



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ  
FACULDADE DE DIREITO  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**BERNARDO MACÊDO MARTINS**

**DO LICENCIAMENTO COMPULSÓRIO E DA SUA APLICABILIDADE NO  
CONFLITO NORMATIVO ENTRE DIREITOS AUTORAIS E DIREITO DE ACESSO  
À CULTURA**

**FORTALEZA  
2017**

**BERNARDO MACÊDO MARTINS**

**DO LICENCIAMENTO COMPULSÓRIO E DA SUA APLICABILIDADE NO  
CONFLITO NORMATIVO ENTRE DIREITOS AUTORAIS E DIREITO DE ACESSO  
À CULTURA**

Monografia apresentada à Coordenação do  
Curso de Graduação Direito da Universidade  
Federal do Ceará, como requisito parcial para  
a obtenção de grau de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Civil e  
Constitucional.

Orientador: Prof. Dr. Matias Joaquim Coelho  
Neto.

**FORTALEZA  
2017**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

---

- M3411 Martins, Bernardo Macêdo.  
Do licenciamento compulsório e da sua aplicabilidade no conflito normativo entre direitos autorais e direito de acesso à cultura / Bernardo Macêdo Martins. – 2017.  
45 f.
- Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2017.  
Orientação: Prof. Dr. Matias Joaquim Coelho Neto.
1. Direitos autorais. 2. Direito constitucional. 3. Direito de acesso à cultura. I. Título.
- CDD 340
-

**BERNARDO MACÊDO MARTINS**

**DO LICENCIAMENTO COMPULSÓRIO E DA SUA APLICABILIDADE NO  
CONFLITO NORMATIVO ENTRE DIREITOS AUTORAIS E DIREITO DE ACESSO  
À CULTURA**

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção de grau de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Civil e Constitucional.

Aprovada em: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Matias Joaquim Coelho Neto (Orientador)  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Mestrando Davi Guimarães Mendes  
Universidade de São Paulo (USP)

---

Prof.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Maria José Fontenelle Barreira  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

*Ao amor que me move e a todos aqueles que o despertam e lhe trazem sentido.*

## AGRADECIMENTOS

O meu primeiro e mais importante agradecimento vai a todos aqueles que, em qualquer momento da minha vida, me tenham feito bem, por menor ou mais efêmero que ele tenha sido. Embora seja impossível individualizar cada pessoa ou cada momento, são essas pessoas e esses momentos que me fazem ser ocasionalmente atingido pelo bom sentimento de que a vida é um dom que possui um sentido real, perceptível e independente de credo: a felicidade.

Aparte essa menção, não fujo da difícil tarefa de nomear, individualmente, pessoas que se fizeram especialmente importantes nesta longa jornada pela Faculdade de Direito, deixando apenas o aviso de que qualquer pessoa que se identificar com o agradecimento do parágrafo acima, seja ou não seja mencionada expressamente nas linhas abaixo, pode e deve se incluir na lista de agradecidos.

Deixo, portanto, uma nota de gratidão aos membros da minha banca examinadora pela extrema paciência, pela boa vontade e pela enorme contribuição que deram à feitura deste trabalho. Em particular, quero deixar meu muito obrigado à Professora Marieta – que inspira alegria a todos com quem cruza e é um dos maiores exemplos de dedicação a esta casa –, não apenas pela excelência na docência e pelo carinho com os alunos, mas também por ter sido, para mim, um contato inicial com a relação entre as minhas raízes e a formação histórica desta Faculdade de Direito – do que tanto me orgulho –, e ao Professor Matias, meu chefe e orientador, que aceitou o desafio de me orientar mesmo ciente da minha tortuosa relação com cumprimento de prazos e que muito contribuiu para a (tempestiva) conclusão desta monografia.

Aos professores desta casa que ainda fazem jus ao título que têm, dedicando-se a uma Faculdade ainda assombrada pelo descaso de seus docentes, pela falta de assiduidade e de compromisso, pela falta de zelo pela instituição e pelos alunos. Heróis da resistência que se erguem contra um sistema que estimula e até exalta a mediocridade, que prega o desestímulo do discente e aplica a lei do esforço mínimo. Merecem especial menção, além dos já citados membros da minha banca, os professores William Marques, Raul Nepomuceno, Samuel Arruda, Maria Vital, João Luís, Juliana Diniz, Hugo Segundo, Gustavo Raposo, Sérgio Rebouças, Reginaldo da Costa, Carlos Cintra, Filipe Augusto dos Santos, Michel Mascarenhas, Felipe Assolan, Janaína Castelo Branco, Cynara Mariano, Lino Menezes e Glauco Filho, por demonstrarem atributos que, em um mundo ideal, deveriam ser pré-requisitos ao exercício da profissão: dedicação ao magistério, respeito no tratamento dos

discentes e sensatez e seriedade na condução das disciplinas. Cometo a injustiça de deixar de mencionar alguns nomes que certamente mereceriam estar no rol acima pelo simples fato de, infelizmente, não ter tido a honra de ser aluno deles; quanto aos destaques negativos, abstenho-me de citá-los nominalmente na vã esperança de que, caso algum deles venha a ler este texto, tenha autocrítica suficiente para entender a qual das listas de destaques faz parte.

Aos meus amigos que estiveram comigo durante a minha graduação e que contribuíram de alguma maneira para que ela chegasse ao fim: colegas de curso, Brenda, André, Camila e Lara; da vida, Lucas, Bárbara, Renato, Lídia, Thiago e Victoria, a qual, reconhecidamente afeita a discussões polêmicas, gerou a faísca inspiradora do que viria a se tornar meu tema de pesquisa neste trabalho.

Em especial, agradeço ao Davi, a quem propositadamente deixei de mencionar ao citar os membros da banca examinadora, por ter, do início ao fim, contribuído inestimavelmente para a conclusão da minha graduação e para a minha experiência na Faculdade como um todo, em cada disciplina cursada, em cada tarde de estudo, em cada conversa na sala do Curso Paulo Freire, em cada resumo essencial dado em vésperas de provas cujo assunto eu pouco dominava. No que diz respeito a esta monografia, devo-lhe ainda a ajuda na delimitação do tema, a indicação de imprescindível bibliografia e a honrosa participação na banca examinadora. Registro, aqui, a certeza de que essa amizade é o que de mais valioso me foi proporcionado por esta Faculdade e o orgulho que tenho em saber que, dentro de poucos anos, poderei dizer que sou amigo de um dos maiores juristas deste país.

Ao Teles e ao Haylton, pelo engrandecimento profissional, pessoal e acadêmico que me proporcionaram e continuam a me proporcionar, quase sempre extrapolando os papéis de chefes para serem, verdadeiramente, amigos, no melhor sentido da palavra, me prestigiando com confiança e paciência que muitas vezes questiono merecer.

Ao restante da equipe Coelho, Teles e Alves e a todos que dela tenham feito parte, em qualquer das suas fases, desde a minha entrada, há exatos três anos. Minha história profissional está e estará ligada à história deste escritório e à de todos os que a compõem ou compuseram.

Aos meus avós, Roberto, Tânia, Taisinha e Sérgio, à minha madrinha, Cláudia, aos meus irmãos, Remo e Luca, e a todos os demais familiares, pelo incentivo, pelo companheirismo, pelo carinho e pela vibração a cada conquista.

À Penha, pelo imensurável zelo, preocupação e carinho comigo, com meus irmãos e com minha casa, já há quase vinte e cinco anos, oferecendo dedicação sempre além do que se esperaria de qualquer pessoa, muitas vezes indo além de todas as suas atribuições por puro

e genuíno querer bem. A você, Penha, que nunca deixou qualquer resquício de dúvida sobre seu amor, deixo aqui gravada a reciprocidade desse amor, tão intensamente sentido por todos nós, embora certamente nunca venhamos a ser capazes de retribuir inteiramente tudo o que você fez e faz por nós.

À Vanessa, meu sabiá, por sempre ter seu jeito de me consolar, por me ouvir com os ouvidos e com a alma, pelo companheirismo do dia a dia, pelo conforto e acalento nos dias difíceis, pela ajuda sempre dada tão carinhosamente em suportar a rotina que muitas vezes me pareceu insuportável, pelos constantes sacrifícios por mim e pelo nosso relacionamento, pela amizade, pelo afago, pelo amor incondicional. A ti eu devo a minha paz de espírito, contigo a felicidade me vem fácil. Espero te dar em troca pelo menos metade do que recebo todos os dias. Minha vida é mais colorida por tua causa.

Aos meus pais, por, caindo no clichê, serem os melhores que eu poderia ter. Não digo isso cego pelo amor, mas sim certo de que, objetivamente, em análise que faço constantemente desde a minha infância com todas as relações maternas e paternas que já tive a oportunidade de acompanhar minimamente, não haveria como a criação proporcionada por vocês ser melhor do que o foi. Do carinho às repreensões, do sim ao não, das cobranças ao reconhecimento, tudo bem dosado, tudo muito justo. Aliás, se o Direito tem como fim a justiça, posso dizer, sem medo de errar, ter aprendido de vocês o que é, realmente, justiça. Meu pai, sábio, sensato, aconselhador e amoroso, amigo de longas conversas sobre qualquer assunto, de viagens e de descobertas. Engenheiro de formação, empresário de profissão e artilheiro por vocação. Minha mãe, a pessoa mais amável e generosa que eu já conheci, com percepção privilegiada de tudo que a rodeia, sensível e altamente perspicaz. Juntos 24 horas por dia, vocês se complementam de modo que eu nunca vi em qualquer outro casal, novo ou velho, recente ou de longa data, gay ou hétero. A vocês devo, real e literalmente, tudo. A gratidão que sinto por isso não tem como ser expressa em palavras, mas prometo que fiz aqui o melhor que pude.

Gostaria de deixar, por fim, uma homenagem, *in memoriam*, a algumas figuras que, infelizmente, não estão mais presentes neste plano, mas que exerceram desde sempre forte influência no meu crescimento, na formação do meu caráter, no meu jeito de pensar, na minha forma de encarar o significado de família.

Inicialmente, à Dindinha, símbolo de unidade familiar; mãe, avó e bisavó sem nunca ter tido filhos; chefe da família desde a juventude, abdicando dos estudos em favor dos irmãos; líder interna e ponto de encontro de um núcleo familiar que constituiu um dos maiores grupos intelectuais da história do Estado do Ceará; prodígio da matemática e gestora



financeira autodidata; primeira tesoureira da história desta Universidade. “A mais inteligente dos Martins”, na definição dada por meu pai quando do seu centésimo natalício, com unânime concordância dos presentes. O destino quis, simbolicamente, que o fechamento de ciclos importantes na minha vida acadêmica coincidissem com o fechamento de ciclos igualmente marcantes da minha relação com a Dindinha: a sua morte logo depois da minha entrada na Faculdade e a realização do último dos almoços semanais na sua casa poucos meses antes do fim da minha graduação. A memória da figura mais central da família certamente seguirá adiante com todos os Martins.

Ao vovô Fran, sem dúvidas, das pessoas com quem não tive o prazer de conviver, a que mais fortemente exerceu influência em mim. Desde criança, fascinado com as lendas dos irmãos Martins e, particularmente, do meu bisavô, saudoso de um tempo que não vivi, imagino a sensação de encontrá-lo e de participar dessas histórias. Nome ilustre desta casa, sempre representou muito mais para mim. Apesar da vasta obra acadêmica e literária, seu maior feito, a meu sentir, é o brilho gerado no olhar de todos os que até hoje relembram seus momentos com o vovô Fran, com o titio Fran, com o professor Fran Martins. Mais de oitenta anos depois, me graduo na mesma casa que o formou e acolheu como mestre. Sua aura me faz ter saudade de uma convivência que nunca tive.

Ao tio Armando, tio querido que nunca conheci, primo-irmão e melhor amigo do meu pai, ex-aluno desta Faculdade, retirado do nosso convívio neste plano por uma tragédia até hoje mal digerida, mesmo por quem não o conheceu. Acompanha-me um sentimento de carinho por ele similar ao sentido pelo vovô Fran, germinado pelos olhos saudosos dos que compartilham suas lembranças – papai e tia Cláudia, principalmente. Em alguma medida, talvez por ser afillhado da sua mãe, talvez pelos eventuais comentários de meu pai sobre como meus trejeitos lembram os teus, sinto desde sempre manter uma relação especial, de alguma forma, contigo.

Ao tio Ivan e à Libânia, com os quais, embora os tenha conhecido em vida, mais convivi em pensamento que fisicamente. Suas recentes partidas ainda estão por ser assimiladas por toda a família. O bom e forte sentimento, no entanto, de que viremos a nos reencontrar – acompanhados da Dindinha, do vovô Fran, do tio Armando e de todos os outros queridos que já não mais estão entre nós – transforma o luto em esperança.

Preciso dizer, pedindo perdão ao leitor pelos excessivamente longos agradecimentos, que não poderia deixar de escrever sequer uma das linhas acima – em verdade, pouco escrevi para poder dizer o quanto sou grato. Todos os citados exerceram e exercem influência tão notória no meu ser que faltam palavras para demonstrá-lo, e eu tentei

fazê-lo aqui abrindo meu coração como pouquíssimas vezes o fiz. Em geral, sempre considerei ter alcançado poucos méritos na minha vida; os que alcancei me parecem ter vindo sem tanto esforço. O maior deles, entretanto, sem dúvida alguma, é ter mantido todos e cada um de vocês próximos a mim. Nesse sentido, a gratidão que sinto se estende, em alguma medida, a mim mesmo, pelo mérito de manter-me ao lado das pessoas certas. São vocês que fazem a vida fazer sentido.

Finalizo, portanto, esta declaração de amor parafraseando o antigo compositor baiano e maior poeta da história da música brasileira, que conseguiu resumir tão precisamente o meu sentimento com relação à Faculdade de Direito nesta reta final: eu quero ir-me embora, eu quero dar o fora – e quero que vocês venham comigo<sup>1</sup>. Obrigado a todos.

---

<sup>1</sup> VELOSO, Caetano. **Você não entende nada**. In: BUARQUE, Chico; VELOSO, Caetano. **Caetano e Chico juntos e ao vivo**. Rio de Janeiro: Poygram, 1988. 1 CD. Faixa 7.

*[...] E quando eu me vi sozinho  
Vi que não entendia nada  
Nem de pro que eu ia indo  
Nem dos sonhos que eu sonhava [...]*

Caetano Veloso, *No dia em que eu vim-me embora*

## RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade estudar a aplicabilidade do licenciamento compulsório no direito brasileiro e a conveniência da sua aplicação. Verifica-se, nessa linha, a constitucionalidade do Projeto de Lei nº 3.313/2012 e a viabilidade de, hodiernamente, se controlar institucionalmente o compartilhamento de conteúdo protegido por direitos autorais na Internet. Para isso, inicialmente, é apresentado o contexto fático em que se faz necessária a reformulação dos limites da propriedade intelectual. Em seguida, são apresentados os pressupostos interpretativos adotados pelo estudo e o tratamento dado pela Constituição Federal aos valores em embate. Por fim, analisa-se o projeto de alteração da legislação pertinente a direitos autorais no Brasil, bem como a aplicabilidade e a viabilidade do licenciamento compulsório em face dos pressupostos anteriormente expostos, perquirindo-se, finalmente, quanto à capacidade do instituto de resolver satisfatoriamente o problema apresentado.

**Palavras-chave:** Licença compulsória. Licenciamento compulsório. Licenciamento não voluntário. PL nº 3.313/2012. Direitos autorais. Direito à cultura. Direito Constitucional.

## ABSTRACT

This work aims to study the applicability of compulsory licensing on the Brazilian legal system, as well as the convenience of its implementation. It is scrutinized, therefore, the constitutionality of the Law Bill 3.313/2012 and the current feasibility of institutional control of copyright subject content sharing on the Internet. For this purpose, it is initially presented the context due to which a reformulation of the concept and limits of intellectual ownership. Then, the interpretation basis on which this study underlies is set, along with the Brazilian Constitution's stipulations on the opposing principles (copyright ownership and free access to cultural content). Lastly, the amendment project on the Brazilian Copyright Law is analyzed, along with the applicability and the feasibility of implementing compulsory licensing in view of the previous assumptions, questioning if this legal institute is capable of satisfactory solving the presented issue.

**Keywords:** Compulsory licensing. Amendment Bill 3.313/2012. Copyright ownership. Cultural rights. Constitutional Law.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF/88	Constituição Federal de 1988
PL	Projeto de Lei
IP	<i>Internet Protocol</i>
LDA	Lei de Direitos Autorais
LPI	Lei de Propriedade Industrial

## SUMÁRIO

1

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>14</b>
<b>2 DO CONTEXTO FÁTICO: O BRASIL COMO UM DOS LÍDERES MUNDIAIS EM COMPARTILHAMENTO <i>ONLINE</i> DE CONTEÚDO PROTEGIDO POR NORMAS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL.....</b>	<b>17</b>
<b>3 DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO: VIABILIDADE E ADEQUAÇÃO DO ATUAL REGIME INFRACONSTITUCIONAL DE DIREITOS AUTORAIS ÀS DISPOSIÇÕES DA CF/88 SOBRE O TEMA.....</b>	<b>21</b>
<b>4 DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL PERTINENTE: DIFERENCIAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS.....</b>	<b>25</b>
<b>5 DO TRATAMENTO CONFERIDO A DIREITOS AUTORAIS E DIREITOS CULTURAIS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....</b>	<b>27</b>
<b>6 DA LICENÇA COMPULSÓRIA.....</b>	<b>33</b>
6.1 Conceito e modelo proposto pelo PL nº 3.313/2012.....	33
6.2 Compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio.....	37
<b>7 DA SOLUÇÃO PROPOSTA.....</b>	<b>39</b>
<b>8 CONCLUSÕES.....</b>	<b>42</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>43</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A ideia deste trabalho nasceu em uma conversa entre amigos sobre tema muito mais abrangente: a mútua inclusão e exclusão social causada pela revolução tecnológica hoje vivenciada.

De fato, a massificação do acesso à Internet e a consequente facilitação da obtenção de informações têm permitido a larga fatia da população mundial manter-se a par, em tempo real, de praticamente todo novo fato que ocorra, bem como aventurar-se em diversas áreas específicas de conhecimento que outrora somente seriam acessíveis a uma pequena elite intelectual ou econômica; por outro lado, é notório, especialmente em países periféricos como o Brasil (ao menos no que diz respeito a índices de desenvolvimento social), que aquele a quem for impossibilitado o acesso à tecnologia que permite a inserção nesse mundo interconectado, seja por desconhecimento, seja por incapacidade financeira, acaba por viver à margem do sistema – o indivíduo, assim, é invisibilizado por essa condição.

Em que pese a importância do tema acima, é de se atentar para a interessante questão jurídica que ressalta do seu contexto fático: dada essa ampliação quase irrestrita do acesso à informação, qual o papel dos direitos autorais na conjuntura jurídico-social da atualidade e quais os seus limites no que tange ao resguardo, por interesses de índole privada, de informações de possível relevância social?

Mais ainda: em que medida é viável ao Estado e ao autor buscarem vias eficazes de se tutelar o direito de propriedade intelectual em um universo tão amplo quanto a Internet, especialmente tendo em vista os já conhecidos fracassos de se providenciar mesmo o controle da difusão de informações sigilosas no meio (vide o caso Edward Snowden e o portal *Wikileaks*), a existência de portais eletrônicos especializados em compartilhamento irrestrito de documentos e arquivos de mídia (o *The Pirate Bay*, por exemplo, tem funcionado há quase quinze anos, a despeito das reiteradas tentativas governamentais de tirá-lo do ar, que acabaram por dar mais visibilidade midiática ao portal e, consequentemente, por aumentar o seu número de usuários<sup>2</sup>) e as camadas mais sombrias e inacessíveis de compartilhamento de dados na *web – deepweb, darkweb* etc?

Vê-se, de pronto, pelo menos dois conflitos normativos de difícil solução e com profundas implicações. Em primeiro lugar, com uma amplitude maior, a discussão sobre a necessidade de limitação do princípio administrativo da supremacia do interesse público sobre

---

<sup>2</sup> 10 momentos marcantes da história do The Pirate Bay. **Exame**, 10 dez. 2014. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/tecnologia/9-momentos-marcantes-da-historia-do-the-pirate-bay>. Acesso em: 30 nov. 2017.



o privado em face das garantias individuais do administrado. Em segundo lugar, mais restrito e diretamente relacionado com o tema, o embate principiológico entre direitos de propriedade intelectual e direitos culturais.

Foi nesse contexto, então, que o deputado federal Nazareno Fonteles (PT/PI) propôs o Projeto de Lei nº 3.313/2012, que pretende alterar a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 (Lei de Direitos Autorais), inserindo, dentre outras disposições, a aplicação do novo instituto da licença compulsória – eufemicamente apelidada de licença não voluntária pelo texto legal – a situações que se encaixem nas hipóteses antinômicas descritas no parágrafo anterior.

O presente trabalho procura, portanto, analisar a aplicabilidade da licença compulsória como meio possivelmente capaz de solucionar o conflito normativo entre direitos autorais e direito de acesso à cultura, bem como a viabilidade de se utilizar desse instituto no direito brasileiro e a adequação (ou a falta dela) da forma como dispõe o PL nº 3.313/2012 sobre o tema.

Para tanto, buscar-se-á fazer uma breve exposição dos pressupostos fáticos e teóricos em que se baseará o estudo, a qual abrangerá o desenvolvimento da sociedade informacional, a força normativa da Constituição Federal em face do contexto do compartilhamento irrestrito e ilegal de conteúdos *online*, o conceito e a aplicação das normas em conflito, a diferenciação entre normas-princípio e normas-regra, com a consequente menção a qual desses grupos abrange cada uma das normas estudadas, e os métodos hermenêuticos para solucionar a antinomia.

Em seguida, será analisada a natureza, a finalidade e a aplicabilidade do instituto da licença compulsória, em abstrato, perquirindo-se quanto à viabilidade fática e à conveniência da sua utilização para conciliar os direitos conflitantes, bem como quanto à possibilidade jurídica da sua incorporação no Direito pátrio, levando em consideração o ideal de modelo estatal adotado pela Constituição Federal.

Por fim, analisar-se-á o modelo sugerido pelo PL nº 3.313/2012, ocasião em que serão propostas soluções de modernização da legislação pátria de direitos autorais que possam guardar uma correspondência mais acurada com o contexto fático vivido, de maneira a não privilegiar exageradamente o interesse público nem o privado, proporcionando uma democratização do acesso à cultura atrelada a uma maior participação e valorização do próprio autor, sem a obrigatoriedade de se valer de intermediários para exercer a sua função de criador, propulsor e difusor do conhecimento.

## 2 DO CONTEXTO FÁTICO: O BRASIL COMO UM DOS LÍDERES MUNDIAIS EM COMPARTILHAMENTO *ONLINE* DE CONTEÚDO PROTEGIDO POR NORMAS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

O acelerado desenvolvimento tecnológico e informacional sentido em escala global nas últimas décadas tem alterado substancialmente as próprias bases estruturais do modelo econômico-social da sociedade contemporânea. Essa revolução, tema recorrente na mídia e nas ciências, é sentida em cada detalhe do viver cotidiano e vem, de maneira circular, moldando as e sendo moldada pelas gerações nascidas em meio a esse contexto. É assim, então, que estão sendo delineados os traços caracterizadores do que se vem convencendo denominar *sociedade informacional*. Sobre o termo, salutar valer-se do entendimento de Manuel Castells<sup>3</sup>:

Gostaria de fazer uma distinção analítica entre as relações de ‘sociedade da informação’ e ‘sociedade informacional’ com consequências similares para economia da informação e economia informacional. O termo sociedade da informação enfatiza o papel da informação na sociedade. Mas afirmo que informação, em seu sentido mais amplo, por exemplo, como comunicação de conhecimentos, foi crucial a todas as sociedades, inclusive à Europa medieval que era estruturada e, até certo ponto, unificada pelo escolasticismo, ou seja, no geral uma infra-estrutura intelectual (ver Southern 1995). Ao contrário, o termo informacional indica o atributo de uma forma específica de organização social em que a geração, o processamento e a transmissão da informação tornam-se as fontes fundamentais de produtividade e poder devido às novas condições tecnológicas surgidas nesse período histórico. Minha terminologia tenta estabelecer um paralelo com a distinção entre indústria e industrial. Uma sociedade industrial (conceito comum na tradição sociológica) não é apenas uma sociedade em que há indústrias, mas uma sociedade em que as formas sociais e tecnológicas de organização industrial permeiam todas as esferas da atividade, começando com as atividades predominantes localizadas no sistema econômico e na tecnologia militar e alcançando os objetos e hábitos da vida cotidiana. [...]

Essa nova organização social construída em torno do acesso e do compartilhamento de informação caracteriza-se, portanto, dentre outros aspectos, pela sua estruturação em redes, pelos movimentos sociais, pela forma como esses movimentos se inter-relacionam e se relacionam com o Estado e, em contrapartida, pela necessária reorganização das bases estruturais dos Estados e da sua forma de relacionamento com a sociedade<sup>4</sup>. Estados, mercado e a própria sociedade vêm, nesse contexto, procurando adequar-se e adaptar-se a essa modernização nos hábitos cotidianos, nos modos de produção, no funcionamento da economia mundial e nos meios de difusão de informação.

---

<sup>3</sup> CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005. 698 p. v. I. pp. 64 e 65.

<sup>4</sup> *Idem, ibidem*.

Não é tarefa fácil. A interconexão a nível global da *web* e a ausência de postos centrais de controle tornam praticamente impossível a fiscalização em tempo real de atividades ilícitas e a respectiva intervenção repressora ou preventiva por parte dos governos. De outro lado, a própria inserção do Estado como sujeito ativo e participativo nesse mundo interativo tem-se mostrado extremamente complicada, o que acaba por agravar a já preocupante questão da crise institucional da democracia representativa<sup>5</sup>. A função do Direito, nessa linha, é estabelecer os limites da intervenção estatal, os meios pelos quais ela pode se efetivar e os fins buscados em cada ato intervencionista<sup>6</sup>, o que pode variar a depender do tipo de atividade ilícita que se procura coibir.

No que tange a direitos autorais, a discussão toma contornos de solução particularmente difícil; não porque a fiscalização do compartilhamento ilícito *online* de conteúdo protegido por direitos de autor seja mais complicada do que a de outros tipos de arquivos, mas sim porque a própria noção de propriedade intelectual, os seus limites e a sua função estão em processo de profunda reestruturação.

Ora, praticamente não há discordância quanto à necessidade de se investigar e interceptar dados no que diz respeito a assuntos mais polêmicos e delicados dentro do universo virtual, especialmente nas camadas mais inacessíveis da Internet (*deepweb* e *darkweb*<sup>7</sup>), como compartilhamento de pornografia infantil<sup>8</sup>, organização de grupos criminosos<sup>9</sup>, tráfico de armas e de drogas etc. Não há embate político ou divergência de

5 “Fundamental para a renovação da democracia representativa via Internet é a atuação estatal, no sentido de reverenciar a comunicação pública online para garantir maior proximidade e interatividade com os cidadãos, deixando de se posicionar como um Estado arrecadador que posiciona o cidadão como um mero contribuinte ou consumidor, e restituindo-lhe o papel de soberano, que intervém nos negócios públicos através de fóruns eletrônicos e plebiscitos online, conquistando um espaço democrático sem precedentes.” CASTANHO, Maria Augusta F. S. **Internet como instrumento de revitalização da representação política**. In Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico (ISSN 2175-9391), nº 6, p. 200-215, 2012.

6 “2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.

3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:

a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;

b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas.” BRASIL. **Decreto N° 592, de 6 de julho de 1992**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 30 nov. 2017.

7DEEP WEB: o que é e como funciona. **G1**, 4 fev. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/blog/seguranca-digital/post/deep-web-o-que-e-e-como-funciona-g1-explica.html>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

8PF combate crime de pornografia infantil na Deep Web. **Polícia Federal**, Porto Alegre, 22 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/agencia/noticias/2016/11/pf-combate-crime-de-pornografia-infantil-na-deep-web>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

9 “Existem máfias mundiais...”. **IstoÉ**, 23 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.istoedinheiro.com.br/existem-mafias-mundiais-que-trabalham-na-dark-web-e-financiam-criacao>>

valores que ponham em questão a necessidade de intervenção das autoridades competentes para coibir esse tipo de conduta, o que tem sido, por vezes, tentado inclusive por particulares<sup>10</sup>.

O mesmo não ocorre no tema dos direitos autorais violados por compartilhamento ilícito de documentos virtuais. Têm ganhado força movimentos, a nível mundial<sup>11</sup>, pela livre difusão de conhecimento e de cultura, sem qualquer tipo de impedimento ou intervenção<sup>12</sup>, os quais possuem como pauta central a rediscussão dos limites e da função dos direitos autorais.

O caso brasileiro pouco difere do que foi acima descrito. Em geral, o país se encontra bem inserido nesse universo digital, o que pode ser aferido tanto pela quantidade absoluta de internautas (dados recentes mostram que o Brasil é o quarto colocado na lista de países com mais usuários da *web*)<sup>13</sup> quanto pela notória influência que os meios de comunicação digital em massa têm ocasionado na cultura popular e em movimentações políticas – especialmente a partir das manifestações de 2013. O Brasil também não fica atrás nos índices de compartilhamento de conteúdo ilícito, estando relacionado, por exemplo, entre os países com maior número de downloads ilegais de músicas<sup>14</sup> e de softwares pirateados<sup>15</sup>.

A situação é preocupante e pouco tem sido o sucesso obtido, em escala mundial, tanto no que tange repressão dos usuários que cometem esses ilícitos quanto no que diz respeito ao controle propriamente dito do material compartilhado. O que é curioso, entretanto, é a pouca importância que se tem dado ao tema no Brasil em discussões institucionais, de caráter jurídico e político, muito embora o país esteja encabeçando listas de violações de patentes e de direitos autorais e possua legislação consideravelmente defasada quanto ao assunto.

---

de-ataques-virtuais-diz-marco-demello-ceo-da-psafe/>. Acesso em: 30 nov. 2017.

10 AN Anonymous group just took down a fifth of the dark web. **The Verge**, 03 fev. 2017. Disponível em: <<https://www.theverge.com/2017/2/3/14497992/freedom-hosting-ii-hacked-anonymous-dark-web-tor>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

11 Manifestos defendendo a “livre cultura” são facilmente encontrados na *web*. Ver, nesse sentido, dentre outros: <<http://questioncopyright.org/>> e <<https://freeculture.org/>>.

12 Sobre o assunto: FREIRE, Ana Carolina Oliveira et. al. **A cultura livre e o compartilhamento de obras científicas na internet**. Belo Horizonte: [s.n.]. 2013.

13 BRASIL é o 4º país com mais internautas, mas desigualdade da rede é um problema. **Terra**, 05 out. 2017. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/tecnologia/canaltech/brasil-e-o-4-pais-com-mais-internautas-mas-desigualdade-da-rede-e-um-problema,6400c8ba3a9730a3d411067a008e38b04o9v51gg.html>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

14 BRASIL é 5º país em download ilegal de músicas. **BBC**, Brasília, 02 set. 2012. Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/09/120918\\_pirataria\\_musica\\_cc.shtml](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/09/120918_pirataria_musica_cc.shtml)>. Acesso em: 30 nov. 2017.

15 BRASIL é o segundo país com mais downloads em ranking de pirataria. **Exame**, 19 fev. 2015. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/tecnologia/brasil-e-o-segundo-pais-com-mais-downloads-em-ranking-de-pirataria/>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

Do ponto de vista jurídico, exsurtem ainda mais alguns problemas que necessitam de especial atenção.

Pedro Mizukami, em extensa e completa tese sobre o tema, faz veemente crítica à falta de observância dos direitos autorais sob um viés constitucional na doutrina nacional, a qual, segundo defende, dá por certa a total conformidade da legislação infraconstitucional ao texto da Constituição<sup>16</sup>, chegando a interessantes conclusões a que se fará menção em momento posterior deste trabalho. Há que se questionar, portanto, qual a regulação dada pela CF/88 sobre o assunto, se a legislação infraconstitucional mostra-se adequada do ponto de vista constitucional e se há necessidade de repensar o atual regime legislativo de direitos autorais com base nas disposições da Constituição a respeito do tema.

A nosso sentir, no entanto, há outro ponto que merece ponderação, ocorrendo, de certa forma, como consequência do descrito no parágrafo acima: o estudo sobre em que medida o atual tratamento legislativo e institucional conferido ao problema pode vir a por em xeque a própria *força normativa* da Constituição – nomenclatura usada por Konrad Hesse em seu famoso estudo sobre a estrutura das constituições<sup>17</sup>. Isso porque a difícil viabilidade de controle e restrição do compartilhamento virtual de dados e o questionamento quanto à existência ou não de imoralidade na ainda ilícita conduta de se baixar conteúdo protegido por direitos de autor podem vir a esvaziar as normas da CF/88 a esse respeito – bem como da legislação infraconstitucional –, transformando em letra morta o texto constitucional.

Dessa forma, é esse, em suma, o contexto fático e jurídico que inspirou o PL nº 3.313/2012, assim como este estudo, sendo ele a base da análise feita nos capítulos a seguir.

---

16 NICOLETTI MIZUKAMI, Pedro. **Função social da propriedade intelectual**: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88. 2007. 537 p. Dissertação (Mestrado em Direito)- Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2007. p. 3.

17 HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. 34 p.

### 3 DA FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO: VIABILIDADE E ADEQUAÇÃO DO ATUAL REGIME INFRACONSTITUCIONAL DE DIREITOS AUTORAIS ÀS DISPOSIÇÕES DA CF/88 SOBRE O TEMA

Em seu estudo estrutural sobre os elementos que formam uma Constituição (ou “Constituição Jurídica”), o professor Konrad Hesse, célebre constitucionalista da Universidade de Freiburg, na Alemanha, contrapõe-se ao modelo proposto aproximadamente um século antes por Ferdinand Lassalle, no seu clássico “O que é uma Constituição?”, de 1862. Trata-se de dois dos mais notórios trabalhos sobre o tema na tradição jurídica romano-germânica.

Na definição defendida por Lassalle, a Constituição se resumiria à “soma dos fatores reais do poder que regem um país”<sup>18</sup>. As forças de poder dominantes, conjugadas e interrelacionadas, são os elementos que constituem, de fato, as bases de uma nação, determinando as formas de organização e relação, sendo, portanto, a Constituição *real*, ou Constituição política, do país. Quanto àquilo que denomina “Constituição jurídica”, o pensamento de Lassalle pode ser resumido no seguinte excerto:

Juntam-se esses fatores reais do poder, escrevemo-los em uma folha de papel, dá-se-lhes expressão escrita e a partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito, nas instituições jurídicas e quem atentar contra eles atenta contra a lei, e por conseguinte é punido.

A Constituição escrita seria, portanto, apenas “um pedaço de papel”, no qual estariam conjugados os elementos da Constituição real. Conclui-se, por consequência, que, em havendo dissonância entre as duas, a real sempre há de prevalecer<sup>19</sup>.

É contra essa conclusão que se insurge Hesse. Segundo o seu entendimento, embora a realidade política e os fatores reais do poder devam ser levados em consideração na sua relação com a Constituição jurídica, não se pode concluir pela invariável prevalência da realidade sobre a norma. Baseando-se a sua elaboração em uma realidade histórica completa, sem destoar da facticidade a ponto de buscar “construir o Estado de forma abstrata e teórica<sup>20</sup>”, a pretensão de eficácia da Constituição (jurídica), enquanto norma, é capaz de transformá-la em uma força ativa, condicionada pela realidade e, ao mesmo tempo, condicionante dela.

---

18 LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?**. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933. 66 p. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/constituicao1.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2017. p. 30.

19 *Idem.* p. 59.

20 HESSE. Op. cit. p. 18.

O que importa, no caso em análise neste trabalho, é verificar se presentes as condicionantes que permitam à Constituição concretizar a sua pretensão de eficácia no que diz respeito especificamente aos direitos autorais e culturais, sob pena de se lhe esvaziar o sentido e a força normativa.

Nessa linha, os pressupostos de eficácia da Constituição são enumerados da seguinte maneira por Hesse<sup>21</sup>: primeiramente, é preciso que o seu conteúdo corresponda, o máximo possível, à realidade presente; em segundo lugar, deve haver um sentimento compartilhado do que ele denomina “vontade de Constituição”, que é, em suma, a compreensão do valor normativo da carta política e o respeito às suas disposições; por fim, é necessário que a sua interpretação esteja submetida ao “princípio da ótima concretização da norma”, de maneira a se adequar às mudanças ocorridas na realidade fática, desde que respeitados os limites interpretativos dos dispositivos normativos.

Com relação ao primeiro dos pontos levantados acima, parece não haver grandes problemas no que tange ao objeto deste estudo. Seguindo a orientação do próprio Hesse sobre disposições constitucionais, a CF/88 estabelece, tanto em relação aos direitos de autor, de propriedade intelectual e de função social da propriedade quanto no que diz respeito aos direitos de manifestação cultural e de acesso à cultura, normas fundamentais capazes de serem desenvolvidas à medida em que ocorrerem mudanças no cenário sócio-político vigente, matéria que será mais detidamente abordada no capítulo a seguir. A mudança de cenário, a seu turno, é notória: à época da promulgação da CF/88, a Internet, como fenômeno de massa, ainda era uma realidade de muito difícil visualização. O texto constitucional, desse modo, baseou-se em um modelo de difusão de conhecimento ainda baseado na imprensa tradicional, com acesso, reprodução e compartilhamento muito mais restritos que os que são ora notados.

O segundo pressuposto apresentado mostra-se de mais difícil visualização. Em regra, não parece haver, em abstrato, uma falta de respeito pelas disposições constitucionais relativas a direitos autorais e cultura, ou mesmo uma falta de valorização delas. O problema reside, entretanto, na inadequação do regime infraconstitucional à realidade presente, em que se deve pautar a interpretação da Carta Maior.

Ora, as cifras de *downloads* de conteúdo ilícito no Brasil alcançam, anualmente, a casa do bilhão, e a quantidade de IPs infratores ultrapassa os setenta milhões<sup>22</sup>. Ainda que se possa falar em uma noção compartilhada da importância das normas constitucionais, os

---

21 HESSE. Op. cit. pp. 20 a 22.

22 BRASIL é o segundo país com mais downloads em ranking de pirataria. **Exame**, 19 fev. 2015. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/tecnologia/brasil-e-o-segundo-pais-com-mais-downloads-em-ranking-de-pirataria/>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

números demonstram de forma inequívoca que não há interesse no cumprimento da legislação pertinente, assim como um total descompasso entre as previsões infraconstitucionais e a realidade fática que deve ser regulada pelas disposições constitucionais.

É aí que o terceiro pressuposto – a interpretação buscando a ótima concretização da norma constitucional – faz-se necessário, adequando-se, em vistas da falta de correspondência entre a lei e a realidade, uma mudança interpretativa a nível constitucional que haveria de, inevitavelmente, culminar com a alteração dos preceitos legais que regem a matéria a nível infraconstitucional.<sup>23</sup>.

O que se nota, de qualquer forma, é que o descompasso entre o tratamento institucional dado aos direitos autorais e o conceito compartilhado de moralidade da maioria da população, assim como a inviabilidade de se controlar com sucesso o compartilhamento de conteúdo *online*, tornam urgente uma revisão legislativa que possa conferir maior legitimidade, eficácia e similitude fática à legislação de direitos autorais, mediante uma interpretação construtiva da Constituição, adequada ao contexto presente, sob pena de se lhe tornar letra morta e, assim, gerar-lhe a inevitável perda de sua força normativa, tornando-lhe, aos poucos, na forma defendida por Lassalle – pelo menos no que diz respeito ao assunto aqui tratado –, um mero pedaço de papel.

---

<sup>23</sup> Em similar sentido ao aqui defendido, Pedro Mizukami defende haver, concomitantemente, crises em torno do conceito de propriedade intelectual, do seu modelo de negócio, da sua eficácia e da sua legitimidade. Op. cit. pp. 167 a 223.



#### 4 DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL PERTINENTE: DIFERENCIAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

Seguindo a linha de se estabelecer previamente os pressupostos utilizados no presente estudo para, somente então, se aferir quanto à adequação da previsão, da regulação e da possível aplicação do instituto da licença compulsória a conteúdos sujeitos a direitos de autor, importa aqui contrapor as normas conflitantes segundo critérios de classificação e de interpretação que permitam ao aplicador ter um horizonte compartilhado, minimamente concreto e previamente estabelecido dos limites interpretativos de cada dispositivo normativo<sup>24</sup>.

Para tanto, mostra-se de relevante contribuição a distinção entre as espécies de normas jurídicas (fala-se, salvo algumas exceções doutrinárias<sup>25</sup>, em normas-regra e normas-princípio), o que, é bem sabido, já é há algum tempo matéria de relevo na doutrina e na jurisprudência brasileiras.

Exatamente por essa abordagem irrestrita doutrinária e jurisprudencial, que muitas vezes se mostra atécnica ou simplesmente sem fundamentação alguma<sup>26</sup>, é que se faz necessário estabelecer no início deste estudo as diretrizes de resolução de conflitos normativos, do ponto de vista prático, de maneira adequada ao objeto de estudo.

Isso se dará mediante uma prévia definição da abordagem adotada, já que é excessivamente vasta a bibliografia sobre o tema, seja no direito brasileiro, seja no estrangeiro, o que naturalmente faz que existam inúmeras opiniões divergentes sobre a matéria. Caso contrário, correr-se-ia o risco de se incorrer na mesma reprodução acrítica tão abominada pelos autores mais respeitados na área, o que conferiria pouca adequação metodológica ao estudo. Faz-se a ressalva, entretanto, de que não se pretende aqui discutir e analisar a fundo e a miúdo o tema, quanto aos fundamentos jurídicos e filosóficos de cada abordagem, senão demonstrar de maneira sucinta e voltada à aplicação em concreto do objeto deste estudo, sob pena de se perder o seu foco.

---

24 A esse respeito, descrevendo o processo interpretativo e ressaltando a importância da diferença entre texto normativo, dispositivo normativo e norma: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. pp. 51 a 55.

25 *Idem*. pp. 163 a 224 defendendo a categorização dos *postulados normativos* como uma terceira espécie de norma jurídica.

26 NEVES, Marcelo. **Entre hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. pp. 171 a 228. Aqui, Marcelo Neves dedica um capítulo inteiro de seu estudo à análise do “uso e abuso de princípios” na doutrina e na jurisprudência pátria. No mesmo sentido, em crítica mais enérgica sobre o tema: GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juizes: (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. 176 p.

Dito tudo isso, os critérios de distinção da doutrina clássica entre princípios e regras, na forma sistematizada por Humberto Ávila<sup>27</sup>, são os seguintes: i) critério do caráter hipotético-condicional – as regras apresentam hipóteses de que, se diretamente preenchidas, derivam consequências que predeterminam a decisão (*se..., então...*), enquanto os princípios indicam um fundamento, um valor, que deve nortear o processo de aplicação da regra correta ao caso concreto –; ii) critério do modo final de aplicação – regras são aplicadas de modo absoluto, tudo ou nada (*all or nothing*), ao passo de que princípios são aplicados de maneira gradual, mais ou menos –; iii) critério do relacionamento normativo – antinomias entre regras demandam a declaração da invalidade de uma delas ou a criação de uma exceção, enquanto as ocorridas entre princípios são solucionadas mediante uma ponderação, na qual se atribui peso maior a um deles –; e iv) critério do fundamento axiológico – princípios indicam valores que servem como fundamentos na tomada de decisões, ao contrário das regras.

O processo hermenêutico, nessa linha, pode apresentar-se de maneira diferente à medida em que as normas em conflito sejam caracterizadas como regras ou como princípios. Nota-se, ainda, que não existe qualquer tipo de hierarquia entre as duas espécies, especialmente porque cada processo interpretativo é único e demanda do aplicador a atribuição de uma norma específica, individualizada, restrita ao caso concreto, condizente com a ordem jurídica e de acordo com o que, dentro dessa ordem, se mostre a solução mais adequada para a hipótese fática.

Aliás, a ausência de hierarquia entre regras e princípios mostra-se verdadeiramente essencial para a manutenção de uma jurisdição coesa, vez que, em havendo preponderância dos princípios em detrimento das regras, cria-se uma insegurança jurídica em que o aplicador utiliza-se da retórica principiológica como pano de fundo para que se decida de acordo com seu interesse e conveniência; de outro lado, a preponderância das regras geraria uma rigidez exagerada incapaz de se adequar a contextos fáticos mais específicos ou complexos, muitas vezes não abrangidas pela hipótese restrita prevista pela norma.

O importante, desse modo, é que se procure manter uma visão unitária da ordem jurídica, escolhendo-se a regra mais adequada à conjuntura fática (norma de dimensão imediatamente comportamental<sup>28</sup>) de acordo com os valores e meios proclamados pelos princípios aplicáveis (normas de dimensão imediatamente finalísticas ou metódicas<sup>29</sup>); em

---

27 ÁVILA, Humberto. Op. cit. pp. 59 e 60. O autor, entretanto, embora admitindo a importância dos critérios da doutrina clássica, faz detida crítica aos fundamentos de cada um deles, propondo o estabelecimento de novos critérios.

28 *Idem*, p. 92.

29 *Idem, ibidem*. Destaca-se que o autor, ao estabelecer esse critério de classificação, define os princípios como tendo caráter finalístico e os postulados normativos como tendo caráter metódico; como os postulados, no

outras palavras, busca-se “um juiz capaz de desparadoxizar o enlace circular entre princípios e regras nos diversos casos constitucionais de maior complexidade”<sup>30</sup>.

É essa, então, a função precípua do intérprete adotada por este estudo: aplicar a regra, positivada, de maneira a se escolher o comando comportamental mais adequado, no caso concreto, à obtenção do fim perseguido pelos princípios a ele aplicáveis.

Deve-se acrescentar, entretanto, que o cerne do que é discutido neste trabalho perpassa não apenas pela interpretação da norma positivada, mas, também, por políticas legislativas. Embora não se pretenda sugerir uma relativização de textos legais disfarçados por métodos interpretativos que variam com o interesse do aplicador, importa lembrar que o que se pretende com este estudo é derivar, do embate normativo entre os regimes conferidos pela Constituição Federal a direitos autorais e a direitos culturais, qual a política legislativa mais adequada a ser implantada, de maneira a oferecer soluções satisfatórias e mais adequadas ao contexto fático apresentado.

---

entanto, não são adotados como espécie autônoma de norma jurídica pela maior parte da doutrina e da jurisprudência pátrias, e para evitar discussões doutrinárias desnecessárias, optou-se por incluí-los na categoria de princípios.

30 NEVES, Marcelo. Op. cit. p. 221.

## 5 DO TRATAMENTO CONFERIDO A DIREITOS AUTORAIS E A DIREITOS CULTURAIS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição dedica oito incisos do seu art. 5º a garantias do direito de propriedade, um dos quais dedica-se a garantir aos direitos autorais caráter de direito fundamental. Para fins de facilitar a análise a ser aqui desenvolvida, vejam-se abaixo as mencionadas disposições constitucionais<sup>31</sup>:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;

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

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País; (grifo NOSSO)

---

31 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 30 nov. 2017.

Vê-se, nessa linha, que são três os direitos de autor garantidos expressamente pela constituição: utilização, publicação e reprodução. A Carta Política não fornece, entretanto, as definições de cada um dos termos acima, tarefa que fica a cargo do intérprete.

Buscando delimitações mais claras do texto constitucional, Pedro Mizukami discorre sobre a abrangência de cada um dos termos acima<sup>32</sup>:

**a) Utilização** parece significar, logo de início, algo diferente do direito de uso referente ao direito de propriedade. Afinal, uma vez publicado um livro, por exemplo, há uma boa parcela de usos que, sem controvérsia alguma, fogem do alcance do autor. Alguns usos de um livro referem-se ao seu suporte físico, e assim é que se pode queimar, rabiscar e usar como encosto de porta um livro, por exemplo. Outros, referem-se a seu conteúdo, como é o caso dos direitos de ler, estudar e memorizar o texto do livro; são estes usos que importam aqui. Havendo direitos de uso específicos do usuário de determinada obra intelectual, há que se considerar que o direito de utilização de uma obra intelectual atribuível ao autor é muito diferente do direito de uso que se insere no plano dos direitos reais. Não há como excluir uma pessoa que tenha comprado um disco de ouvi-lo. Por outro lado, não há como forçar – ao menos em razão de obrigação contratual – um autor a *publicar* um livro, ou seja, deixá-lo escoar para fora de sua esfera pessoal. Se um autor escreve um livro apenas para utilização própria, é evidente que tem o direito de utilizá-lo como bem entender. Disto decorre que apenas na hipótese em que um autor *não publica* um livro, há que se considerar a existência de um direito de uso próximo àquele referente à propriedade sobre bens materiais. Uma vez publicada uma obra, o direito adquire uma configuração diferenciada.

**b) Publicação**, parece indicar a disponibilização de uma determinada obra ao público, seja por intermédio de uma editora/gravadora, ou por qualquer outro meio possível. Em outras palavras, *tornar público*. A impressão de um poema, por exemplo, e sua distribuição nas ruas implica, nesse contexto, publicação. É o momento inicial em que uma obra deixa de ser de utilização efetivamente exclusiva do autor, e passa a ser entregue a uma potencial utilização pela sociedade;

**c) Reprodução** é um direito auto-explicativo, e o elemento essencial, por excelência, dos regimes de direitos autorais, desde sua etapa de formação, precedente ao Statute of Anne e à Revolução Francesa (ainda que não assumisse, na época, o formato de um direito, mas sim de um privilégio real ou de uma disposição regulamentar *interna corporis*). (grifos no original)

É notório, com base nas definições acima, que, no estudo do compartilhamento ilegal de conteúdo na internet abrange basicamente o direito de reprodução, vez que esse tipo de atividade, em tese, somente se pode dar após concretizada a etapa da publicação. O mesmo não se pode dizer, entretanto, quanto às licenças compulsórias, já que o seu espectro de atuação pode vir a alcançar inclusive o direito de publicação, o que será mais detidamente analisado no capítulo a seguir.

O que interessa, por ora, é notar a inexistência de menção expressa aos direitos autorais como direito de propriedade ou de qualquer limitação aparente a esses direitos. Com

---

32 Op. cit. pp. 418 e 419.

efeito, embora não haja posicionamento pacífico na doutrina quanto à conferência de *status* de propriedade aos direitos autorais, adere-se ao posicionamento de Pedro Mizukami, para quem a afirmação desse caráter se dá na forma como o texto constitucional é disposto (relevante aqui recordar os ensinamentos de Humberto Ávila, que, ao estabelecer de maneira esclarecedora a diferença entre norma e texto, menciona a possibilidade de existirem normas derivadas da interpretação conjunta de dispositivos diversos, mesmo que inexistente menção expressa a tal norma – cita, como exemplo, o princípio da segurança jurídica<sup>33</sup>), o que defende da seguinte forma<sup>34</sup>:

Cabe conferir se os *textos de normas* escolhidos permitem que se atribua aos direitos autorais o rótulo “propriedade intelectual”.

É possível uma interpretação nesse sentido: não apenas há referência expressa ao direito de marca como um direito de propriedade, como há proximidade muito grande entre os textos referentes a direitos autorais, patentes e marcas, dos textos referentes ao direito de propriedade. **A ordem e local de colocação dos textos não podem ser tomados como únicos argumentos, mas são dados bastante significativos para a interpretação, ainda mais quando há referência expressa às marcas como propriedade. Há uma seqüência lógica entre os textos que não é desprezível, sendo razoável, portanto, interpretar os direitos autorais como uma espécie de propriedade, que se distancia, contudo, da propriedade tradicional do direito civil.**

Adere-se, assim, à opinião doutrinária de que, quando a CF/88 menciona “propriedade”, refere-se não apenas ao direito real de propriedade, mas a uma série de outras “propriedades”, cada qual com seu conteúdo específico. (grifo nosso)

Gostar-se-ia de acrescentar, ainda, como elemento de coesão textual da Constituição, que o *caput* do art. 5º já limita os temas dos seus incisos à “inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]”. Em havendo essa limitação, a Carta Magna não deixa margem para se entender de maneira diversa da que caracteriza direitos de autor como uma faceta do direito de propriedade.

Em uma análise do tema sob uma perspectiva constitucional, a conclusão acima, que é a adotada por este estudo, mostra-se de extrema relevância, isso porque as disposições da CF/88 relativas ao direito de propriedade também serão, igualmente, aplicáveis aos direitos autorais; ou, falando de uma maneira mais direta, vinculam-se os direitos autorais à ideia de função social da propriedade, prevista no inciso XXIII do art. 5º.

O tema desse dever social que a propriedade deve cumprir, como restrição ao outrora absoluto direito sobre seu uso, gozo e disposição, é polêmico o suficiente para se escrever um outro trabalho inteiramente dedicado a debatê-lo. Por uma questão de coerência

---

33 ÁVILA. Op. cit. pp. 50 e 51.

34 MIZUKAMI. Op. cit. pp. 423 e 424.

hermenêutica e metodológica com os pressupostos adotados no capítulo 4 desta monografia, e de maneira a simplificar uma discussão que extrapolaria exacerbadamente os limites deste estudo, adotar-se-á o entendimento de que a função social, enquanto restrição ao direito de propriedade, deve cingir-se a limitá-lo somente quando confrontado com direitos que ocupem a mesma hierarquia dentro do ordenamento jurídico.

Em outras palavras, tendo em vista tratar-se o direito de propriedade de um direito fundamental, qualquer restrição imposta a ele somente será válida se for decorrente de outro direito fundamental.

Nessa linha, os ensinamentos de José Afonso da Silva<sup>35</sup> apontam para o reconhecimento do direito à cultura como um direito social, pela interpretação conjunta do art. 6º com o art. 215, ambos da CF/88. A inclusão do direito à cultura nessa categoria advém, então, do seu abarcamento pelo direito à educação, esse, sim, previsto expressamente no rol de direitos sociais do art. 6º.

Dito isso, atente-se para algumas das disposições da Constituição a respeito do direito à cultura<sup>36</sup>:

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

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

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

I defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;

II **produção, promoção e difusão de bens culturais;**

III formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões;

IV **democratização do acesso aos bens de cultura;**

V valorização da diversidade étnica e regional.

**Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:**

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - **as criações científicas, artísticas e tecnológicas;**

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

35 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. pp. 316 e 317.

36 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitucao/constitucaoconsolidado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucaoconsolidado.htm)>. Acesso em: 30 nov. 2017.

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Dos dispositivos acima, pode-se concluir que o Estado tem dever positivo de garantir o acesso, a difusão e a livre manifestação da cultura, o que deverá ser feito mediante a implantação do Plano Nacional de Cultura, o qual, por sua vez, coloca a difusão de bens culturais e a democratização do acesso a eles como fins almejados. Além disso, o texto é expresso ao dispor que criações científicas, artísticas e tecnológicas – basicamente todo conteúdo protegido por direitos autorais ou de patente – integram o patrimônio cultural nacional.

Fala-se em dever positivo em razão da própria natureza dos direitos sociais como imposições de prestação ao Estado. Sob esse aspecto, há sensível diferença entre os direitos individuais e os direitos sociais. José Afonso da Silva<sup>37</sup>, entretanto, faz relevante apontamento a respeito do tema, ressaltando a interligação entre essas duas espécies de direitos fundamentais, a ver:

Assim, podemos dizer que os *direitos sociais*, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. **Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.**

O que é acentuado acima, a nosso sentir, é inclusive decorrência lógica da unicidade do ordenamento jurídico e de uma interpretação integrada do texto constitucional: em primeiro lugar, busca-se a coesão entre as garantias trazidas, sob pena de se direitos contraditórios e auto-excludentes, o que comprometeria a sua eficácia e a sua legitimidade; e, em segundo plano, tem-se que a finalidade dos direitos sociais, embora dependente, em tese, de uma prestação positiva, pode ser atingida mediante uma abstenção. Em especial, defende-se esse segundo ponto no que diz respeito à abstenção quanto à repressão do compartilhamento de informações, buscando atingir os fins de direitos sociais – à cultura, à educação etc.

Veja-se, ainda, que as garantias constitucionais relativas à cultura não são as únicas limitações aos direitos autorais previstos pela nossa Carta Política. Apenas a título de

---

37 Op. cit. pp. 288 e 289.



exemplo, Pedro Mizukami<sup>38</sup> aponta, também, como limitadores constitucionalmente previstos de direitos autorais, além do direito à cultura, o direito à educação, às liberdades de consciência e de crença, de manifestação do pensamento, de expressão e de informação, e aos princípios e objetivos estatais do desenvolvimento nacional e da justiça social, do fomento à preservação, produção, acesso e difusão de bens culturais, da livre iniciativa, livre concorrência e defesa do consumidor e da desconcentração dos meios de produção e difusão de informação.

Com isso, conclui-se, portanto, que os direitos autorais, sob uma perspectiva constitucional, enquanto direitos de propriedade intelectual, encontram limitações na própria Constituição Federal, as quais, por sua vez, podem se concretizar tanto mediante simples abstenção do Estado quanto por meio de sua intervenção ativa, positiva.

---

38 Op. cit. pp. 430 a 444.

## 6 DA LICENÇA COMPULSÓRIA

### 6.1 Conceito e modelo proposto pelo PL nº 3.313/2012

Conforme anteriormente descrito no presente estudo, a tutela dos direitos autorais no Brasil já nasceu defasada. Isso pode ser atribuído, em parte, à longa tramitação, de quase vinte anos, até a aprovação da Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98), em 1998 (período que se insere no começo da massificação do acesso à Internet no País), resultando em um diploma normativo pensado para tecnologias analógicas sendo aplicado em um mundo de tecnologias digitais<sup>39</sup>. Para além disso, especificamente no que diz respeito à licença compulsória, o assunto nunca esteve no centro das discussões nacionais sobre direitos autorais<sup>40</sup>, o que agrava o descompasso da legislação com o contexto fático por ela regulado. Com isso, parte da doutrina especializada tem entendido pela necessidade de uma reforma estrutural da LDA, não apenas para adequá-la às novas tecnologias, mas também para reequilibrar a tutela aos interesses público e privado<sup>41</sup> no modelo contemporâneo de sociedade.

De fato, mostra-se necessária uma mudança estrutural da Lei, uma vez que o advento da Internet e do modo digital de compartilhamento de informações não apenas facilitou enormemente o acesso a qualquer tipo de conhecimento, mas, em verdade, representou e tem representado verdadeira revolução na própria forma de se lidar com o acesso a e com a produção de informação, algo similar à mudança no modo de produção ocorrido nas duas primeiras fases da revolução industrial, nos séculos XVIII e XIX, na Europa. A título de exemplo, veja-se que, enquanto se pode vir a considerar, hoje, os direitos autorais como uma espécie de empecilho à livre difusão de conhecimento, em tempos de tecnologia analógica esse fato era mais difícil de se visualizar, visto que a massificação do acesso ao artigo informativo se dava de maneira muito mais lenta e dependia de diversos fatores que iam além da simples vontade individual de compartilhamento (aceitação de editoras, atuação da mídia impressa, eventual divulgação televisiva etc.).

É preciso, porém, que se faça um juízo crítico a respeito de quais as questões atingidas negativamente pelo atraso estrutural da legislação brasileira de direitos autorais e se,

---

39 WACHOWICZ, Marcos. **A revisão da Lei Autoral principais alterações**: debates e motivações. In: PIDCC, Aracaju (ISSN Eletrônico 2316-8080), Ano IV, Edição nº 08/2015, p. 542-562, fev. 2015. p. 543.

40 LEONARDI, Fernanda Stinchi Pascale. **Licenças Compulsórias e direitos autorais**. 2014. 255 p. Tese (Curso de Doutorado em Direito Civil)- Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 11.

41 WACHOWICZ. Op. cit. p. 544.

de fato, a restrição ao direito de propriedade mediante intervenção positiva do Estado, em observância ao interesse público, apresenta-se como uma prioritária e viável nesse contexto<sup>42</sup>.

De qualquer forma, o conceito de licença compulsória existente, atualmente, no direito nacional é o previsto pela Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.729/96), o qual se pretende estender, com as devidas adequações, aos direitos de autor. Trata-se, nesse sentido, da sujeição do titular de patente ao fornecimento de licença a terceiros interessados, mediante prévio requerimento, para a exploração do objeto da patente, nos casos em que o titular exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, ou ainda em hipóteses de emergência nacional, interesse público, não exploração do objeto no território brasileiro, não satisfação dos interesses do mercado, dentre outras hipóteses previstas expressamente nos arts. 68 e seguintes da LPI.

Fernanda Leonardi<sup>43</sup> divide as licenças compulsórias em obrigatórias ou legais, sendo a principal diferença entre as duas figuras a condição para a sua configuração. No caso das licenças obrigatórias, haveria a necessidade de uma autoridade competente, designada por lei, processar as requisições de licença (a iniciativa deve partir do interessado em explorar a obra), conceder a autorização de exploração e fixar a remuneração ao autor, desde que cumpridos os requisitos legais para essa concessão. Na licença legal, o mero preenchimento dos requisitos legais já serve de concessão automática dos direitos de exploração da obra “para um determinado tipo de uso e para um certo grupo”. Nesse último caso, a lei teria que dispor, também, sobre a autoridade responsável por fixar a remuneração do autor.

No modelo previsto pelo PL nº 3.313/2012, ter-se-iam tão somente as licenças compulsórias *obrigatórias*. O texto proposto é o seguinte<sup>44</sup>:

Art. 52-B. O Presidente da República poderá, mediante requerimento de interessado legitimado nos termos do § 3º conceder licença não voluntária e não exclusiva para tradução, reprodução, distribuição, edição e exposição de obras literárias, artísticas ou científicas, desde que a licença atenda necessariamente aos interesses da ciência, da cultura, da educação ou do direito fundamental de acesso à informação, nos seguintes casos:

I – Quando, já dada a obra ao conhecimento do público há mais de cinco anos, não estiver mais disponível para comercialização em quantidade suficiente para satisfazer as necessidades do público.

---

42 Por outro lado, em detalhado estudo em defesa da incorporação da licença compulsória para direitos autorais na legislação brasileira, defendendo que o novo instituto não limita o direito à propriedade intelectual, mas, em verdade, o reforça, ver: LEONARDI, Op. cit. pp. 11 a 15.

43 Op. cit. p. 185.

44 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.313/2012**. 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”.

II – Quando os titulares, ou algum deles, de forma abusiva, recusarem ou criarem obstáculos à exploração da obra, ou ainda exercerem de forma abusiva os direitos sobre ela;

III – Quando não for possível obter a autorização para a exploração de obra que presumivelmente não tenha ingressado em domínio público, pela impossibilidade de se identificar ou localizar o seu autor ou titular; ou

IV – Quando o autor ou titular do direito de reprodução, de forma abusiva, recusar ou criar obstáculos ao licenciamento previsto no art. 88-A;

V - Para a colocação à disposição do público, com finalidade comercial, de obras para uso de pessoas portadoras de deficiência, sempre que a deficiência implicar, para o gozo da obra por aquelas pessoas, necessidade de utilização mediante qualquer processo específico ou ainda de alguma adaptação da obra protegida, desde que a obra já não esteja disponível em formato acessível idêntico ou equivalente.

§1º No caso das artes visuais, aplicam-se unicamente as hipóteses previstas nos incisos II e III.

§2º Todas as hipóteses de licenças não voluntárias previstas neste artigo estarão sujeitas ao pagamento de remuneração ao autor ou titular da obra, arbitrada pelo Poder Público em procedimento regular que atenda os imperativos do devido processo legal, na forma do regulamento, e segundo termos e condições que assegurem adequadamente os interesses morais e patrimoniais que esta Lei tutela, ponderando-se o interesse público em questão.

§3º A licença de que trata este artigo só poderá ser requerida por pessoa com legítimo interesse e que tenha capacidade técnica e econômica para realizar a exploração eficiente da obra, que deverá destinar-se ao mercado interno.

§4º Sempre que o titular dos direitos possa ser determinado, o requerente deverá comprovar que solicitou previamente ao titular a licença voluntária para exploração da obra, mas que esta lhe foi recusada ou lhe foram criados obstáculos para sua obtenção, de forma abusiva, especialmente quando o preço da retribuição não tenha observado os usos e costumes do mercado.

§5º Salvo por razões legítimas, assim reconhecidas por ato do Ministério da Cultura, o licenciado deverá obedecer ao prazo para início da exploração da obra, a ser definido na concessão da licença, sob pena de caducidade da licença obtida.

§6º O licenciado ficará investido de todos os poderes para agir em defesa da obra.

§7º Fica vedada a concessão da licença nos casos em que houver conflito com o exercício dos direitos morais do autor.

§8º As disposições deste capítulo não se aplicam a programas de computador.

Destacam-se alguns aspectos do projeto. O primeiro deles é a competência privativa ao Presidente da República para conceder a licença (o que nos levou a caracterizá-la como uma licença obrigatória). A restrição da competência à presidência da República, aliada a outro aspecto relevante do texto – qual seja, a ausência de previsão de um procedimento –, confere ao PL, a nosso sentir, um aspecto autoritário que não se coaduna com o regime jurídico-constitucional adotado (em tese) no Brasil. Ora, lembre-se que se está aqui a tratar-se da relativização de um direito fundamental. Conforme já defendido anteriormente, não se

pode falar em direito absoluto; é necessário, entretanto, que a ordem constitucional e a hierarquia normativa sejam respeitadas.

No caso, a ausência de previsão legislativa expressa do procedimento a ser adotado e a conferência de discricionariedade ao Presidente da República para dispor de um direito individual consistem em sérias ofensas ao devido processo legal, sujeitando o autor a arbitrariedades das mais diversas, visto que a única restrição à discricionariedade da autoridade competente são os pré-requisitos estabelecidos pela lei – os quais são, a seu turno, absurdamente genéricos.

Os incisos II e IV, por exemplo, são aplicáveis a praticamente qualquer hipótese em que a autoridade competente tenha algum interesse na concessão da licença. Os demais incisos – I, III e V –, a seu turno, embora ligeiramente mais específicos, deixam lacunas que abrem margem a interpretações extremamente variadas e incertas: quanto seria “quantidade suficiente para satisfazer as necessidades do público”? Como se poderia aferir isso? A quem caberia verificar esse dado? O que seria uma presunção de não pertencer a domínio público? Na impossibilidade de identificação do autor, basta que a obra não esteja assinada? Ou seria precisa a divulgação em meios de mídia de grande circulação, ou mesmo que o presumível autor fosse declarado ausente? Quanto ao requisito do requerente da licença, no parágrafo 3º, o que se pode definir como “legítimo interesse”? O mero interesse de exploração econômica já é legítimo o suficiente?

Todos esses questionamentos, assim como muitos outros que poderiam ser feitos, põem em questão o modelo sugerido pelo projeto de lei.

Em segundo lugar, vê-se que, embora a busca pelo atendimento do interesse público seja um dos alicerces em que se fundamenta a norma, os direitos de exploração concedidas pela licença têm, em geral, um caráter eminentemente econômico. A licença objetiva autorizar o licenciado a colocar a obra a disposição do público com fins comerciais. Esse fator é interessante, pois mostra que o projeto não se baseia tão somente na defesa a direitos culturais, não negando o óbvio impulso econômico que deve ser medido na implantação de políticas envolvendo direitos autorais – aliás, nas que envolvam qualquer tipo de propriedade –, e é importante por delimitar a abrangência da licença, preservando a exclusividade dos direitos morais ao autor. Esse aparenta ser um dos pontos mais positivos trazidos nessa proposta.

O terceiro destaque é a constatação de que a licença compulsória atinge não apenas o direito de reprodução, como ocorre no caso de compartilhamento *online* não autorizado de conteúdo sujeito a direitos autorais, mas também o direito de publicação. Nesse

sentido, a licença compulsória mostra-se mais agressiva quanto à limitação ao direito do autor, em relação ao mero compartilhamento não autorizado. Embora se possa dizer que ela se revista de um certo respaldo institucional, é de se questionar sobre a legitimidade de se publicar conteúdo atribuível a um autor sem que ele tenha o interesse de publicá-lo (haja vista que o simples desinteresse de publicar a obra já pode ser interpretado como exercício abusivo de direitos autorais).

Por fim, importante notar que não há qualquer menção ao que seria uma remuneração justa nem qual seria o método procedimental de se lhe obter. A citação genérica do devido processo legal não se mostra suficiente para evitar arbitrariedades nesse sentido, inclusive porque o texto dá a entender que o procedimento deve ser regulamentado por normas infra legais, o que torna a sua legitimidade questionável.

É essa, em suma, a análise do projeto de incorporação do instituto no Brasil. Perquirir-se-á a seguir quanto à sua compatibilidade com a ordem jurídico-constitucional brasileira.

## **6.2 Compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio**

Em princípio e em abstrato, entende-se pela inexistência de óbices de índole jurídico-constitucional para a incorporação do licenciamento compulsório de conteúdo regido por direitos autorais no Brasil. Existe respaldo constitucional para a relativização do direito de propriedade, conforme anteriormente exposto. Além disso, há previsões de restrições ainda mais severas ao direito de propriedade em decorrência de conflito entre interesses público e privado, a exemplo de desapropriações e da própria previsão do licenciamento compulsório em caso envolvendo patentes.

Ainda assim, mostra-se prudente impor algumas restrições à implantação do instituto.

Primeiramente, é de se ressaltar ser, no mínimo, inadequada a forma como é previsto o instituto no PL nº 3.313/2012. Conforme já se demonstrou no tópico anterior, falta-lhe a previsão de métodos procedimentais e uma definição mais exata e restrita das hipóteses de cabimento, sob pena de se abrir margem para a instauração de arbitrariedades desmedidas.

Esse fato, no entanto, seria de possível resolução, visto que uma tramitação legislativa adequada e discussões produtivas sobre o tema poderiam vir a germinar um modelo viável e mais condizente com os princípios do Estado brasileiro.

A conclusão que se tira deste trabalho, nesse contexto, é a de que, ainda assim, mesmo com uma possível melhora na forma como está previsto o instituto no projeto de lei sob análise, a introdução do licenciamento compulsório de direitos autorais não seria nem conveniente, nem adequada, muito embora juridicamente viável.

Diz-se juridicamente viável porque o ordenamento não permite ao intérprete perceber uma vedação clara à previsão legislativa do instituto. Entretanto, com base na realidade fática e nos ensinamentos de Hesse, adotados neste trabalho como modelo de correlação entre Constituição jurídica e política, conclui-se que a licença compulsória apresenta-se como uma solução absolutamente inadequada para a questão da crise dos direitos autorais causadas pela contemporaneidade, tanto por ser demasiadamente limitadora do direito de propriedade intelectual (veja-se que se torna possível a hipótese de se publicar obras sem o consentimento do autor) quanto por não resolver o problema da inviabilidade de controle estatal do compartilhamento de documentos virtuais.

O licenciamento compulsório, portanto, apresentado por seus defensores como um sopro de modernidade em um sistema defasado, mostra-se, em verdade, como uma solução anacrônica, tão ultrapassada quanto o que se pretende modernizar; possivelmente, seria aplicável de maneira satisfatória em um mundo ainda voltado para tecnologias analógicas. Na atualidade, está fadada ao mesmo fracasso obtido nas reiteradas tentativas, a nível global, de se combater o compartilhamento irrestrito de dados por meio de controle estatal.

Estar-se-ia, dessa forma, a interpretar a Constituição de maneira totalmente dissociada do seu contexto histórico, ocasionando descrença e desrespeito nas suas disposições a esse tocante. Perder-se-ia, assim, a eficácia e a legitimidade das previsões constitucionais sobre direitos autorais, esvaziando-as de sentido e colocando em risco a força normativa da Carta Magna.

## 7 DA SOLUÇÃO PROPOSTA

O que se defende aqui é uma completa reestruturação dos direitos autorais. Adequação à nova realidade de economia compartilhada.

Veja-se que os direitos autorais, na forma como ainda são dispostos na maioria dos países, inclusive do Brasil, tem como base teórica um tratado internacional que foi firmado há mais de cento e trinta anos (Convenção de Berna, de 1886). É evidente que uma mudança nas suas bases se faz mais que urgente; e não são poucos os casos que demonstram isso.

Parece ter se tornado senso comum o entendimento de que o combate à “pirataria” virtual é uma guerra perdida<sup>45</sup>. A rede é difusa e o compartilhamento se dá em interconecções de escala mundial. O mais conhecido portal virtual que disponibiliza conteúdo protegido por direitos de autor, no formato BitTorrent – chamado *ThePirateBay* –, nascido na Suécia, tem sido alvo de constantes tentativas policiais e judiciais de ser derrubado desde a sua criação, em 2003. Aparte algumas poucas ocasiões em que se conseguiu que o portal saísse do ar, ele continua funcionando, firme e forte, militando mundialmente pela causa da democratização do acesso à cultura.

Inicialmente, é preciso que as indústrias compreendam e se adequem a esse novo modelo de produção. Não se está a afirmar que se trata de tarefa simples, mas a inovação é uma exigência constante do mercado, especialmente em momentos de transição, e, por maior o *lobby* que os poderosos grupos que controlam as indústrias façam contra o seu progresso (aqui não se restringe ao caso dos direitos autorais, mas de qualquer indústria que passe por uma grande transição), o máximo que se consegue fazer é adiar a sua chegada – e a experiência histórica tem mostrado isso.

Caso emblemático e amplamente lembrado de fracasso de uma gigante industrial em razão da pretensão de retardar o avanço de inovações que ameaçassem o seu negócio é o da Kodak<sup>46</sup>. Primeira inventora da máquina fotográfica digital, em 1975, engavetou o projeto por obter maior parte do seu faturamento da venda de papel de fotos e de produtos químicos para revelá-las. Com a inevitável chegada da tecnologia digital às suas concorrentes, os

---

45 INTERNET Pirates Will Always Win. **NY Times**, 04 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2012/08/05/sunday-review/internet-pirates-will-always-win.html>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

46 KODAK: como a era digital se voltou contra um de seus criadores. **Terra**, 21 jan. 2012. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/tecnologia/negocios-e-ti/kodak-como-a-era-digital-se-voltou-contra-um-de-seus-criadores,19382feb711ea310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>>. Acesso em: 30 nov. 2017.



prejuízos bilionários a levaram a um processo de falência em andamento até hoje e frequentemente estudado mundo afora.

No sentido contrário, e em indústria diretamente relacionada com a matéria deste trabalho, a banda de *indie rock* Arctic Monkeys, formada em 2003 no interior da Inglaterra, teve suas primeiras gravações disponibilizadas na Internet por pessoas que as compraram. Ao incentivarem o movimento, em vez de reprimi-lo, tornaram-se um fenômeno na rede antes de sequer lançarem o seu primeiro álbum. Quando, finalmente, lançaram seu álbum de estreia – *Whatever People Say I Am, That's What I'm Not* –, ele se tornou o disco com a maior vendagem da história do Reino Unido – estima-se que tenham sido vendidos 120 mil discos apenas no primeiro dia de vendas, mais de 360 mil na primeira semana.

Casos marcantes de fracassos no combate ao compartilhamento não autorizado de conteúdo *online* também são frequentes. Em se tratando da indústria da música, desde a popularização do *Napster*<sup>47</sup>, comunidade virtual de compartilhamento de músicas, no final dos anos 1990, o insucesso no combate institucional à “pirataria” pela indústria tem sido uma constante. Em pouco tempo o precursor foi tirado do ar, mas não custaram a surgir sucessores em progressão geométrica – *Kazaa*, *Limewire*, *Emule*, *Ares* etc. –, tornando a batalha virtualmente invencível para as gravadoras.

A indústria de séries e filmes também foi e é alvo recorrente de *downloads* não autorizados. Meios dos mais conhecidos para tanto são o próprio *ThePirateBay*, já mencionado anteriormente, e o *Megaupload*, que, assim como o *Napster*, travou uma intensa batalha judicial com a indústria<sup>48</sup>, o que em nada reduziu os índices de “pirataria” virtual.

Ambas as indústrias acima mencionadas possuem, ainda, um desfecho comum: a considerável queda nos índices de consumo marginal nos últimos anos. O que é de se notar, entretanto, é que essa redução no consumo ilegal se deu não por meio de dura intervenção estatal, mas sim pela remodelagem das próprias indústrias, protagonizadas pelos serviços de *streaming*: *Spotify*, na indústria da música, e *Netflix*, na de séries e filmes<sup>49</sup>. Essa há de ser a tendência buscada em todos os outros setores protegidos pro direitos autorais..

O que de melhor o Direito pode fazer nesse contexto, portanto, abster-se, no sentido de manter-se neutro no que tange ao combate à reprodução de obras cuja autoria não

---

47 NAPSTER: the day the music was set free. **The Guardian**, 24 fev. 2013. Disponível em:

<<https://www.theguardian.com/music/2013/feb/24/napster-music-free-file-sharing>>. Acesso em: 24 fev. 2013.

48MEGAUPLOAD file-sharing site shut down. **BBC**, 08 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/technology-16642369>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

49 INTERNET piracy falls to record lows amid rise of Spotify and Netflix. **Telegraph**, 05 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.telegraph.co.uk/technology/2016/07/04/internet-piracy-falls-to-record-lows-amid-rise-of-spotify-and-ne/>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

pertence ao reprodutor; em não o fazendo, a intervenção institucional tende a continuar a ser inócua como tem sido, gerando dispêndios desnecessários para o erário, obtendo como resultado, tão somente, a proteção de interesses de gigantes industriais que se recusam a procurar introduzir-se nos novos modelos negociais mediante inovação e, em última instância, elitizar o acesso à informação e à cultura, que vem se democratizando nos últimos anos.

## 8 CONCLUSÕES

Por tudo que se expôs, conclui-se que o ordenamento jurídico brasileiro admite, mediante uma interpretação constitucional, restrições aos direitos autorais, entendidos como espécie de direito de propriedade intelectual. Essas restrições abarcariam, em tese, o conceito de licença compulsória; a sua incorporação, entretanto, mostra-se desnecessária e inadequada, incapaz de solucionar os problemas apontados pelos defensores da sua previsão – em especial o da democratização do acesso à cultura.

Chega-se, ainda, à conclusão de que o modelo proposto pelo PL nº 3.313/2012 apresenta-se particularmente inadequado, conferindo à autoridade competente – o Presidente da República – poder demasiadamente arbitrário, com poucas restrições, insuficientes determinações procedimentais e excessiva subjetividade nos seus pré-requisitos.

Ainda assim, infere-se que o projeto de lei desenvolve importantíssimo papel no contexto sócio-político nacional, haja vista a urgente necessidade de se rediscutir o ultrapassado regime de direitos autorais ainda vigente.

Por fim, conclui-se pela progressiva adequação das indústrias aos novos modelos de produção gerados pela sociedade informacional, independentemente de intervenção institucional para tanto, utilizando-se os *cases Spotify e Netflix* como modelos, cabendo ao Direito, nesse contexto, abster-se da vã tentativa de evitar a inevitável democratização dos meios informacionais, sob pena de ocasionar dispêndios desnecessários e de se atrasar processo que deveria ser, em verdade, alavancado.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

“Existem máfias mundiais...”. **IstoÉ**, 23 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.istoedinheiro.com.br/existem-mafias-mundiais-que-trabalham-na-dark-web-e-financiam-criacao-de-ataques-virtuais-diz-marco-demello-ceo-da-psafe/>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

10 momentos marcantes da história do The Pirate Bay. **Exame**, 10 dez. 2014. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/tecnologia/9-momentos-marcantes-da-historia-do-the-pirate-bay>. Acesso em: 30 nov. 2017.

AN Anonymous group just took down a fifth of the dark web. **The Verge**, 03 fev. 2017. Disponível em: <<https://www.theverge.com/2017/2/3/14497992/freedom-hosting-ii-hacked-anonymous-dark-web-tor>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. 237 p.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.313/2012**. 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”.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm/)>. Acesso em: 30 nov. 2017.

BRASIL. **Decreto Nº 592, de 6 de julho de 1992**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)>. Acesso em: 30 nov. 2017.

BRASIL é o 4º país com mais internautas, mas desigualdade da rede é um problema. **Terra**, 05 out. 2017. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/tecnologia/canaltech/brasil-e-o-4-pais-com-mais-internautas-mas-desigualdade-da-rede-e-um-problema,6400c8ba3a9730a3d411067a008e38b04o9v51gg.html>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

BRASIL é 5º país em download ilegal de músicas. **BBC**, Brasília, 02 set. 2012. Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/09/120918\\_pirataria\\_musica\\_cc.shtml](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/09/120918_pirataria_musica_cc.shtml)>. Acesso em: 30 nov. 2017.

BRASIL é o segundo país com mais downloads em ranking de pirataria. **Exame**, 19 fev. 2015. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/tecnologia/brasil-e-o-segundo-pais-com-mais-downloads-em-ranking-de-pirataria/>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

CASTANHO, Maria Augusta F. S. **Internet como instrumento de revitalização da representação política**. In Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico (ISSN 2175-9391), nº 6, p. 200-215, 2012.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005. 698 p. v. I.

DEEP WEB: o que é e como funciona. **G1**, 4 fev. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/blog/seguranca-digital/post/deep-web-o-que-e-e-como-funciona-g1-explica.html>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

FREIRE, Ana Carolina Oliveira et. al. **A cultura livre e o compartilhamento de obras científicas na internet**. Belo Horizonte: [s.n.]. 2013.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. 34 p.

INTERNET piracy falls to record lows amid rise of Spotify and Netflix. **Telegraph**, 05 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.telegraph.co.uk/technology/2016/07/04/internet-piracy-falls-to-record-lows-amid-rise-of-spotify-and-ne/>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

INTERNET Pirates Will Always Win. **NY Times**, 04 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2012/08/05/sunday-review/internet-pirates-will-always-win.html>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

KODAK: como a era digital se voltou contra um de seus criadores. **Terra**, 21 jan. 2012. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/tecnologia/negocios-e-ti/kodak-como-a-era-digital-se-voltou-contra-um-de-seus-criadores,19382feb711ea310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?**. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933. 66 p. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/constituicao.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2017. 66 p.

LEONARDI, Fernanda Stinchi Pascale. **Licenças Compulsórias e direitos autorais**. 2014. 255 p. Tese (Curso de Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. 255 p.

MEGAUPLOAD file-sharing site shut down. **BBC**, 08 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/technology-16642369>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

NAPSTER: the day the music was set free. **The Guardian**, 24 fev. 2013. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/music/2013/feb/24/napster-music-free-file-sharing>>. Acesso em: 24 fev. 2013.

NEVES, Marcelo. **Entre hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. 270 p.

NICOLETTI MIZUKAMI, Pedro. **Função social da propriedade intelectual: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88**. 2007. 537 p. Dissertação (Mestrado em Direito)- Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2007. 537 p.

PF combate crime de pornografia infantil na Deep Web. **Polícia Federal**, Porto Alegre, 22 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/agencia/noticias/2016/11/pf-combate-crime-de-pornografia-infantil-na-deep-web>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. 928 p.

VELOSO, Caetano. Você não entende nada. In: BUARQUE, Chico; VELOSO, Caetano. **Caetano e Chico juntos e ao vivo**. Rio de Janeiro: Poygram, 1988. 1 CD. Faixa 7.

WACHOWICZ, Marcos. **A revisão da Lei Autoral principais alterações**: debates e motivações. In PIDCC, Aracaju (ISSN Eletrônico 2316-8080), Ano IV, Edição nº 08/2015, p. 542-562, fev. 2015.