

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

Gert Würtenberger

Karin Grau-Kuntz

I. Sobre as reformas das leis de direito de autor brasileira e alemã

1. Em 2007, foi iniciado no Brasil o *Fórum Nacional de Direitos de Autor*. O objetivo desse *Fórum* foi a promoção de debates com os mais diversos setores ligados ao direito de autor. Como resultado de discussões durante eventos e reuniões,¹ o Ministério da Cultura apresentou, em junho do corrente ano, um Anteprojeto de Lei para Reforma da Lei de Direitos de Autor.

Em 14 de junho, por sua vez, iniciou-se a fase de *Consulta Pública* ao Anteprojeto de Lei elaborado pelo Ministério da Cultura. O texto legal proposto foi apresentado no portal eletrônico daquele Ministério e, nesse mesmo espaço virtual, foi aberta a possibilidade de manifestação de todos os interessados na reforma do direito de autor brasileiro.

Encerrada a fase de *Consulta Pública* em 31 de agosto próximo, o governo brasileiro irá, após ter procedido a uma análise das manifestações individuais recolhidas durante o período de consulta, preparar um Projeto de Lei a ser apresentando, então, ao Congresso Nacional.

O caminho de produção legislativa escolhido pelo Ministério da Cultura, um caminho fomentador do debate aberto e transparente, merece elogio. De um lado porque, tendo em conta aquela máxima que diz que aquele que determina os temas a serem discutidos é também aquele que decide sobre o resultado da discussão, o governo brasileiro não poderá ser acusado de não ter considerado, ou de ter evitado, discussões em torno de determinados aspectos do direito de autor que se possam julgar essenciais.

¹ De acordo com o Ministério da Cultura foram realizadas mais de 80 reuniões, ebm como oito seminários em três diferentes regiões do Brasil. Vide a esse respeito: <http://www.cultura.gov.br/consultadireitoautoral/wp-content/uploads/2010/07/cartilha-direito-autoral.pdf>.

Por outro lado, o processo de *Consulta Pública* vem fornecendo uma “radiografia” da interação do cidadão brasileiro com o direito de autor.² O direito de autor é hoje presente no cotidiano dos usuários da Internet e dos consumidores de aparelhos capazes de reproduzirem ou armazenarem conteúdos intelectuais protegidos. No entanto, fica evidente nos resultados da *Consulta Pública* que, apesar desse contato diário, há dificuldades de compreensão da estrutura do Direito de Autor. Aqui um paradoxo da sociedade de informação: o contato com o direito de autor é constante, mas poucos são aqueles que, de fato, sabem o que é direito de autor.

Se, de um lado, o processo de debate aberto e democrático coloca temas ligados à proteção garantida pelo direito de autor na pauta do dia – um fato dotado de valor educativo imensurável – decepciona constatar, de outro lado, que a falta de informação em relação àquilo que compõe o conteúdo do direito de autor está fazendo passar despercebida a linha equilibrada adotada como escopo para a elaboração do Anteprojeto de Lei.³

A grande preocupação das legislações autorais modernas nas chamadas sociedades de informação tem sido com o equilíbrio entre interesses.⁴ Isso porque qualquer proteção jurídica que queira ser eficaz pressupõe identificação social dos destinatários da norma com o seu conteúdo. Identificação social dos destinatários com a norma pressupõe, por sua vez, que o núcleo do direito espelhe equilíbrio na composição dos interesses envolvidos. Entretanto, tendo em vista as dificuldades do cidadão brasileiro em relação à boa compreensão do conteúdo do direito de autor, fica também patente a dificuldade de avaliação objetiva dos esforços que permeiam o Anteprojeto no sentido de um desenho harmônico do conteúdo do

² Vide os resultados ainda não definitivos da fase de Consulta Pública no site do Ministério da Cultura <http://www.cultura.gov.br/consultadireitoautoral/consulta/>.

³ No âmbito das contribuições feitas durante o processo de *Consulta Pública*, bem como em artigos e entrevistas de jornais, encontramos manifestações surpreendentes. Entre elas afirma-se que o direito de autor seria um “*direito sagrado*”, ou que entre direito de autor e direito concorrencial e/ou direito de consumidor não haveria qualquer “*nexo*”. No que tange à primeira manifestação, já falamos em outra ocasião que no Brasil há separação entre religião e direito, ou seja, diferentemente de algumas sociedades islâmicas, leis religiosas ou opiniões de líderes religiosos não têm força de lei. Nesse sentido, um eventual caráter “sagrado” que se possa pretender ao direito de autor não poderá ser considerado na determinação da finalidade da garantia legal da proteção. No que toca à presumida “*falta de nexo*” entre direito de autor e direito da concorrência e/ou direito do consumidor, evidencia-se uma dificuldade latente de compreensão das *prerrogativas patrimoniais* do autor. As faculdades patrimoniais do direito de autor garantem ao criador da obra a possibilidade exclusiva de tirar proveito econômico de sua criação. O aproveitamento econômico, porém, só pode acontecer no mercado, e não fora dele. Como o autor poderia explorar economicamente sua criação sem atuar no mercado? Por sua vez, quem atua no mercado está necessariamente sujeito a agir em adequação às regras que regulam o mercado e a concorrência, o que inclui também o direito do consumidor. O autor que não queira se sujeitar às normas de concorrência deve, então, evitar ir ao mercado. Porém, deixando de ir ao mercado, seus direitos exclusivos patrimoniais nada mais serão do que direitos com valor econômico meramente potencial.

⁴ A comparação com o direito de autor alemão, a que se procede a seguir, servirá de exemplo do afirmado.

direito, que, assim construído, terá grandes chances de alcançar identificação social.⁵ Aqui parece estar passando despercebida aos olhos dos brasileiros uma chance valiosa.

2. Levando em consideração os tratados firmados internacionalmente⁶ e a necessidade de harmonização dos direitos de autor nacionais com as determinações da Diretiva de 2001 sobre a sociedade de informação,⁷ o legislador alemão procedeu em 2003 a uma primeira reforma, neste século, da Lei de Direitos de Autor alemã. Em 2007, procedeu-se a uma segunda reforma da mesma lei e, por fim, em junho de 2010, foram iniciados os trabalhos referentes a uma terceira reforma do texto legal com um discurso da Ministra da Justiça alemã, Sabine Leutheusser-Schnarrenberger.

As razões que ensejam essa terceira reforma na Lei de Direitos de Autor reportam a considerações feitas no Parlamento alemão, no sentido de que o regulamento atual do direito de autor não estaria sendo suficiente para satisfazer os objetivos nacionais de fomento da ciência e da educação.

De forma bastante sucinta, os pontos principais do discurso da Ministra da Justiça:

- o discurso foi calcado na importância econômica do direito de autor. A garantia efetiva deste direito é imprescindível para todo um setor econômico que tem como fundamento de suas atividades a exploração de conteúdos intelectuais;

⁵ Aquilo que se denomina de “crise do direito de autor” é manifestação da falta de identificação dos destinatários do direito de autor em relação ao seu conteúdo. Em miúdo, as pretensões patrimoniais garantidas ao autor se caracterizam pela expectativa de que terceiros se *abstenham de determinados atos* (e, por essa razão, esses terceiros são aqui chamados de *destinatários* do direito). Não havendo identificação por parte dos destinatários em relação ao conteúdo do direito, ou ainda não reconhecendo o destinatário o conteúdo do direito do autor, então ele não tenderá a se abster de determinadas ações que são garantidas exclusivamente ao autor. Se não há identificação com o conteúdo da lei, o titular do direito terá grandes dificuldades em fazer valer as prerrogativas de abstenção que lhes são garantidas pela lei. Para ilustrar, basta lembrar que o ambulante vende CDs “piratas” nas ruas do centro do Rio de Janeiro sem causar comoções nos transeuntes. Mas o que aconteceria se, em vez de expor aqueles suportes falsificados na sua banquinha, o ambulante expusesse armas de fogo? É fácil imaginar a reação dos passantes. Quanto à questão da identificação dos destinatários com o conteúdo da norma, vide a lição de RÜTHERS, Bernd: *Rechtstheorie*, 2ª edição, München: C.H. Beck, 2005, pág. 237: “O direito posto pelo Estado somente gerará efeitos completos e duradouros quando aceito pelo povo. A ‘*acceptio legis*’ é um importante critério do Direito. Quando uma norma posta pelo Estado é recusada de forma determinada por grande parte do povo, porque ela é percebida por ele [povo] como uma injustiça por parte do Estado, ou seja, quando o seu reconhecimento for recusado pela maioria, então surge uma contradição entre Direito e o convencimento jurídico da comunidade jurídica. As normas estatais poderão, então, estar sujeitas a imposição por meio do poder de sanção do Estado, a obediência a elas pode ser forçada. Mas seu reconhecimento resta colocado em dúvida de forma contínua. Para elas [esse tipo de norma não reconhecida, mas imposta pelo poder de sanção do Estado] vale a experiência geral das ditaduras: com baionetas [nas mãos] pode-se fazer muito, mas nada duradouro.” Vide ainda o *infra* item V da presente exposição.

⁶ Tratados WCT e WPPT - OMPI.

⁷ Diretiva 2001/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação.

- compreendendo a estrutura do mercado sob uma perspectiva liberal, a Ministra da Justiça alemã destacou a idéia de autodeterminação econômica do autor. Além disso, lembrou com ênfase que não é tarefa do legislador dirigir as relações de concorrência, ou seja, agentes de mercado que insistam em não adaptar seus modelos de exploração de obras intelectuais à realidade tecnológica, isto é, aqueles que persistem na exploração de “modelos de negócio obsoletos” não deverão contar com proteção autoral. Ainda seguindo com o raciocínio de natureza político-econômica liberal, a Ministra também frisou que às sociedades de gestão coletiva não serão garantidas quaisquer prerrogativas monopolistas em relação às suas atividades de gestão de direitos;

- no que toca à preocupação prática com a proteção do investimento da indústria de direitos de autor, a Ministra da Justiça rejeitou em seu discurso modelos de controle de utilização de obras baseados em bloqueios da Internet. O modelo que o direito alemão seguirá será baseado em avisos legais e notificações.

No discurso, sente-se a falta das considerações que deram ensejo a uma terceira reforma da Lei de Direitos de Autor alemã, quais sejam, àquelas referentes ao desejo de fomento da ciência e da educação. A grande preocupação no discurso foi, sem sombra de dúvida, com o papel econômico do direito de autor.⁸

Após a realização de quatro reuniões nos próximos meses, cujos temas foram predeterminados⁹ e quando serão consideradas propostas de círculos ligados ao direito de autor, será apresentado um Projeto de Lei ao Parlamento.

II Sistemática de construção e interpretação do Direito de Autor: uma comparação entre o direito brasileiro e alemão

1. O Anteprojeto brasileiro de reforma da Lei de Direitos de Autor acrescenta nos primeiros artigos do seu texto parâmetros de construção e interpretação do Direito de Autor.¹⁰

⁸ E aqui desponta evidente uma contradição na compreensão do direito de autor nos países em análise: enquanto no Brasil especialistas em direito de autor querem negar a ele qualquer função econômico-concorrencial, na Alemanha a grande preocupação indica no sentido de garantia da eficiência do instituto jurídico como medida político-econômica.

⁹ O fato de o próprio Governo ter determinado as pautas de discussão no âmbito da terceira reforma da Lei de Direitos de Autor tem sido motivo de duras críticas. A primeira reunião, que aconteceu no dia 28 de junho de 2010, teve por tema a criação de uma proteção especial voltada a proteger o investimento de editoras. A segunda reunião, que aconteceu no dia 13 de julho de 2010, tratou do tema *Open Access*. Estão programadas para os dias 27 de setembro e 13 de outubro duas reuniões, a primeira sobre a gestão coletiva de direitos de autor e a segunda sobre obras órfãs.

Esse tipo de sistemática – adoção de parâmetros de construção e interpretação do direito no corpo legal – não é adotado pelo Direito de Autor alemão. Mas o problema que envolve a interpretação e a construção do direito de autor e, especialmente, a questão referente à necessária composição entre os interesses individuais do titular do direito de autor e o seu significado social e econômico, foi tema de inúmeros acórdãos proferidos pela Corte Constitucional alemã.

No que se refere ao Brasil, a situação que se coloca é distinta. Além de a Lei de Direito de Autor em vigor não ter se ocupado em determinar parâmetros de construção e interpretação, o Supremo Tribunal Federal, até onde se tem conhecimento, apenas se manifestou timidamente sobre a questão da necessária composição entre interesses individuais e sociais vinculados ao Direito de Autor.¹¹

A técnica de interpretação jurídica assente determina que a adequação social dos direitos patrimoniais exclusivos garantidos ao autor sirva como lastro de interpretação e determinação dos contornos do direito garantido. Uma vez que, no entanto, não se encontra na legislação brasileira, seja em nível constitucional ou em nível infraconstitucional, padrões “oficiais” de construção e interpretação, e na falta de pauta interpretativa determinada no âmbito da corte constitucional, alguns defendem a natureza absoluta das prerrogativas patrimoniais do autor; estes ainda tacham como “intervencionismo” ou até mesmo “ditadura” menções quanto à necessidade de adequação do direito de autor a outros direitos.¹²

2. No Brasil o direito exclusivo de exploração econômica garantido ao autor não é expressamente caracterizado como *propriedade*.¹³

¹⁰ “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.

Art. 3º-A – Na interpretação e aplicação desta Lei atender-se-á às finalidades de estimular a criação artística e a diversidade cultural e garantir a liberdade de expressão e o acesso à cultura, à educação, à informação e ao conhecimento, harmonizando-se os interesses dos titulares de direitos autorais e os da sociedade.”

¹¹ Nós analisamos cerca oitenta acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal no período de 1954 até os dias de hoje.

¹² Vide os resultados ainda não definitivos da fase de Consulta Pública no site do Ministério da Cultura <http://www.cultura.gov.br/consultadireitoautoral/consulta/>.

¹³ A Constituição brasileira não garante ao autor um direito de propriedade, mas antes um direito de utilização, publicação e reprodução exclusiva de suas obras. O art. 23 da Lei nº 9.610/98 em vigor determina, por sua vez, caber ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica. O reconhecimento do *jus utendi*, *jus fruendi* e *jus disponendi* nesse artigo e a equiparação do direito patrimonial do autor a bens móveis (Art. 3 da Lei 9.610/98) inspiram parte da doutrina brasileira a descobrir nesses dispositivos o tratamento das prerrogativas patrimoniais do autor como propriedade (assim Hammes, Elemento Básicos, 228). Fato é que, enquanto o legislador constitucional brasileiro garante ao inventor expressamente um direito de propriedade, ele optou, no que toca à garantia do direito de autor, a não se manifestar nesse sentido. As razões

Também é assim na Alemanha. Em nenhum texto legal alemão vem garantida expressamente ao autor proteção patrimonial na forma de um direito de propriedade. A caracterização das prerrogativas patrimoniais do autor como propriedade é, porém, naquele país, resultado de construção jurisprudencial.

De acordo com a Corte Constitucional alemã (BVerfG), os direitos patrimoniais do autor caracterizam propriedade em sentido constitucional, em virtude de cumprirem com a função típica da instituição propriedade.¹⁴ As normas relativas às faculdades patrimoniais reconhecem ao titular do direito de autor direitos exclusivos de utilização e disposição de sua obra para que, dessa forma, o autor possa, ele mesmo e de forma independente, determinar como agir economicamente. Esse tipo de prerrogativa coincide em suas características com aquelas contidas no direito de propriedade previsto no Art. 14 da Lei Fundamental alemã: a propriedade é garantida para que cada indivíduo tenha a possibilidade (pelo menos em tese) de determinação própria dos aspectos patrimoniais de sua existência.

A determinação desse núcleo – a exploração patrimonial da obra é prerrogativa exclusiva do autor, para que assim ele possa determinar livremente os aspectos patrimoniais de sua existência – não significa, porém, que ao autor seja garantida com exclusividade toda e qualquer forma possível de exploração econômica de sua obra.

A limitação da propriedade garantida ao autor é expressa e vinculativa na jurisprudência da Corte Constitucional alemã.¹⁵ E ela se justifica, uma vez que a ordem jurídica não protege apenas interesses individuais do autor, mas antes e também uma série de interesses coletivos. O conteúdo do direito patrimonial do autor, que tem no seu núcleo a idéia de autodeterminação econômica da pessoa do autor, é então determinado no direito alemão em consideração aos parâmetros de proteção fornecidos por uma série de outros direitos sociais também protegidos pela ordem jurídica.

Da análise da jurisprudência proferida no âmbito constitucional retiramos:¹⁶

a) o núcleo das prerrogativas patrimoniais do direito de autor é a autodeterminação econômica do autor;

desse tratamento podem ser encontradas na história da proteção autoral no Brasil, mais especificamente na redação do antigo Art. 667 do Código Civil de 1916. Esse dispositivo garantia, por um lado, um direito de propriedade ao autor, enquanto, por outro lado, permitia a cessão do direito de paternidade. Essa norma foi alvo de ácidas críticas, o que explica o cuidado dos legisladores subsequentes a não caracterizarem as faculdades patrimoniais garantidas aos autores como uma propriedade. Vide nesse sentido GRAU-KUNTZ, Karin: *Urheberrecht in den Ländern des Mercosul*, Dissertação.

¹⁴ Vide *infra*, no Anexo trechos de uma série de acórdãos proferidos pela Corte Constitucional alemã (BverfG).

¹⁵ Vide anexo *infra*.

¹⁶ Vide anexo *infra*.

b) os contornos dos direitos que emanam do núcleo da proteção patrimonial são traçados em consideração ao bem-estar social;

c) ao interesse individual do autor não é reconhecida primazia hierárquica sobre o interesse da coletividade;

d) o bem comum não é apenas a razão do desenho do direito patrimonial de autor adequado aos interesses da coletividade, mas também o parâmetro para a determinação dos contornos do conteúdo do direito patrimonial do autor, i.e., os contornos impostos às prerrogativas patrimoniais exclusivas do autor não podem ir além daquilo que se exige para o fomento do bem-estar social;

e) o legislador infraconstitucional está obrigado a considerar, no ato de produção legislativa, tanto os interesses patrimoniais individuais do autor, como também os interesses da coletividade. As leis devem ser elaboradas tendo como pauta a proporcionalidade nas prerrogativas garantidas e a igualdade de tratamento dos interesses envolvidos;

f) ao legislador e ao juiz cabe a tarefa de concretizar as normas de acordo com as pautas da proporcionalidade e da igualdade.

Resta, então, evidente que a construção do conteúdo do direito de autor na Alemanha é procedida pelo método da composição de interesses. Nesse país, não há como querer sustentar a primazia de direito de autor sobre interesses sociais ligados a cultura, educação, informação etc. Também não há como sustentar – numa visão altamente individualista – que ao Estado caberia proporcionar a satisfação dos interesses coletivos, enquanto o autor mereceria proteção privilegiada, como se ele não fizesse parte do todo social.

3. A análise da aplicação do método de composição de interesses para a determinação do conteúdo do direito de autor alemão serve aqui especialmente como um meio de desmistificação dos riscos desse método jurídico. Contradizendo manifestações temerosas no âmbito da *Consulta Pública* brasileira, a preocupação com a composição entre interesses individuais do autor e os interesses coletivos em nada estorvou a produção intelectual na Alemanha, ou ainda retrocedeu o desenvolvimento econômico do país. Nesse sentido, a argumentação crítica que vem sendo feita no Brasil em relação à introdução de parâmetros de interpretação e construção no Anteprojeto de Reforma da Lei de Direitos de Autor é a evidência máxima da premente necessidade de adoção desses parâmetros.

Por fim, resta ainda notar que a Corte Constitucional alemã é bem esclarecida quanto à função econômica da vertente patrimonial do direito de autor.

No Brasil, não obstante o fato de os autores do Anteprojeto de Reforma da Lei de Direitos de Autor também terem esse aspecto bem esclarecido, o resultado da *Consulta Pública* vem demonstrando, como já mencionado, dificuldades de compreensão do tema por parte dos cidadãos brasileiros e até mesmo de especialistas na matéria.¹⁷ Nesse sentido, porque o direito de autor tem em sua raiz a pessoa do autor, há quem queira negar a ele qualquer caráter econômico e, assim, negar que seu exercício devesse ser adequado às regras de funcionamento do mercado (direito da concorrência, direitos de proteção ao consumidor etc.). Porém, entendida a vertente patrimonial do direito de autor como uma prerrogativa voltada a possibilitar ao autor sua autodeterminação patrimonial, desponta evidente a natureza econômica desse direito. Em miúdo, para que reste realmente esclarecido, o valor jurídico da individualidade do autor na raiz da vertente patrimonial faz que ele, o autor, desponte como o titular de direitos de atuação econômica exclusiva (exploração econômica da obra). A atuação econômica exclusiva, ou ainda a exploração econômica da obra, porém, não ocorre no âmbito individual do autor, mas fora dele, no mercado. Enquanto a obra permanecer no âmbito individual do autor, ou seja, enquanto ela não for posta no mercado, seu valor econômico será apenas potencial.

III. Das chamadas “limitações” do Direito de Autor¹⁸

1. A consideração dos resultados fornecidos até a data de hoje no âmbito da *Consulta Pública* no Brasil deixa evidente que o nó górdio nas críticas tecidas em relação às inovações propostas no texto do Anteprojeto de Lei encontra-se no método adotado de composição de interesses.

Mesmo deixando de lado o radicalismo de algumas manifestações, que parecem ter sido proferidas em um cenário legal típico do momento histórico da Revolução Francesa, fica patente o tradicionalismo na compreensão do direito de autor no Brasil. E esses traços tradicionalistas, como é de se presumir, também estão presentes na Lei de Direito de Autor brasileira em vigor (Lei nº 9.610/98).

Um exemplo, aqui, é a disposição do art. 46, II, onde vem determinado apenas serem permitidas as reproduções, em um só exemplar e de “pequenos trechos” de obras, desde que

¹⁷ Vide os resultados ainda não definitivos da fase de Consulta Pública no site do Ministério da Cultura <http://www.cultura.gov.br/consultadireitoautor/consulta/>.

¹⁸ Note-se que o direito é aquilo que ele contém e nesse sentido não é correto falar em “limitações” de um direito. Assim, a propriedade pode ser limitada, o *direito* de propriedade não; no mesmo sentido as prerrogativas econômicas exclusivas do autor, mas não o direito patrimonial de autor.

para uso privado do copista e desde que feita por ele próprio e sem intuito de lucro. Nesse dispositivo, o interesse legítimo do usuário da obra sofre com a prevalência do interesse individual do autor. Ademais, por pressupor uma intromissão na esfera privada do usuário (só assim o autor poderia exercer suas prerrogativas de controle vinculadas à expectativa de abstenção em relação ao usuário), a norma é viciada de ilegalidade.

No texto do Anteprojeto de Reforma da Lei de Direitos de Autor, o Ministério da Cultura inovou, ampliando a autorização de cópia a um exemplar da obra. Mas também essa nova redação do artigo não supre a deficiência no equilíbrio dos interesses e a ilegalidade normativa. Cópia privada não é objeto de controle do direito de autor. O parâmetro para a determinação do número de cópias a partir do qual o uso privado não poderia mais ser caracterizado como tal, deve ser retirado do objetivo da reprodução, i.e., da utilização privada voltada à satisfação de necessidades pessoais. A cópia limitada a um exemplar não é, em diversos casos, suficiente para satisfazer as necessidades pessoais vinculadas à utilização privada.

Mas, apesar da patente insuficiência na busca de equilíbrio na composição de interesses no texto do Anteprojeto de Reforma da Lei de Direitos de Autor, também essa nova redação tem sido objeto de amplas críticas. Isso porque no Brasil persiste o entendimento equivocado de que o direito de autor garantiria ao seu titular uma prerrogativa de controle de atos privados.

O direito de autor, nunca é demais insistir, não garante ao seu titular prerrogativas de controle da esfera privada do usuário da obra. A esfera privada do usuário é protegida constitucionalmente. O direito patrimonial de autor, como bem diz a palavra “patrimonial”, apenas (e sem que a palavra “apenas” queira significar menor valor) garante a possibilidade de exigir abstenção de atos de utilização econômica da obra por terceiros.

2. No que tange à reprodução privada de obras na Alemanha, a regra prevista no §53 da Lei de Direitos de Autor determina ser livre a utilização de obras intelectuais para fins privados e sem fins comerciais.¹⁹ Por exclusão, afirma-se então que ao titular do direito de autor é garantido um direito exclusivo de exploração econômica da obra, e não pretensão de controle sobre o uso privado da obra. Esse tipo de pretensão, se reconhecida, significaria uma intromissão na esfera privada do usuário, o que seria ilegal frente ao direito alemão.

¹⁹ Para todo esse capítulo vide, entre muitos outros, LÖWENHEIM (Org.), *Handbuch des Urheberrechts*. München: C.H. Beck, 2003.

Utilização privada, para o direito alemão, é aquela que ocorre no âmbito privado e para satisfação de necessidades pessoais. Âmbito privado, por sua vez, abarca uma utilização direta pelo adquirente do suporte que incorpora a obra, ou por pessoas ligadas a ele por um vínculo pessoal, i. é., sua família ou círculo de amigos. Se o uso da obra servir de forma direta ou indireta para fins comerciais, então não se tratará mais de uso privado.²⁰

As reproduções privadas, como uma categoria de utilização privada, são livres na Alemanha. A lei, naquele mesmo § 53, refere-se a “algumas reproduções”, isto é, usa a palavra reprodução no plural e a vincula ao vocábulo “algumas”. Não há assim limitação legal quanto ao número de cópias permitidas. Na linha de não incidência do direito de autor aos atos de natureza privada, a reprodução poderá ocorrer em qualquer tipo de suporte, podendo até mesmo ser levada a cabo por terceiros. A lei alemã também não exige que a reprodução seja feita a partir de um suporte próprio; o que ela exige é que o copista tenha tido acesso a esse suporte de forma legítima.

3. Duas são as exceções à regra de liberdade de reprodução para fins privados. A primeira diz respeito à cópia de partituras, ao passo que a segunda refere-se a cópia integral de livros.

No primeiro caso, o legislador alemão determinou que a cópia não autorizada de edição de partituras só seria permitida se feita à mão, pelo próprio copista. A preocupação que deu ensejo a essa exceção encontramos na manifestação expressa do legislador em garantir aos compositores, e especialmente aos editores de partituras, uma proteção especial. Ocorre que, com o desenvolvimento e expansão dos serviços de fotocópia nos anos 70 do século passado, tornou-se usual a reprodução de partituras que, por sua vez, eram distribuídas aos membros de coros ou orquestras. As editoras de partituras, que naquela época não contavam com as facilidades gráficas que hoje faz parte do nosso cotidiano, chocadas com a possibilidade de cópia e risco de perda da chance de amortização do investimento realizado na produção da edição musical, reclamaram por uma proteção especial, ao que o legislador alemão respondeu excepcionando na reforma da lei autoral de 1985 a regra de liberdade de cópia.

²⁰ Note-se, porém, que o consumo de músicas em uma festa de casamento fechada, por exemplo, realizada no espaço de um restaurante, não gera, frente ao direito alemão, obrigação alguma de pagamento de direitos de autor. A razão é simples: a relação comercial só está caracterizada entre aquele que aluga o espaço do restaurante e aquele que oferece o espaço em aluguel. A essência do negócio, ou seja, o ato que dará origem a uma compensação econômica é o colocar a disposição o espaço para a realização da festa. O que ocorrerá posteriormente, dentro desse espaço, não é parte do contrato e, portanto, cai no âmbito da esfera privada dos noivos. Vide OGH, Acórdão de 27.1.1998, 4 Ob 347/97^a.

Também a exceção voltada à proibição de cópias integrais de livros e revistas foi introduzida na legislação autoral alemã por meio da reforma de 1985. Na mesma linha da exceção prevista às partituras, o dispositivo referente à proibição de cópias integrais de livros e periódico expressou uma preocupação especial com os interesses de editoras, no caso especialmente de editoras de obras de conteúdo científico, frente ao desenvolvimento da tecnologia de fotocópia.

Essas exceções só encontraram espaço na Lei de Direitos de Autor alemão em razão do momento histórico em que foram produzidas. Nos anos 80 do século passado, a tecnologia de reprodução ainda engatinhava, de forma que o recurso de consagrar uma proteção especial ao modelo de negócio das editoras através do direito de autor também pode ser considerado excepcional e assim ser tratado com alguma condescendência. Mas mesmo esse fato não permite que se ignore não ser possível, seja do ponto de vista legal, como também do fático, controlar a esfera privada do usuário.

Se nos dias de hoje o legislador alemão decidisse excepcionar da regra de liberdade de reprodução privada todos os interesses individuais “prejudicados” pelo desenvolvimento dos aparelhos de reprodução, ou dos suportes de armazenamento de obras intelectuais, então veríamos no direito alemão uma inversão de valores: a exceção acabaria por ser a cópia privada livre. Além disso, veríamos um forte protecionismo do Estado em relação à indústria de direito de autor, que estaria protegendo modelos de negócios contra os efeitos do desenvolvimento tecnológico e, concomitantemente, apresentando a conta dessa medida ao usuário.

Recordando a linha de argumentação adotada pela Ministra da Justiça alemã no discurso acima analisado, e lembrando que um dos temas das reuniões convocadas toca exatamente aos interesses do setor editorial, não parece ser necessário grande talento visionário para arriscar afirmar que os dias de existência dessas regras de exceção da liberdade de cópia privada estão contados.

4. Além da regra sobre a liberdade de reprodução privada, a preocupação do legislador alemão com uma composição de interesses equilibrada encontra ainda manifestação naquele mesmo § 53 da Lei de Direitos de Autor, nos chamados “*outros usos próprios*”. Considerando o interesse da coletividade em ter livre acesso às informações, e levando em conta que a reprodução de obras intelectuais se faz necessária para que se alcance esse fim, o legislador alemão determinou expressamente outras formas livres de reprodução de obras intelectuais.

A base jurídica que legitima a liberdade de reprodução nesses casos é a função social da propriedade e a determinação de que o autor está obrigado a permitir que terceiros utilizem sua obra em certas condições, em virtude de não haverem autores destacados de um contexto cultural comum a todo o grupo social, o que, por sua vez, faz pressupor que toda e qualquer criação intelectual tenha sempre por fundamento outras criações intelectuais anteriores. Nessas regras, há o reconhecimento da criação intelectual como parte de um processo que exige sempre um dar e um receber.²¹

O conceito legal de “*usos próprios*” caracteriza uma categoria, da qual o *uso privado* faz parte como subcategoria. Enquanto somente às pessoas naturais é reconhecida a possibilidade de utilização privada de uma obra intelectual, e enquanto essa utilização só pode ocorrer sem que com ela se pretenda alcançar direta ou indiretamente fins econômicos, o conceito de “*uso próprio*” abarca a utilização de obras intelectuais no âmbito privado, quando voltadas à consecução de determinados fins econômicos, bem com a utilização da obra por pessoas jurídicas.

Nesse sentido, é permitida a reprodução nos casos apresentados a seguir.

a) *em alguns exemplares, voltada à satisfação de fins científicos, se e quando essa reprodução for necessária para a consecução da finalidade científica e se com ela não se visar vantagem econômica.*

A preocupação do legislador nesse dispositivo foi satisfazer o interesse coletivo de fomento do desenvolvimento científico, bem como evitar que o direito individual garantido ao autor venha estorvar o exercício de atividade científica de, por exemplo, instituições de pesquisas.

De acordo com essa regra, pessoas jurídicas que atuem na área científica gozam de liberdade de reprodução de obras intelectuais, desde que tais reproduções sejam necessárias para cumprir com a finalidade de pesquisa e estudo científico, e desde que não sirvam a satisfazer objetivo econômico.

Ao autor, como será visto no item seguinte IV, é garantido um direito de remuneração compensatória. Esse direito, porém, não se origina do ato de reprodução, mas antes do emprego de aparelhos voltados para esse fim. A remuneração, nesse caso, não é devida pelo usuário, mas pelo produtor e /ou comerciante daqueles aparelhos.

²¹ Vide LÖWENHEIM, Ulrich § 31, Einzelfälle des Urheberrechtsschranken, in LÖWENHEIM (Org.), Handbuch des Urheberrechts. München: C.H. Beck, 2003, p. 423.

b) *em alguns exemplares, voltada à integração dos exemplares em arquivo próprio da instituição que reproduz.*

Ao determinar essa possibilidade de reprodução de obras intelectuais, o legislador pretendeu facilitar o armazenamento de cópias de obras, seja para fins de conservação, seja para fins de otimização de espaço.

A condição, aqui, é que o arquivo mantido pela instituição reprodutora seja voltado a atender interesses públicos, ou seja, que a utilização do arquivo não esteja vinculada a fins econômicos. Ademais, a reprodução deve ser necessária para atender a finalidade de arquivamento, e ainda é necessário que a cópia seja feita a partir de obra própria, isto é, da obra já anteriormente integrada ao acervo da instituição em questão.

As bibliotecas podem então reproduzir as obras que já estejam incorporadas ao acervo para fins de arquivamento. A reprodução, porém, só é permitida em suporte de papel ou em outro tipo de suporte vinculado a processo fotomecânico, como microfilme, por exemplo. A possibilidade de armazenamento digital não está prevista na lei.

Também aqui o autor contará com uma remuneração que, como será visto no item *infra* IV, não é devida pelo ato de reprodução, mas antes em razão da existência de aparelhos no mercado voltados para esse fim.

c) *em alguns exemplares, de obras sobre temas cotidianos transmitidas por meio de radiodifusão, voltadas à satisfação de fins informativo.*

Enquanto o § 49 da Lei de Direitos de Autor alemã permite de forma ampla a reprodução de notícias de conteúdo diário, o § 53, (2) Nr. 3, por sua vez, determina ser livre a reprodução de notícias atuais, originariamente transmitidas por radiodifusão, para fins de sua divulgação nos limites da estrutura de uma empresa ou de um órgão público.

Como nos itens anteriores, no que diz respeito à remuneração compensatória, reporta-se ao item *infra* IV.

d) *Em alguns exemplares, de pequenas partes de obras já publicadas, ou de contribuições independentes publicadas em jornais ou revistas.*

Enquanto o § 53 (1) determina ser livre a reprodução privada que não tenha por fim a consecução direta ou indireta de objetivos econômicos, o § 53 (2) determina também ser livre

a reprodução de pequenas partes de obras publicadas, independentemente do objetivo que com ela se persiga. Isso significa que a reprodução de pequenas partes de obras no âmbito do exercício profissional também é livre.

Esse dispositivo é o resultado da preocupação do legislador alemão em equilibrar o direito patrimonial do autor com o interesse de bom exercício de atividade profissional. Sujeitar o usuário a uma restrição ampla de cópias o obrigaria a ter de adquirir todos os exemplares de obra que viesse a necessitar para exercer sua atividade profissional, o que significaria um ônus desequilibrado a ser pago pelo usuário de obras intelectuais.

Uma vez que o comércio de aparelhos capazes de reproduzir obras, bem como o de suportes de armazenamento, está sujeito ao recolhimento de uma contribuição remunerativa, o titular dos direitos de autor receberá também, nesse caso, uma remuneração vinculada ao processo de reprodução. Vide item IV *infra*.

e) *em alguns exemplares, de obra esgotada há mais de dois anos.*

Toda obra intelectual tem em sua base a produção cultural do grupo social a que pertence o autor. O autor então desenvolve o seu trabalho intelectual a partir de um patrimônio cultural que não lhe é exclusivo, mas antes comum a todos os membros de sua comunidade cultural. A expressão pessoal do autor, por sua vez, é adicionada à base do patrimônio cultural comum, e assim a obra passa a ser caracterizada como a produção intelectual de um autor específico. Por sua vez, ao ser levada ao público, também essa nova obra será incorporada ao patrimônio cultural, enriquecendo-o. E os autores de gerações subsequentes, então, contarão com o patrimônio intelectual enriquecido como a matéria-prima, que lhes possibilitará desenvolverem novas obras intelectuais. Nesse sentido, entre autor e patrimônio cultural há uma relação de simbiose.

Tendo essa relação em vista, o legislador alemão determina que a obra esgotada, e conseqüentemente não explorada há mais de dois anos, é livre para ser reproduzida.

Também aqui se reporta à leitura do item IV *infra*.

Note-se ainda que a *essência* desse dispositivo é bastante semelhante àquela do art. 52 B, I, do Anteprojeto de Reforma da Lei de Direito de Autor brasileiro. Naquele documento, a previsão é de concessão de licença não voluntária da obra que, já dada ao conhecimento do público há mais de cinco anos, não estiver mais disponível para comercialização em quantidade suficiente para satisfazer as necessidades gerais do público. Por trás desse dispositivo também encontramos a relação de simbiose entre autor e patrimônio cultural.

f) a reprodução de pequenas partes de uma obra, ou a reprodução integral de obras de dimensão limitada, ou ainda a reprodução de contribuições isoladas de jornais ou revistas já publicadas ou já dadas ao conhecimento do público, quando estas forem utilizadas:

- durante aulas em escolas, em órgãos educativos de formação profissional sem fins comerciais, e desde que em número adequado à quantidade de alunos;

- em exames públicos, ou provas de escolas, universidades, ou instituições de formação profissional sem fins lucrativos, desde que limitada ao número dos alunos.

A reprodução das obras didáticas, aquelas elaboradas com a finalidade pedagógica precípua, depende de autorização do autor.

Essa norma tem em conta o fato de a produção de cópias de partes de obras intelectuais fazer parte do método de ensino moderno. Permitir ao autor controlar esse tipo de reprodução significaria garantir a ele um direito que, por fim, exigiria uma alteração do método de ensino, o que resultaria em uma situação altamente desequilibrada, em que os direitos individuais estariam prevalecendo sobre interesses de natureza educativa.

Note-se que o legislador alemão não garante liberdade de cópia às instituições de ensino que perseguem fins lucrativos – o que é exceção naquele país, por ser o ensino público. Ademais, os livros didáticos, ou seja, aqueles elaborados sob medida para serem utilizados como material didático de acompanhamento de aulas, não estão abarcados pela norma.

5. Além dos casos acima transcritos, o direito de autor alemão ainda conhece uma série de outras limitações que, em atenção aos limites deste ensaio, não poderão ser objeto de estudo. Nossa intenção, porém, ao propormos o estudo dos casos de “*uso próprio*”, foi cumprida: a preocupação do legislador alemão na determinação de um conteúdo equilibrado do direito de autor resta aqui evidente.

Ao contrário do que vem sendo afirmado no âmbito da *Consulta Pública* brasileira, não é verdade que os países mais desenvolvidos economicamente não demonstrem preocupação com os interesses sociais. Muito pelo contrário, espera-se demonstrado que a tendência na Alemanha, um país que pode ser qualificado como desenvolvido, indica que, quanto maior a importância econômica dos direitos patrimoniais de autor, maior é a tendência de equilibrar socialmente esse direito econômico individual.

O que se afirma fica ainda evidente, por exemplo, na discussão sobre a forma de interpretação daquilo que se convencionou denominar “limitações de direitos de autor” no

direito alemão. É comum aos manuais tradicionais do direito de autor, elaborados originariamente nos anos 80 e 90 do século passado, a defesa de uma interpretação restritiva delas.²² A tendência dos trabalhos acadêmicos contemporâneos, contudo, indica em outra direção.

Autores modernos, como METZGER,²³ por exemplo, lembram que a Corte Constitucional alemã não trata os direitos fundamentais sob uma perspectiva de uma relação linear de regra-exceção; ademais, em nenhum de seus acórdãos aquela Corte formulou uma pauta de interpretação das normas infraconstitucionais de direito de autor. Assim, também no que toca à interpretação das “limitações” do direito de autor, a consideração do interesse da coletividade, expresso no primado da função social da propriedade, coloca-se imprescindível. A regra então é que as “limitações” sejam interpretadas de forma equilibrada, e não de forma restrita.

6. Por fim, ainda no âmbito da terceira reforma da Lei de Direitos de Autor alemã, nota-se uma série de exigências por parte dos setores interessados no sentido de correções do texto legal.²⁴

As bibliotecas e instituições de pesquisa científica, por exemplo, vêm reclamando a extensão dos direitos de reprodução, especialmente no sentido de permissão de arquivamento em forma digital.

Outra proposta que merece destaque é a introdução de um “segundo direito de publicação” no que se refere a obras científicas. Nesse sentido, seria garantido ao autor de obra científica, depois de transcorrido um prazo adequado para que o editor da primeira publicação possa amortizar o investimento, a possibilidade de publicar o seu trabalho científico uma segunda vez. Esse direito, que não caracterizaria uma imposição ao autor de um trabalho científico, garantiria a ele maior liberdade de decisão sobre o grau de divulgação de suas teses científicas, e a coletividade aproveitaria com a melhora no acesso aos resultados de trabalhos científicos.

²² Vide, por exemplo, GÖTTING, Horst-Peter. § 30 – Übersicht zu Urheberrechtsschranken, in LÖWENHEIM (Org.), Handbuch des Urheberrechts. München: C.H.Beck 2003 pág. 412.

²³ METZGER, Axel. *Urheberrechtsschranken in der Wissensgesellschaft: “Fair Use” oder enge Einzelatbestände?*, in LEISTNER, Matthias (Org.). Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums, Tübingen 2010, pág. 16 s.

²⁴ Vide o documento preparado pela aliança de institutos científicos, como a Max-Planck-Gesellschaft, a Alexander von Humboldt-Stiftung entre outras no endereço: http://www.allianzinitiative.de/fileadmin/user_upload/Home/Desiderate_fuer_Dritten_Korb_UrhG.pdf

IV. Remuneração compensatória

A regra de remuneração compensatória é um instrumento de composição de interesses típico da sociedade de informação. Se, por um lado, ela garante ao autor uma remuneração pelas reproduções do conteúdo intelectual protegido, por outro lado exige essa remuneração daqueles que exercem atividade econômica vinculada – mesmo que indiretamente – à exploração do conteúdo protegido.

O direito de autor alemão determina, no § 54 da Lei de Direitos de Autor, que os produtores, comerciantes e importadores de aparelhos de reprodução e de suportes de armazenamento estão obrigados a prestarem ao autor uma remuneração compensatória.

Note-se que o direito de remuneração compensatória do titular das faculdades patrimoniais do direito de autor não é devido por aquele que reproduz ou armazena o conteúdo intelectual protegido, mas antes por aqueles que produzem e comercializam aparelhos capazes de reproduzirem obras intelectuais, ou que produzam e comercializem suportes adequados ao armazenamento de conteúdo intelectual protegido.

O Anteprojeto de Reforma da Lei de Direitos de Autor brasileiro não prevê norma que determine a obrigação de pagamento de remuneração compensatória pela produção e comercialização de aparelhos de reprodução e suportes de armazenamento de conteúdo intelectual. A única inovação nesse sentido foi feita com a introdução de um dispositivo – que, da forma como proposto, pede revisão – que determina remuneração compensatória devida pela prestação de serviço de fotocópia.

V. Sobre o usuário da obra ou ainda sobre a “crise do direito de autor”

1. No discurso proferido em Berlim, a Ministra da Justiça alemã criticou a opinião dos chamados “*digital natives*”, no sentido de que as fraquezas da aplicação do direito de autor na Internet deixaria pressupor a falta de validade desse direito. A Ministra da Justiça retrucou esclarecendo que o fato de uma violação jurídica ser frequente não justifica poder caracterizar o direito como irrelevante. Essa afirmação, porém, refere-se apenas ao aspecto vinculado à *legalidade* do direito. Ela não permite que se ignore que a constância e a insistência de violação do direito de autor é um forte indício de seu baixo grau de *legitimidade* social.

A teoria jurídica identifica três formas distintas de validade:²⁵

²⁵ Vide RÜTHERS, Bernd, *op.cit.*, p. 231 ss.

- a) a validade jurídica (validade do “dever-ser”);
- b) a validade fática (a validade do “ser”);
- c) a validade moral (a validade em razão do reconhecimento social da norma por seus destinatários).

Essas três categorias de validade interagem entre si. Assim, por exemplo, a validade jurídica não será efetiva quando a norma não for cumprida pelos destinatários, ou, ainda, faltando validade moral, a validade jurídica será colocada em risco.

Somente a interação harmônica entre as três categorias de validade é capaz de levar à formação de *consciência jurídica*, visto que somente por meio dessa interação a *obediência* devida no âmbito de validade jurídica se transformará em *convencimento jurídico* (validade moral).

A interação harmônica das categorias de validade depende, por sua vez, da determinação de um conteúdo *equilibrado* do direito.

Não se pode negar que o direito de autor moderno sofre de latente disfunção em sua estrutura de validade. Uma grande parte dos usuários de conteúdos intelectuais, i.e., uma grande parte dos destinatários das pretensões de abstenção contidas nas prerrogativas patrimoniais do autor, não se identifica com o conteúdo do direito, negando a ele validade moral, colocando em risco sua validade fática e, assim, estorvando sua validade jurídica. O ponto de vista defendido por aqueles que se autodenominam “*digital natives*”, ponto de vista que de tão rico em força argumentativa ganhou até mesmo menção explícita no discurso da Ministra da Justiça alemã, é prova dessa disfunção.

Nesse quadro de crise, aqueles incumbidos com a responsabilidade de reformar o direito de autor vigente estão diante de uma tarefa muito delicada.

Por um lado, eles devem garantir a proteção autoral, de forma que ela continue viabilizando o funcionamento de todo um setor econômico importantíssimo na economia moderna. É inegável que sob essa perspectiva econômica o direito de autor cumpre com o papel de *instrumento de proteção de investimento*.

Por outro, eles devem ter em mente que a extensão do direito de autor como uma medida de proteção de modelos tradicionais de exploração econômica de bens intelectuais significaria um intervencionismo indesejado no modelo de economia de mercado. Nesse modelo, concorrência e superação de modelos econômicos tradicionais traduzem o motor do desenvolvimento econômico e, por conseguinte, do fomento do bem-estar social. A indústria

de exploração de conteúdos intelectuais precisa então adaptar-se às transformações tecnológicas.

Além desses aspectos econômicos, os responsáveis por reformas no direito de autor não podem perder de vista que a decisão política de garantia de proteção patrimonial exclusiva ao autor exige, ainda e concomitantemente, a consideração de uma série de direitos coletivos protegidos pelo ordenamento jurídico. O conteúdo do direito de autor maculado pelo desequilíbrio na composição entre os interesses individuais e coletivos é semente de instabilidade social.

Ademais, é fundamental a consideração dos interesses dos usuários das obras intelectuais. O progresso tecnológico abriu um leque de novas possibilidades de utilização desses conteúdos e, ao mesmo tempo, transformou o comportamento de seus usuários. O consumo de produtos cujas funções e utilidades estão acopladas à utilização de bens intelectuais não é apenas comum, mas também estimulado como um fator imprescindível de funcionamento da estrutura econômica do mercado. A economia moderna funciona então ao toque de desenvolvimento tecnológico rasante, de inovação e superação em um curto espaço de tempo de toda uma geração de produtos. Em outras palavras, quanto mais “descartáveis” as tecnologias, maior o fluxo de consumo no mercado e, conseqüentemente, maior a circulação de capital e o estímulo de desenvolvimento de novas tecnologias.

Do consumidor espera-se, por sua vez, que esteja disposto a consumir seguindo o ritmo da superação tecnológica rasante. A atratividade desse tipo de consumo é encontrada nas possibilidades cada vez mais sofisticadas e qualitativas de utilização de conteúdo de obras intelectuais. No entanto, espera-se que o consumidor – agora também chamado de usuário de obras intelectuais – restrinja-se nessa utilização. Em outras palavras, o mercado acena com uma mão com uma grande variedade de produtos que prometem utilização de conteúdos intelectuais; com a outra mão, porém, o direito de autor breca o consumidor na utilização das possibilidades prometidas pelos produtos oferecidos no mercado. Não é necessário conhecimento profundo em economia, psicologia de consumo ou direito de autor para intuir que esse tipo de modelo está fadado ao fracasso retumbante. Aqui basta o recurso ao bom senso.

O fato de o direito de autor ter a pessoa do autor na raiz das prerrogativas garantidas por lei dificulta sobremaneira a compreensão desse instituto jurídico. Muitos são aqueles com dificuldades em entender que, apesar de a garantia jurídica de faculdades patrimoniais reportar à pessoa do autor, essas faculdades só poderão cumprir com seu destino econômico quando destacadas da pessoa do autor e oferecidas ao mercado.

A falta de compreensão desse aspecto tem sido fatal, já que a tendência, especialmente no Brasil, é de esquecer que o usuário da obra intelectual é o destinatário das pretensões de abstenção vinculadas à garantia exclusivas patrimoniais do autor, ou seja, que é ele o grande responsável por emprestar legitimidade ao direito de autor.

Por mais que soe dolorido aos ouvidos dos titulares dos direitos de autor, a verdade é que, enquanto o direito de autor não ganhar junto aos destinatários forma de *convencimento jurídico*, ele só poderá ser imposto pela lei das baionetas, e controle desse tipo, além de praticamente impossível no meio virtual, está fadado a somente funcionar enquanto as baionetas estiverem em riste. Relaxe-se o braço, e o direito deixará de ser respeitado.

Assim, o titular de direitos de autor que sonhe ver os passantes chocados com o ambulante que expõe em sua banca CDs e DVDs piratas, da mesma forma que os passantes hoje se chocariam com o ambulante que expusesse à venda armas de fogo, deveria estar empunhando a bandeira do equilíbrio de interesses e estar desfilando com ela em praça pública.

ANEXO

Jurisprudência da Corte Constitucional alemã**Corte Constitucional alemã, acórdão proferido no caso “Kirchenmusik”****(BverfG 49, 392 ss, de 25.10.1978, “Kirchenmusik”)**

“I. 1. (...)

2. Parâmetro de exame para essa regra de caráter patrimonial é a garantia do Art. 14, (1) da Lei Fundamental.

O Tribunal Constitucional decidiu, no acórdão BVerfG 31 229, [238 ff.] = NJW 1971, 2163 que, do ponto de vista patrimonial, a obra criada pelo autor e o trabalho intelectual nela incorporado é propriedade no sentido do Art. 14 (1) da Lei Fundamental. Da garantia constitucional nasce a pretensão do autor de exploração econômica dessa “propriedade intelectual”. Não apenas os direitos patrimoniais regulados individualmente na Lei de Direito de Autor são protegidos constitucionalmente, mas também o direito potencial de disposição e exploração. Dentro dos limites de sua tarefa reguladora pautada pelo Art. 14 (2) da Lei Fundamental, o legislador é basicamente obrigado a garantir o resultado patrimonial da criação intelectual ao autor e garantir a ele a liberdade de dispor dele [*do resultado patrimonial*] da forma que melhor lhe aprouver. Porém, ele está especialmente obrigado a, no que diz respeito às peculiaridades do conteúdo do direito de autor, definir parâmetros apropriados que assegurem a utilização correspondente à natureza e ao significado social do direito e a sua justa exploração.”

Corte Constitucional alemã**(BverfG, 77, 263, de 4.11.87)**

“ (...) III

Com relação à ordenação constitucional do Direito de Autor em vinculação com o Art. 14 (1) sentença 1 da Lei Fundamental o Tribunal Constitucional manifestou-se basicamente em seu acórdão de 7 de julho de 1971 (BVerfGE 31, 229; 31, 248; 31, 255 e 31, 270). Parte-se [*no acórdão*] do princípio de que o Direito de Autor é propriedade no sentido do Art. 14, (1) da Lei Fundamental e que os direitos patrimoniais do autor – da mesma forma como ocorre com a propriedade sobre bens materiais – necessitam ser conformados pela ordem jurídica. O legislador deve, no exercício da tarefa

de determinação do conteúdo e das limitações da propriedade (Art. 14, (1), sentença 2 da Lei Fundamental), levar em consideração o cerne da proteção constitucional do Direito de Autor. Assim, é característica do Direito de Autor como propriedade no sentido da Lei Fundamental a ordenação categorial dos resultados patrimoniais do esforço criativo pelo caminho de normatização [*de natureza*] de direito privado, e pelo reconhecimento ao autor de liberdade de deles dispor [*do resultado do esforço criativo*] ao seu bel prazer. Essa ordenação categorial da faceta patrimonial do Direito de Autor não significa, porém, que qualquer possibilidade de exploração seria garantida constitucionalmente (vgl. BVerfGE 31, 229 [240 s.]).

Na decisão tomada em acordância com o antigo texto legal do § 27 da Lei de Direitos Autorais (UrhG) foi expressado que o legislador, com o reconhecimento do direito de distribuição no § 15 (1), Nr. 2 e § 17 da Lei de Direitos de Autor (UrhG), satisfaz suficientemente as exigências do Art. 14 da Lei Fundamental manifestadas na possibilidade de exploração econômica adequada da obra. Não pode ser razão de objeção o fato dele [*o legislador*] ter partido do princípio de que, de acordo com § 17 (2) da Lei de Direitos Autorais (UrhG), o direito de distribuição se esgota com a alienação do suporte material da obra. Da garantia constitucional do Direito de Autor não podem ser retiradas pretensões de que o autor, depois da exaustão do direito de distribuição, seja mais uma vez remunerado, quando um exemplar da obra adquirido licitamente venha a ser emprestado ou alugado. Se apesar disso o legislador reconheceu uma pretensão nesse sentido, então ele também está autorizado a limitar essa nova pretensão de remuneração aos casos de aluguel com fins econômicos. Mesmo se o condicionamento do aluguel para fins comerciais não fosse objetivo ou aleatório o autor não teria nenhum direito fundamental garantido constitucionalmente de receber por todo e qualquer aluguel uma remuneração. O legislador pode, sem violar a Constituição, deixar de levar em consideração a regra do § 27 (1) da Lei de Direitos Autorais (UrhG) e reestabelecer o estado antigo, ou seja, o de livre permissão de aluguel de exemplares de obra sem a autorização do autor (vgl. BVerfGE 31, 248 [252 f.]) (...).”

Corte Constitucional alemã

BverfG 1 BvR 587/88

“No que diz respeito ao direito de autor, o Tribunal Constitucional decidiu (...) que são características constitutivas do direito de autor como propriedade no sentido constitucional a garantia básica de que o resultado da atividade criativa seja garantido ao autor por meio de normas de caráter privado e a liberdade para que ele possa dispor desses resultados da forma que mais lhe aprouver. Isso não significa, porém, que qualquer possibilidade de exploração seja garantida constitucionalmente. Em particular é competência do legislador, nos limites do conteúdo do Art. 14 (1), sentença 2 da Lei Fundamental, definir parâmetros objetivos que garantam o aproveitamento e exploração adequada correspondente a natureza e ao significado social do direito (vide BVerfGE 31, 229 “240 s.”).”

Corte Constitucional alemã, acórdão proferido no caso “Germania 3 - ”**(BVerfG, 1 BvR 825/98 vom 29.6.2000)**

„(...) B, I,

b) O Art. 5, (3) sentença 1 da Lei Fundamental garante de forma ampla a liberdade de ação no âmbito artístico; são protegidos o âmbito das obras e o âmbito de eficácia [*da proteção*]. Sentido e função desse direito fundamental é, assim, garantir especialmente o livre desenvolvimento do processo de criação artística sem intervenções do poder público (vide BVerfGE 30, 173 <190>). Com isso a proteção garantida através da liberdade artística não será por isso eliminada, mesmo quando se trate da apresentação de um tema político (vide BVerfGE 67, 213 <227 s>).

A liberdade artística é, na verdade, incondicional, porém não ilimitada. As limitações são retiradas dos direitos fundamentais de outros sujeitos de direito (por exemplo direitos de personalidade de acordo com o Art. 2 (1) em conexão com o Art. 1 (1) da Lei Fundamental: BVerfGE 30, 173 <193>; 67, 213 <228>), mas também de outros valores jurídicos que gozam de hierarquia constitucional (por exemplo proteção de menores: BVerfGE 83, 130 <139>). Uma limitação deste tipo também pode advir da proteção da propriedade do Art. 14 (1) da Lei Fundamental, que abarca a proteção da propriedade intelectual e especialmente aqui do direito autoral. Porém, também a propriedade não é protegida de forma ilimitada, mas antes ela ordena, no âmbito do direito de autor, a garantia fundamental da parte patrimonial desse direito ao autor. Isso não quer significar que qualquer possibilidade de exploração possível seja assegurada constitucionalmente, mas antes que o legislador deve, nos limites do direito de autor, encontrar parâmetros objetivos para as limitações (basicamente BVerfGE 31, 229 <240 s.>). Esses parâmetros surgem, por exemplo, das exceções dos §§ 45 ss. da Lei de Direito de Autor (UrhG), cuja validade não é discutida no caso em questão.

Quando colidem várias posições protegidas por direitos fundamentais é inicialmente tarefa do juiz, em acordância com a aplicação das regras competentes de direito simples, concretizar os limites do âmbito protegido pelo direito fundamental de uma parte frente a outra (comparar com BVerfGE 30, 173 <197>).

c) (...)

Deve-se fundamentalmente observar que, com sua publicação, a obra não está mais a disposição apenas do autor. Pelo contrário, ela entra, em acordância com a norma, no âmbito social e pode, com isso, se transformar em um fator independente, um fator determinante do quadro cultural e intelectual de seu tempo. Com o tempo ela se desprende de sua disponibilidade privada e se torna bem coletivo intelectual e cultural (BVerfGE 79, 29 <42>). Essa é, por um lado, a justificativa inerente da limitação temporal da proteção autoral, por outro lado essa circunstância também leva a conclusão de que quanto mais uma obra cumprir com o seu papel social desejado, maior será seu potencial de servir como ponto de partida para uma confrontação artística. Essa vinculação social da arte é, assim, ao mesmo tempo uma condição de efeito e uma razão para que, em determinada medida, o artista tenha de suportar intervenções em seus direitos de autor por parte de outros artistas como parte de uma

sociedade que se confronta (interage) com a obra artística. As limitações do direito de autor (§§ 45 ss, Lei de Direito de Autor - UrhG) servem para a determinação da extensão do âmbito permitido dessas intervenções que, por um lado, devem ser interpretadas sob a ótica da liberdade artística e, (por outro lado), devem alcançar um equilíbrio entre os diferentes interesses – também constitucionais – protegidos. O interesse do titular do direito de autor, de não ver sua obra explorada sem a sua autorização para fins comerciais de terceiros, é confrontado com o interesse protegido pela liberdade artística de outros artistas, sem que com isso, e por meio de um diálogo artístico e processo criativo em relação a obras já existentes, possa surgir o risco de violações de natureza financeira ou de conteúdo.

Quando, como no caso em questão ocorre, partindo-se da consideração da liberdade de expansão artística [künstlerischen Entfaltungsfreiheit], uma pequena intervenção nos direitos de autor que não comporta em si um risco de desvantagem econômica perceptível (por exemplo redução de vendas vgl. hierzu BGH, GRUR 1959, S. 197 <200>), então os interesses de exploração do titular do direito de autor devem ceder frente aos interesses de aproveitamento (da obra) para possibilitar a discussão artística.”