out./dez. 2012. Disponível em: <http://pidcc.com.br/br/component/content/article/7-blog/29-o-direito-autoral-numa-perspectiva-dos-direitos-fundamentais-a-limitacao-do-excesso-de-titularidade-por-meio-do-direito-da-concorrencia-e-do-consumidor>. Acesso em: 15 nov. 2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**. Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRASIL. Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituiçao.htm>. Acesso em: 15 fev. 2013a.

_____. Câmara. **Ficha de tramitação do Projeto de Lei 3133, de 2012**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=534039>. Acesso em: 10 ago. 2013b.

_____. Planalto. **Lei n. 9.610 de 19 de fevereiro, de 1998.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm>. Acesso em: 15 abr. 2013c.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **O que é Interoperabilidade?** Disponível em: <http://www.governoeletronico.gov.br/acoes-e-projetos/e-ping-padroes-de-interoperabilidade/o-que-e-interoperabilidade>. Acesso em: 02 jan. 2014a.

_____. Câmara. **Projeto de Lei n. 3.133, de 2012**. Disponível em: <http://Imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD08FEV2012.PDF#page=188>. Acesso em: 10 ago. 2013f.

_____. STJ - Superior Tribunal de Justiça. **REsp 964404/ES**. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>. Acesso em: 13 jan. 2014b.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONI, Guilherme (relator); ROCHA, Alan (revisor); REIS, Jorge Renato dos (moderador). Parte II – Anais do III Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. Painel V: Limitações aos Direitos Autorais II. In: WACHOWICZ, Marcos (org.); SANTOS, Manoel J. Pereira dos (org.). **Estudos de direito do autor e a revisão da lei dos direito autorais.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 167-182.

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

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direto do Consumidor.** 2.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

COUTINHO, Guilherme; LACORTE, Christiano; PESSERL, Alexandre; TRINDADE, Rangel; WACHOWICZ, Marcos. Estudos para a revisão da Lei de Direito Autoral. WACHOWICZ, Marcos (org.). **Por que mudar a Lei de Direito Autoral?** Estudos e Pareceres. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2011. Parte I, p. 13 a 103.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica.** Tradução: Claudia Berliner. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GRAU-KUNTZ, Karin; WÜRTENBERGER, Gert. Notas sobre os sistemas de direito de autor brasileiro e alemão, tendo em consideração a perspectiva de reforma das legislações vigentes e a procura de equilíbrio de interesses. In: Wachowicz, Marcos (org). **Por que mudar a Lei de Direito Autoral?** Estudos e Pareceres. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. Capítulo 14, p. 233-262.

LIMA, Larissa da Rocha Barros. A proteção autoral e o uso privado de obras intelectuais. **PIDCC**, Aracaju, Edição 2, fev. 2013. Disponível em: <http://pidcc.com.br/br/component/content/article/2-uncategorised/56-a-protecao-autoral-e-o-uso-privado-de-obras-intelectuais>. Acesso em: 30 de novembro de 2013.

MORAES, Rodrigo. **Os Direitos Morais do Autor**. Repersonalizando o Direito Autoral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MORAIS, Dalton Santos. Proporcionalidade, ponderação de princípios e razoabilidade no projeto do novo CPC à luz da teoria de Robert Alexy. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3239, 14 maio 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/21758>. Aceso em: 20 dez. 2013.

NAÇÕES UNIDAS. **Convenção de Berna**. Disponível em: <Disponível em: <http://www2.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/02/cv_berna.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2013a.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

NUNES, Simone Lahorgue. **Direito Autoral e Direito Antitruste e princípios constitucionais correlatos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. **Direito Internacional da Propriedade Intelectual.** Fundamentos, princípios e desafios. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

WACHOWICZ, Marcos. A revisão da lei brasileira de direitos autorais. In: WACHOWICZ, Marcos (org.); SANTOS, Manoel J. Pereira dos (org.). **Estudos de direito do autor e a revisão da lei dos direito autorais.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

Publicado no dia 26/02/2014
Recebido no dia 15/02/2014
Aprovado no dia 20/02/2014