

A REGRA DA PROPORCIONALIDADE APLICADA À PROPRIEDADE INTELECTUAL: UMA PONDERAÇÃO DE INTERESSES FUNDAMENTAIS.

Gustavo Muniz da Silva*

Sumário: Resumo; Abstract; 1. Introdução; 2. A pirataria e sua definição; 2.1 Uma perspectiva da ciência geográfica empregada por Fábio Tozi; 2.2 Definindo juridicamente; 3. Tratamento constitucional da propriedade intelectual no Brasil: interesses contrários; 3.1 Interesses relativos à proteção da propriedade intelectual; 3.2 Interesses relativos à limitação da propriedade intelectual; 3.2.1 Interesses existenciais e sociais; 3.2.2 Interesses econômicos; 4. Pressupostos teóricos para verificação da constitucionalidade da tutela jurídica da propriedade intelectual; 4.1 Supremacia da constituição; 4.2 Interpretação conforme a constituição; 4.3 A regra da proporcionalidade; 5. Ponderação dos interesses contrapostos; 5.1 Adequação; 5.2 Necessidade; 5.3 Proporcionalidade em sentido estrito; 5.3 Proporcionalidade em sentido estrito; 6. Conclusão; 7. Referências.

RESUMO

No presente trabalho pretende-se realizar uma análise constitucional da violação da propriedade intelectual, popularmente denominada pirataria. A investigação, pautada na supremacia da constituição e na sua efetividade, iniciar-se-á com a definição do conceito geográfico de pirataria, partindo-se em seguida para a sua definição jurídica. Ultrapassadas as definições terminológicas, será identificada a legislação infraconstitucional sobre o tema. Em seguida serão localizados os interesses constitucionais favoráveis à proteção da propriedade intelectual e os contrários à sua superproteção. Uma vez definido o tratamento jurídico da pirataria, será analisada a constitucionalidade da sua repressão realizando-se uma ponderação de interesses por meio da regra da proporcionalidade. Seguindo-se o critério de ROBERT ALEXY, será verificada, inicialmente, a adequação das medidas legais protetivas da propriedade intelectual, isto é, se os fins perseguidos pelo Estado são legítimos e se os meios adotados são aptos para a promoção dos fins pretendidos pela medida estatal sob investigação. Na segunda etapa será realizada a análise preconizada pela sub-regra da necessidade, ou seja, se dentre as múltiplas medidas possíveis para a consecução de uma determinada finalidade, o Estado optou pela que causa menos restrições a direitos. E por fim, será realizada a análise da proporcionalidade em sentido estrito, que busca revelar se a medida protege ma

* Advogado graduado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Residente Jurídico da PGE – RJ e Pós-graduando em direito público pela Universidade Cândido Mendes.

direitos que viola. Desta forma, pretende-se alcançar um juízo de constitucionalidade em relação à repressão estatal à pirataria e ao atual modelo de proteção à propriedade intelectual.

Palavras-chave: Constitucional. Pirataria. Ponderação de interesses. Propriedade Intelectual. Constituição.

ABSTRACT

The present study intends to perform a constitutional analysis on the violation of intellectual property, popularly referred to as piracy (*pirataria*). This research, based on the Constitution's supremacy and its effectiveness, begins with the definition of piracy as a geographic concept, followed by its juridical definition. Once those definitions are established, we will identify the infra-constitutional legislation regarding this subject, focusing on its penal processing. The constitutional interests favorable to the protection of intellectual property and those against its overprotection will be determined next. Once established the penal processing of piracy, we will analyze the constitutionality of its repression by performing a balance of interests, applying the proportionality rule. We will verify, employing Robert Alexy's criteria, the suitability of the legal measures that protect the intellectual property, namely if the purposes persecuted by the State are legitimate and if the means to do so are appropriate for the promotion of the purposes intended by the legal measures under investigation. In the second stage of this study, we will perform an analysis as advocated by Alexy's sub-rule of necessity, namely if the State, among multiple possible courses of action for the attainment of a particular purpose, opted for the one that provokes fewer rights restrictions. Ultimately, we will perform an analysis of the proportionality in the narrower sense, which seeks to disclose if this legal measure protects more rights than violates them. Thereby, we mean to achieve a constitutional judgement regarding the State repression of piracy.

Keywords: Constitutional. Piracy. Balance of interests. Intellectual property. Constitution.

1. Introdução

Vivemos o auge da sociedade de consumo.¹ Esse fenômeno comportamental é fruto de uma uniformização cultural, cuja caracterização está diretamente relacionada com a capacidade produtiva industrial localizada nesses Estados, e possui como instrumento fundamental para a sua formação a publicidade².

¹ Na precisa síntese de Bauman: “A “sociedade de consumidores”, em outras palavras, representa o tipo de sociedade que promove, encoraja ou reforça a escolha de um estilo de vida e uma estratégia existencial consumistas, e rejeita todas as opções culturais alternativas” (BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*; tradução Carlos Alberto Medeiros. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar ED., 2008. Pág. 71.)

² MUNIZ, Eloá. *Publicidade e sociedade de consumo*. Pág. 1. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/alcar/encontros-nacionais-1/6o-encontro-20081/Publicidade%20e%20sociedade%20de%20consumo.pdf>. Acessado em dezembro de 2014.

Certo é que grande parte da população mundial e aí, inclua-se a maioria dos brasileiros, não possui condições financeiras de ter acesso a todos os bens que a publicidade a estimula a comprar.³

Uma das consequências da consolidação da sociedade de consumo, de forma adaptativa, é a pirataria.⁴

Milhões de trabalhadores brasileiros sustentam suas famílias por meio da contrafação e outros milhões podem ter acesso a bens de consumo graças a esse comércio subterrâneo. Seria constitucional a repressão estatal ao acesso a bens de consumo, sobretudo àqueles ligados diretamente à educação e cultura?

Neste sentido, em face dos importantes passos efetuados em direção à garantia de direitos individuais e sociais no texto constitucional e do reconhecimento de sua efetividade e superioridade em relação às normas jurídicas infraconstitucionais⁵, proponho-me a analisar constitucionalmente o atual modelo jurídico de tutela da propriedade intelectual.

2. A pirataria⁶ e sua definição

2.1 Uma perspectiva da ciência geográfica empregada por Fábio Tozi⁷

O significado do vocábulo “pirataria” transformou-se ao longo dos últimos séculos, assim como as atividades que o termo buscou classificar.

Dos saques realizados no passado por bucaneiros no mar caribenho ao simples uso de uma antena parabólica em desconformidade com a lei estadunidense, na mesma região, nos anos 1980, ambas atividades receberam *status* de atividade criminosa e foram denominadas pirataria.⁸

O marco transicional dessa classificação, segundo TOZI, seria o desenvolvimento dos elementos técnicos e normativos caracterizadores do período da globalização, que se deu em consonância com a formação do capitalismo

³ Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 75,2 % dos brasileiros possuíam dificuldades financeiras em 2009. Disponível em <http://www.sidra.ibge.gov.br/bda/orcfam/default.asp?t=3&z=t&o=23&u1=1&u2=1&u3=1&u4=1&u5=1&u6=1>. Acessado em 21/01/2015.

⁴ Neste sentido, Fábio Tozi: “Assim, como a multiplicação cotidiana de objetos e de desejos é maior que o poder de aquisição de cada um, o endividamento e a pirataria, entre outros aparecem como formas de satisfação dessas necessidades”. (TOZI, Fábio. *O território, a técnica e seus usos: a pirataria nos contextos presentes*. São Paulo: USP, 2010. Pág. 4)

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010. Pág. 225.

⁶ Richard Stallman, criador da Fundação do Software Livre problematiza a utilização da expressão: “A relação é direta: piratas atacam navios para adquirir propriedade. Mas o que isso tem a ver com programas de computador ou com arte? Talvez você esteja repetindo a propaganda das corporações que querem punir as pessoas por compartilhar cópias. Elas chamam estas pessoas que compartilham de “piratas” como uma maneira de denegri-los. O objetivo destas corporações é mau: compartilhar é bom, então atacar o compartilhamento é ruim. O compartilhamento deveria ser legalizado” (BELISÁRIO, Adriano. *Entrevista com Richard Stallman*. BELISÁRIO, Adriano; TARIN, Bruno (organizadores). *Copyfight: Pirataria & Cultura Livre* };, Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2014. P. 69)

⁷ TOZI, Fábio. *O território, a técnica e seus usos: a pirataria nos contextos presentes*. São Paulo: USP, 2010.

⁸ BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à Propriedade Intelectual*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. P. 133.

industrial, desde a sua gênese até o seu estabelecimento como modelo de produção dominante no planeta.

A produção pirata no Brasil, assim, para TOZI, seria uma expressão de novos usos do território reconhecidos na utilização de conhecimentos e técnicas não alinhadas aos interesses dos agentes hegemônicos no processo de globalização. Portanto, uma manifestação do que MILTON SANTOS denominou de “flexibilidade tropical”.⁹ Fruto da metamorfose do trabalho dos pobres nas grandes cidades, a “flexibilidade tropical” pode ser compreendida como uma variedade de ofícios, exercendo múltiplas combinações entre si em movimento permanente, dotadas de grande capacidade de adaptação, e suportadas por seu meio geográfico.¹⁰

2.2 Definindo juridicamente

Juridicamente, a pirataria deve ser entendida como a violação à propriedade intelectual.

A Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), órgão autônomo da Organização das Nações Unidas (ONU), constituído em 1967, define como propriedade intelectual basicamente como a soma dos direitos relativos à propriedade industrial, direitos autorais e concorrência desleal. (artigo 2º, VIII, da Convenção que institui a OMPI).¹¹

3. Tratamento constitucional da propriedade intelectual no Brasil: interesses contrários

A Constituição Federal de 1988 faz jus à perífrase de “constituição cidadã”, pois é fruto de intenso debate democrático do qual puderam participar representantes das diferentes gradações do espectro político brasileiro.¹²

O resultado desta construção pluralista foi a não prevalência de nenhuma ideologia no bloco constitucional, mas sim, a tentativa de compatibilização dos diversos interesses políticos presentes à época de sua promulgação.¹³

Por esta característica conciliadora, a nossa Carta Magna atual é definida pela teoria constitucional como uma “constituição compromissória”.¹⁴

Com efeito, o caráter compromissório da Carta Cidadã pode ser verificado no debate sobre a tutela constitucional da propriedade intelectual,

⁹ OP. CIT. P.9.

¹⁰ SANTOS, Milton. *A Natureza do Espaço. Técnica e Tempo. Razão e Emoção*. São Paulo: HUCITEC, 1996. P. 259 – 260.

¹¹ A OMPI representa a junção de dois grandes sistemas internacionais de normas sobre propriedade intelectual. A União de Paris, criada pela convenção de Paris em 20 de março de 1883, com o objetivo de proteção da propriedade industrial. E a União de Berna, criada pela convenção de Berna de 09 de setembro de 1883, com o fito de tutelar obras literárias e artísticas. (Artigo 4º, II, da Convenção que institui a OMPI)

¹² SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Direito Constitucional: teoria, história e método de trabalho*. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2012. P. 229

¹³ AGRA, W.M.; BONAVIDES, P.; MIRANDA, Jorge. *Comentários à Constituição de 1988*. E. 1. Editora Forense: 2009. P. 35

¹⁴ SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Direito Constitucional: teoria, história e método de trabalho*. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2012. P. 56.

que é composto, basicamente, por dois conjuntos de argumentos contrapostos: o dos que se baseiam em interesses fundamentais constitucionais que visam à limitação dos direitos patrimoniais de autor; e o dos relativos à limitação aos direitos patrimoniais intelectuais.¹⁵

Portanto, faz-se necessário aqui explicitá-los.

3.1 Interesses relativos à proteção da propriedade intelectual

Podemos, de pronto, apontar as previsões literais de proteção aos direitos de autor expressas no artigo 5º da Constituição Federal.

Inicialmente o “direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”, previsto no inciso XXVII.

Em seguida, no inciso XXVIII, a Lei Maior assegura aos autores “a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas”.

Por último, no inciso XXIX,¹⁶ a previsão expressa de proteção às invenções industriais.

Para os que compreendem a proteção da propriedade intelectual como um estímulo ao autor para criação de suas obras, o artigo 215, §3º, II, pode representar um interesse constitucional na ampliação da tutela dos direitos autorais¹⁷. O referido dispositivo constitucional determina que o Estado assegure a produção, promoção e difusão de bens culturais, sendo tal disposição reforçada nos dois artigos que o seguem (216 e 216-A).

Todos esses dispositivos devem ser pensados à luz artigo 5º, inciso XXII¹⁸, da constituição que consagra o direito fundamental à propriedade cuja proteção se submete ao cumprimento de sua função social, conforme inciso XXIII¹⁹ do mesmo artigo.

¹⁵ Na síntese de BARBOSA: “Assim a tensão constitucional máxima em matéria de propriedade intelectual existe entre a liberdade constitucional básica da livre cópia e o direito constitucional de exclusividade sobre as criações intelectuais.” BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à Propriedade Intelectual*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. P.17.

¹⁶ Art. 5º, XXIX, da CF – “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;”

¹⁷ “Outro fato, facilmente detectável no caso de audiovisuais e músicas, é que, sob a ótica capitalista, a remuneração de todos os envolvidos em providenciar ao consumidor os DVDs e os CDs só pode advir do modelo de negócios que aí está – com a disseminação da “pirataria”, não há qualquer incentivo aos criadores das obras do espírito humano – nem todos têm estrutura para viver de turnês e shows, por exemplo.” (ALMEIDA, Welder Oliveira de. Questões candentes acerca da “pirataria”. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 41, maio 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1891>. Acesso em nov 2014.)

¹⁸ Art. 5º, XXII, da CF – “é garantido o direito de propriedade”

¹⁹ Art. 5º, XXIII, da CF – “a propriedade atenderá a sua função social;”

Trazemos aqui a lição de GUSTAVO TEPEDINO de que, à luz da Constituição Federal, a propriedade é um direito ao qual não é permitido uma atribuição plena de poder e cujos limites são definidos externamente de forma negativa, de maneira que o seu exercício apenas é livre até uma certa demarcação. Neste sentido, o conteúdo do direito de propriedade, segundo TEPEDINO, é determinado por interesses extraproprietários que serão regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade, respeitando-se os demais interesses constitucionais.²⁰

Portanto, aqui, encontramos uma limitação ao direito de propriedade inserida na previsão constitucional de sua proteção, que traduz a impossibilidade de se pensar este direito, inclusive na sua modalidade imaterial, de forma absoluta.

À luz da definição de GUSTAVO TEPEDINO, a função social é uma condição inerente ao direito de propriedade, um elemento, previsto pelo constituinte originário, de condicionamento à tutela deste direito. Portanto, ela exerce uma limitação interna à proteção da propriedade.

Diferentemente, os interesses que a seguir serão expostos deflagram uma limitação externa a este instituto, pois oriundos de outros direitos cuja tutela é conflitante com a proteção da propriedade intelectual.²¹

3.2 Interesses relativos à limitação da propriedade intelectual

Dentre os argumentos favoráveis à limitação da propriedade intelectual, podem ser identificadas duas modalidades. A primeira, mais afeta à dimensão existencial, demonstra preocupação com o acesso à cultura e informação e, indiretamente, igualdade, democracia, cidadania e, dignidade da pessoa humana. A segunda relaciona-se à dimensão econômica, cuidando da livre concorrência e direito do consumidor.

3.2.1 Interesses existenciais e sociais

A Constituição é clara em seu artigo 6º ao estabelecer a educação como direito social.²²

Aqui, entendem os partidários da limitação da propriedade intelectual que o monopólio da exploração comercial de uma obra representa uma barreira econômica e legal ao seu acesso e, por conseguinte, um empecilho ao amplo acesso às obras acadêmicas, livros didáticos, e toda sorte de material publicado que possa ser instrumento de acesso à educação.

²⁰ (TEPEDINO, Gustavo. “Contornos Constitucionais da Propriedade Privada” in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro : Renovar, 2008, p. 337.)

²¹ GOMES, Juliana C. A. *Ponderação de Interesses no Caso da Pirataria: violações de direitos autorais à luz da Constituição*. 2011. 75 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011. P. 41.

²² Art. 6º, da CF: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Ainda, em seu artigo 205, a Constituição Federal reafirma o compromisso com a efetivação do acesso à educação.^{23,24}

Ainda, na seara dos interesses existenciais, encontra-se o direito à cultura.²⁵

O direito à cultura compõe na teoria constitucional, ao lado dos direitos sociais e econômicos, a segunda dimensão dos direitos fundamentais²⁶. Uma leitura simples do supracitado artigo esclarece que tal compreensão teórica foi assumida pela Constituição que a ele conferiu particular importância, ao estabelecer como compromisso do Estado, no *caput* do referido artigo, a universalização e pleno acesso aos direitos culturais.

Tal compreensão é reforçada no artigo 23, V, do diploma constitucional²⁷, que determina ser de competência comum dos entes federativos a promoção dos meios de acesso à cultura.

Não há dúvidas de que a proteção aos direitos patrimoniais do autor constitui eminente barreira ao acesso às obras culturais (filmes, livros, músicas, etc) e, conseqüentemente, à sua universalização preconizada pela Carta Magna.²⁸

Os direitos culturais apresentam-se, assim, como importante argumento existencial contra a tutela da propriedade intelectual.

Em última análise, na divisa entre os interesses existenciais e econômicos, encontra-se o direito fundamental ao trabalho, ao qual a Constituição confere especial importância considerando-o, para além de um direito social, um fundamento da república.²⁹

²³ Art. 205, da CF: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

²⁴ O supracitado artigo constitucional denota a importância dada pela Carta Magna ao direito à educação, pois reconhece no seu exercício a promoção dos direitos fundamentais à cidadania, ao desenvolvimento mental e espiritual e de qualificação para o trabalho (A *educação* deve ser incentivada e promovida com base nas seguintes *diretrizes*: I) pleno desenvolvimento da pessoa; II) preparo para o exercício da cidadania; e III) qualificação para o trabalho (CF, art. 205))

²⁵ CF, 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.

§ 1.º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afrobrasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. (...)

²⁶ “Ligados à *igualdade material*, pertencem à segunda dimensão os *direitos sociais, econômicos e culturais*. Os direitos sociais, apesar de já serem encontrados em alguns textos dos séculos XVII e XIX, passaram a ser amplamente garantidos a partir das primeiras décadas do século XX.³⁴ A implementação das *prestações materiais e jurídicas* exigíveis para a *redução das desigualdades* no plano fático, por dependerem, em certa medida, da disponibilidade orçamentária do Estado (“reserva do possível”), faz com que estes direitos geralmente tenham uma efetividade menor que os direitos de defesa.” OP. CIT. p. 919

²⁷ CF, art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;

²⁸ Neste sentido, pesquisa realizada pelo Instituto Africano de Governança e desenvolvimento demonstra como a pirataria colaborou para a melhora do IDH de 11 países do continente africano contribuindo para o aumento do grau de escolaridade da população desses países. (Asongu, Simplicio A. and Andrés, Antonio R., The Impact of Software Piracy on Inclusive Human Development: Evidence from Africa (December 11, 2014). 2014 African Governance and Development Institute WP/14/035. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2571787>. Acessado em 08/04/2015.)

²⁹ Por estar diretamente envolvido com a promoção de múltiplos interesses constitucionais existenciais como a dignidade humana, optamos por localizá-lo neste tópico. Quanto à sua previsão constitucional: CF, art. 1.º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e

Milhões de brasileiros à margem do mercado formal de trabalho encontram na comercialização de cópias não autorizadas de produtos das mais variadas naturezas, o seu sustento e de sua família.

O comércio pirata torna-se para essas pessoas fonte de trabalho e, por conseguinte, promoção dos direitos à saúde, educação, liberdade e todos os demais direitos cuja efetivação depende de recursos econômicos.³⁰

3.2.2 Interesses econômicos

O poder constituinte originário, em sua Lei Maior, estabeleceu como um dos fundamentos do Estado brasileiro a livre iniciativa³¹, consagrando a livre concorrência e a proteção do consumidor princípios fundamentais de nossa ordem econômica.³²

No mesmo sentido, a Carta Constitucional, relativamente à ordem econômica, determina a repressão ao abuso do poder econômico que vise à “dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.³³

Os defensores da limitação da proteção da propriedade intelectual entendem que a tutela deste direito produz uma situação de abuso de poder econômico. A superproteção dos direitos patrimoniais do autor geraria um monopólio controlado pelas grandes corporações que concentram a titularidade do direito de exploração comercial das diversas formas de direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico.³⁴

Esse monopólio representaria grave ofensa à proteção ao consumidor (CF, art. 170, V), pois ao limitar os legitimados à reprodução das ideias, reduziria, conseqüentemente, a oferta das obras protegidas patrimonialmente, gerando

Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

CF, art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

³⁰ Por vezes, o comércio pirata torna-se até mesmo mais efetivo na promoção de direitos do que um emprego formal. Neste sentido aduz Tarin e Mendes em: (TARIN, Bruno; MENDES, Pedro, *O comum das lutas: entre camelôs e hackers*. in BELISÁRIO, Adriano; TARIN, Bruno (organizadores), *Copyfight: Pirataria & Cultura Livre*};, Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2014. P. 102.)

³¹ CF, art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

³² CF, art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:(...) IV - livre concorrência; V – defesa do consumidor;

³³ CF, art. 173 - Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (...)

§4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

³⁴ FILHO, Francisco Humberto Cunha; AGUIAR, Marcus Pinto. *Limitações ao direito de autor na sociedade informacional: releitura à luz dos direitos culturais e dos princípios da livre concorrência e da defesa do consumidor*. p. 12.

aumento de preços e impedindo o acesso a bens de consumo essenciais para o desenvolvimento humano, encontrando-se aqui a chave de conexão entre os argumentos de ordem econômica e existenciais.³⁵

Apresentados os diferentes interesses constitucionais relativos à propriedade intelectual e compreendendo que na atual ordem jurídica cabe à Constituição conformar a lei e não a lei conformar a Carta Magna, faz-se necessário ponderá-los com o fito de investigação sobre a compatibilidade da tutela penal da propriedade intelectual e as determinações constitucionais. Para a realização da referida análise, a seguir serão expostos os pressupostos teóricos.

4. Pressupostos teóricos para verificação da constitucionalidade da tutela jurídica da propriedade intelectual

O período pós-segunda guerra mundial é marcado pela descrença quanto à eficácia de um modelo jurídico legiscentrista na proteção de direitos fundamentais.³⁶

As gravíssimas violações aos direitos humanos praticadas pelo regime nazista respaldadas pela legitimidade legal evidenciaram a necessidade do estabelecimento de um núcleo duro normativo de base moral, voltado à proteção das minorias políticas e dos direitos fundamentais, imune às deliberações majoritárias e à atuação do legislador ordinário, deflagrando uma transformação paradigmática no estudo do direito que ficou conhecida como “virada kantiana”.³⁷

A partir deste questionamento ao modelo até então vigente ocorre a transição do estado legislativo para o estado constitucional.

A Constituição deixou de ser uma “mera carta de intenções” e passou a ter sua força normativa reconhecida.³⁸

Desta forma, é nesse contexto que são elaborados os pressupostos teóricos que servirão a presente análise.

³⁵ “Em perspectiva complementar, entende-se que outro fator limitante aos direitos de autor é a defesa do consumidor. Numa sociedade de mercado como a brasileira, em que se procura dar importância a valores sociais e que busquem alcançar a promoção da dignidade humana conforme ditames constitucionais, é de fundamental importância a defesa de relevante personagem deste modelo, o consumidor, cuja conceituação jurídica se dá aos moldes do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor ou simplesmente CDC40 (Lei 8.078/90), e que de maneira prática, pode ser compreendido como um dos participantes das relações de consumo cuja principal característica seja a vulnerabilidade, por sua submissão ao controle dos titulares de bens de produção.” (OP. CIT. P. 14)

³⁶ “(...) a constituição é uma autêntica norma jurídica e não uma mera proclamação política. Não obstante, durante muito tempo, com a singular exceção dos Estados Unidos, os textos constitucionais não eram vistos como normas jurídicas, mas como documentos que deveriam inspirar o legislador. O Direito era legicêntrico, gravitava em torno das leis – sobretudo dos códigos – e a constituição não era aplicada no dia a dia, nem utilizada pelos tribunais para limitar a discricionariedade do Legislativo. Esse quadro se alterou significativamente no mundo, sobretudo a partir do final da II Guerra Mundial.” (SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Direito Constitucional: teoria, história e método de trabalho*. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2012. P. 625)

³⁷ Neste sentido, Ricardo Lobo Torres: “Essa transição gera alteração nas técnicas jurisdicionais e interpretativas do direito, isto porque a eficácia normativa de princípios de alta densidade axiológica passa a exigir maior atividade criativa e adensamento argumentativo por parte dos aplicadores da lei, o que envolverá reflexões morais. A essa aproximação entre direito e moral foi atribuído o nome de virada kantiana”. (TORRES, Ricardo Lobo. *O orçamento na constituição*, Rio de Janeiro: Renovar, 1995, pp. 90-91)

³⁸ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, p. 24

4.1 Supremacia da constituição

Da supremacia da constituição se conclui a invalidade dos atos normativos que a contrariarem, possibilitando, assim, a realização do controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais, uma atribuição e dever de todos os poderes, não se reservando apenas ao poder judiciário³⁹, pois todos os atos de uma autoridade delegada, contrários aos termos da comissão, devem ser considerados nulos.⁴⁰

4.2 Interpretação conforme a constituição

A interpretação conforme a constituição pode ser tida como princípio ou como técnica de controle de constitucionalidade.

Como princípio interpretativo, ele decorre da confluência entre o princípio da supremacia da Constituição e o da presunção de constitucionalidade. Baseando-se no princípio da interpretação conforme a Constituição o aplicador da norma infraconstitucional deverá, dentre mais de uma interpretação possível, buscar aquela que mais se compatibilize com a Constituição, mesmo que essa não seja a que extraia mais obviamente de seu texto.

Como técnica de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a constituição consiste na exclusão expressa de determinada interpretação de uma norma, representando uma modalidade de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, restando evidente, na utilização desta técnica, a impossibilidade de alteração ou supressão semântica do texto do qual se extrai a norma.⁴¹

A partir do reconhecimento da supremacia da constituição e da necessidade de realização de uma interpretação da legislação infraconstitucional em conformidade com as regras e princípios constitucionais, podemos afirmar que é dever do agente público realizar uma “filtragem constitucional”⁴² das normas ordinárias que precise aplicar.

4.3 A regra da proporcionalidade⁴³

A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais é fruto de construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional

³⁹ OP. CIT.

⁴⁰ (SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza. Direito Constitucional: teoria, história e método de trabalho. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2012. P. 23)

⁴¹ BARCELLOS, Ana Paula de.; BARROSO, Luís Roberto. “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro” in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 232, 2003, p. 361.

⁴² Paulo Ricardo. “Novos desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo” in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). Apud: GOMES, Juliana C. A. *Ponderação de Interesses no Caso da Pirataria: violações de direitos autorais à luz da Constituição*. 2011. 75 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011. P. 41.

⁴³ Registre-se que a regra da proporcionalidade foi utilizada originalmente para a investigação da constitucionalidade da propriedade intelectual pela eminente constitucionalista Juliana Cesário Alvim Gomes em sua monografia intitulada “GOMES, Juliana C. A. *Ponderação de Interesses no Caso da Pirataria: violações de direitos autorais à luz da Constituição*. 2011. 75 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011” na qual a autora alcançou resultado similar ao do presente trabalho.

Alemão⁴⁴. No modelo desenvolvido pela jurisprudência constitucional alemã, a regra da ponderação possui uma estrutura racionalmente definida, com três subelementos independentes entre si – análise da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito* – aplicados na ordem pré-definida em que estão aqui dispostos.⁴⁵

Neste sentido, a análise da adequação deve preceder a da necessidade, que, por sua parte, antecede a da proporcionalidade em sentido estrito. Estas se relacionam de forma subdiária e é nesta forma de relação que se encontra a razão de existir das subdivisões da regra.

A sub-regra da adequação, também conhecida como “idoneidade”, impõe, conforme a concepção dominante, que qualquer ato estatal deve satisfazer duas exigências: a) os fins perseguidos pelo Estado devem ser legítimos; b) os meios adotados devem ser aptos para a promoção dos fins pretendidos pela medida estatal sob investigação.⁴⁶

Por sua vez, a sub-regra da necessidade determina que dentre múltiplas medidas possíveis para a consecução de uma determinada finalidade, o Estado sempre opte pela que causar menos restrições a direitos.

A partir da aplicação dessa sub-regra é possível invalidar medidas estatais invasivas, que restrinjam excessivamente algum interesse jurídico legítimo protegido, desde que seja demonstrada a possibilidade de aplicação de medida alternativa que implique restrição menor e, ao mesmo tempo, consiga atingir o mesmo objetivo.^{47/48}

Finalmente, a proporcionalidade em sentido estrito determina que a restrição a direitos estabelecida pela medida adotada seja compensada pela promoção dos interesses contrapostos. Ela demanda que seja verificado se o grau de limitação de um direito ou interesse, promovido pela medida questionada, pode ser justificado pelo nível de promoção do direito ou do interesse que ela pretende estimular.

Para além do peso abstrato, é necessário analisar o “peso concreto” dos interesses em disputa, que consiste na intensidade com que estes são afetados pela medida questionada. Isto porque, no caso concreto, a medida estatal pode atingir os bens jurídicos colidentes em distintos graus.⁴⁹

Ainda, deve-se examinar a confiabilidade das premissas empíricas em que a ponderação se baseia. Havendo incerteza quanto à concretização dos objetivos pretendidos, exige-se mais cautela na edição da medida restritiva de direito. Se o

⁴⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. IN Revista dos Tribunais 798 (2002), p. 31

⁴⁵ OP. CIT. Idem.

⁴⁶ SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Direito Constitucional: teoria, história e método de trabalho*. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2012. P. 681

⁴⁷ OP. CIT. 685

⁴⁸ O STF utilizou essa sub-regra para limitar o uso de algemas pelas autoridades policiais no julgamento do HC nº 91.952/SP (Min. Marco Aurélio. Julg. 7.8.2008.). Entendeu-se que o uso de algemas seria “excepcional, somente restando justificado ante a periculosidade do agente ou o risco concreto de fuga”. Com base nesse entendimento, o STF editou a súmula vinculante nº 11: “

⁴⁹ Robert Alexy, em difundida lição, propõe que seja estabelecida uma gradação da intensidade com que as medidas restritivas afetam direitos e interesses fundamentais, conforme uma escala de três níveis: *leve, moderada ou grave*. Neste sentido, uma restrição grave a um direito menos importante pode ser inválida, mesmo se promover, com intensidade leve, um interesse dotado de peso abstrato mais elevado. (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 593-611.)

agente público responsável pela edição da medida possuir somente dados empíricos pouco confiáveis, o peso abstrato do princípio que se pretende promover deverá ser ainda maior.⁵⁰

Apesar dos esforços de ROBERT ALEXY em racionalizar a sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito em sua obra *Teoria dos direitos fundamentais*, aquela não é uma operação que se esgota na lógica formal. Por mais sofisticada que seja, ela não consiste em atividade mecânica, que possa ser efetuada pela simples aplicação de algum algoritmo matemático, sendo a sua aplicação até mesmo questionada por alguns autores.⁵¹

Entretanto, a posição contrária à sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito é claramente minoritária, e não tem encontrado representação na jurisprudência constitucional brasileira, nem na de outras democracias dotadas de jurisdição constitucional,⁵² razão pela qual admitiremos o seu uso, com a já aludida parcimônia, no presente trabalho.

5. Ponderação dos interesses contrapostos

5.1 Adequação

Reconhecida a constitucionalidade dos interesses estatais relativos à proteção jurídica da propriedade intelectual, deverá ser investigada a aptidão dos meios infraconstitucionais adotados para esse objetivo.

Abstratamente, a imposição de multas, tanto no domínio cível como penal, e a previsão de penas privativas de liberdade ao sujeito que praticar violação da propriedade intelectual, parecem ser meios aptos à proteção e estímulo à produção, promoção e difusão de bens relativos à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico.

Entretanto, a análise dos efeitos práticos do atual modelo jurídico de regulação da propriedade intelectual revela que a eficácia dessas medidas sancionatórias na promoção dos direitos autorais e demais direitos inerentes à propriedade intelectual, quando investigada, não se comprova empiricamente.

Na arena da propriedade industrial, o paradigma de proteção patentária que nasceu como instrumento de estímulo à ciência e ao ato criador, transformou-se em instrumento responsável pelo bloqueio à inovação, tornando-se um obstáculo à inovação. Isto porque, na reflexão de LAYMERT GARCIA DOS SANTOS⁵³ e PAUL DAVID⁵⁴, o patenteamento tem sido usado como estratégia de concorrência

⁵⁰ SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Direito Constitucional: teoria, história e método de trabalho*. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2012. P. 690

⁵¹ Neste sentido, Jürgen Habermas (*Direito e democracia: entre facticidade e validade*, p. 314-330). Entre os autores nacionais: FERRAZ, Leonardo de Araújo. Da teoria à crítica: princípio da proporcionalidade: uma visão com base nas doutrinas de Robert Alexy e Jürgen Habermas, p. 143-174.

⁵² SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Direito Constitucional: teoria, história e método de trabalho*. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2012. P. 691

⁵³ SANTOS, LAYMERT GARCIA DOS, *Paradoxos da Propriedade Intelectual*, in F. VILLARES, (org), *Propriedade Intelectual: tensões entre o capital e a sociedade*, Paz e Terra: São Paulo, 2007, p. 41-44.

⁵⁴ P. DAVID, "Paul David". *Interviews for the Future*. Munich: European Patent Office, 2006, apud SANTOS, LAYMERT GARCIA DOS, *Paradoxos da Propriedade Intelectual*, p. 56

comercial e não como fonte de informação ou meio de reduzir a incerteza quanto o retorno econômico na criação de algo novo. Com efeito, as corporações protegem a continuidade do processo de exploração da mesma inovação, mas não com o intuito de inovar e desenvolver mais tecnologia. Ao contrário, o próprio novo é bloqueado em nome do monopólio da exploração da invenção patenteada, até que se torne suficientemente obsoleta passando-se, então, à produção de algo que dê maior retorno comercial.

Um exemplo prático desse processo apontado por GILBERTO DUPAS⁵⁵, no campo dos direitos autorais, que constitui um dos casos mais notórios de abuso do poder econômico por meio da utilização de inovações patenteadas, é o da *Microsoft*, que durante anos pôde obrigar, com base no direito decorrente das patentes por ela constituídas, o uso cativo dos seus softwares para a rede de computadores, instrumento de trabalho tornado essencial, e para a internet, gênero vital de comunicação. A *Microsoft*, aliando grande competência tecnológica com a obsolescência rápida dos seus programas, “obrigou” continuamente seus usuários a novas aquisições em um mercado monopolizado.

No campo cultural, o atual modelo de proteção à propriedade intelectual não se expressa de forma diferente. Nesta seara, grandes corporações detentoras de oligopólios têm se utilizado, igualmente, dos direitos autorais limitando tanto o acesso a bens culturais como a sua reprodução.

Um importante exemplo histórico desse processo de monopolização da cultura pode ser identificado no contexto do surgimento da propriedade intelectual nos Estados Unidos, país que hoje é um grande defensor do atual modelo, mas que, todavia, deve seu desenvolvimento industrial e tecnológico inicial à pirataria das invenções europeias, desrespeitando o já à época existente sistema de patentes. Por tal razão, os holandeses apelidaram os estadunidenses de “jankes”, gíria neerlandesa que, até então, significava pirata, hoje pronunciada como “ianque”.⁵⁶ No início do século XX, com a indústria e tecnologia nos Estados Unidos bem desenvolvidas, ocorreu uma fuga em massa de profissionais de cinema para Califórnia dando origem a empresas como a *Fox* e ao polo cinematográfico de *Hollywood*. A referida migração ocorreu como tentativa de fuga do controle THOMAS EDISON, dono das patentes do cinematógrafo. A Companhia de EDSON (Motion Pictures Patents Company) tornou-se conhecida por confiscar equipamentos e suspender o fornecimento de produtos a cinemas que exibiam filmes não autorizados.⁵⁷

Neste sentido, a crítica elaborada por JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO é precisa, ao apontar que a tomada de obra alheia como inspiração, processo criativo que deixou “traços espantosos na História”, hoje estaria impossibilitada. O autor relembra que *Eneida* foi elaborada por VIRGÍLIO a partir da *Odisséia* de HOMERO; que *Os Lusíadas* foi elaborada por CAMÕES baseando-se em ambas. Porém, hoje,

⁵⁵ G. DUPAS, *Propriedade Intelectual: tensões entre a lógica do capital e os interesses sociais*, in F. VILLARES (org), *Propriedade Intelectual: tensões entre o capital e a sociedade*, Paz e Terra: São Paulo, 2007, p. 20).

⁵⁶ MASON, Matt. *The Pirate's Dilemma - How Youth Culture is Reventing Capitalism*. Free Press, 2008. Apud. BELISÁRIO, Adriano, *Sobre guerrilhas e cópias*, in BELISÁRIO, Adriano; TARIN, Bruno (organizadores), *:(} Copyfight :}: Pirataria & Cultura Livre }::*, Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2014. P. 76-77.

⁵⁷ LESSIG, Lawrence. *Cultura Livre*. São Paulo: Trama, 2005. Apud. OP. CIT. P. 77.

dependeriam da concessão de licença dos detentores dos direitos autorais econômicos das obras, os quais seriam vendidos por um alto valor que os autores não estariam em condições de suportar.⁵⁸

ÂNGELA KRETSCHMANN, no mesmo sentido, apresenta importante crítica ao atual sistema de direitos autorais⁵⁹ ao reconhecer que a indústria cultural a) utiliza a lei de direitos autorais com o objetivo de impedir o acesso não autorizado a obras protegidas cobrando caro pelo seu uso e reprodução; b) e que para isso não se utiliza apenas da lei, mas também da estrutura do poder judiciário buscando a aplicação de sanções cada vez mais severas com intuito de causar temor entre os usuários;⁶⁰ c) utiliza, ainda, o marketing global e os meios de comunicação de massa para impor sua exclusividade de maneira agressiva;⁶¹ d) e por fim, utiliza todos esses artifícios para minar a capacidade humana de autodeterminação e escolha, uma vez que a manipulação do mercado cultural disponibiliza um espaço limitado e previamente definido pela indústria cultural para que as pessoas possam se movimentar e ali escolher o que ouvir, dançar, assistir e ler.

Importante ressaltar que diante desse contexto catastrófico, em que um modelo de tutela jurídica que objetiva promover a criatividade acaba, por fim, criando privilégios a restritos grupos econômicos responsáveis pela intermediação entre os autores e consumidores, surgiram movimentos populares reivindicando alternativas à concepção atual de propriedade intelectual, dos quais podemos destacar o movimento de “cultura livre”.⁶² Tal reação popular constitui mais um forte

⁵⁸ ASCENÇÃO, José de Oliveira. “Direito Fundamental de acesso à cultura e direito intelectual” in SANTOS, M. J. Pereira dos (Coord.), *Direito de autor e direitos fundamentais*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 17.

⁵⁹ KRETSCHMANN, Ângela. *O acesso à cultura e o monopólio de obras intelectuais: onde está o bem público? E para onde vai o direito autoral?* Porto Alegre: 2009. P. 11.

⁶⁰ “Um bom exemplo da ofensiva contra qualquer reação pública é noticiada em jornais de grande circulação, acerca de condenações exemplares pelos tribunais para quem trocar arquivos pela internet pelo sistema p2p. O modo como as notícias são passadas mostram que a intenção é estabelecer o medo, inibir o acesso, tornar imoral uma ação que os usuários costumam ver como natural. Afinal, é possível imaginar que na concepção mais íntima de todos os usuários está a idéia de que a cultura é algo público e de todos.” (OP. CIT. P. 9-10.)

⁶¹ Há instrumento legal mais agressivo que o sistema penal?

⁶² Assim sintetiza Kretschrman as razões do seu surgimento: “O movimento da cultura livre surge então no sentido do desejo de acessar aquilo que estava sendo escondido voluntária e maliciosamente por quem detém o monopólio de acesso e pior, vive da mercantilização de bens culturais que sequer seriam escolhidos pelos usuários se tivessem acesso a outros bens que pudessem fazer parte do processo de escolha. Essa mercantilização, vinculada ao escondimento de bens culturais, de fato, é uma agressão imperdoável” (KRETSCHMANN, Ângela. *O acesso à cultura e o monopólio de obras intelectuais: onde está o bem público? E para onde vai o direito autoral?* Porto Alegre: 2009. P. 11.)

No mesmo sentido, Antoine Moreau: “Com a chegada da Internet e uma maior aceitação dos meios digitais em muitas práticas culturais, podemos apontar um novo tipo de argumentação em favor de um novo tipo de cultura chamada “Cultura Livre”, baseada no compartilhamento e na disposição gratuita de produtos da mente humana. “Livre” aqui se refere a softwares livres, ou seja, cujo código é aberto (neste caso, livre é sinônimo de aberto). Estes programas são guiados por quatro liberdades fundamentais: liberdade para lançar e operar o software, liberdade para estudar a aplicação, liberdade para distribuir e melhorar o programa (bem como para publicar o código de melhorias posteriores)” (MOREAU, Antoine. *Sobre arte livre e cultura livre*, in BELISÁRIO, Adriano; TARIN, Bruno (organizadores), *Copyfight: Pirataria & Cultura Livre*; Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2014.)

indicativo da ineficácia e inaptidão dos atuais meios infraconstitucionais de tutela da propriedade intelectual para a realização dos fins por estes perseguidos.

Ante o exposto, não parece haver relação de causa e efeito entre a aplicação da legislação infraconstitucional sobre propriedade intelectual e o estímulo à criação, tendo-se, por vezes, como já demonstrado, enveredando-se no sentido oposto.

Portanto, resta superado o argumento dos defensores do aumento da tutela sobre a propriedade intelectual como meio de estímulo à produção cultural e inovação científica.

Caberá, todavia, o avanço da discussão sobre a constitucionalidade das medidas infraconstitucionais em questão. Estas podem ser consideradas meios aptos a realizar a proteção determinada pelos incisos XXVII e XVIII, relativamente aos direitos autorais, e XXIX, que versa sobre inventividade industrial, todos do artigo 5º da Constituição Federal. Porém, para serem consideradas constitucionais, precisarão passar pelo crivo da sub-regra da necessidade.

5.2 Necessidade

Como já desenvolvido no item 4.3, a sub-regra da necessidade determina que dentre múltiplas medidas possíveis para a consecução de uma determinada finalidade, o Estado sempre opte pela que causar menos restrições a direitos desde que seja demonstrada a possibilidade de aplicação de medida alternativa que implique restrição menor e, ao mesmo tempo, consiga atingir o mesmo objetivo.

Portanto, cabe aqui questionar se o atual modelo de sanções pecuniárias e, sobretudo, de criminalização seria a alternativa de proteção aos direitos do autor e inventor (e suas dimensões econômica) menos restritiva a outros direitos.

Indubitavelmente, é possível a identificação de meios alternativos ao atual modelo de proteção centrado na propriedade intelectual, seja em relação aos benefícios patrimoniais, bem como à técnica legislativa, criminalizante e excessivamente restritiva de direitos, atualmente utilizada.⁶³

Com relação aos benefícios patrimoniais advindos dos monopólios de exploração econômica, é possível substituí-los por outras fontes de remuneração. O financiamento estatal⁶⁴ seria uma delas, como já ocorre no sistema de projetos de pesquisa e na legislação de incentivo à cultura. Prêmios e outras modalidades de

⁶³ Neste sentido, Lemos e Vieira Júnior: “Como se sabe, a lei brasileira de direitos autorais, Lei 9.610/98 (doravante designada LDA), é tida pelos especialistas no assunto como uma das mais restritivas de todo o mundo. Ao proibir a cópia integral de obra alheia, condutas que se afiguram corriqueiras no mundo contemporâneo são, a rigor, contrárias à lei. Por exemplo, diante dos termos estritos da LDA, quando uma pessoa adquire um CD numa loja, não pode copiar o conteúdo do CD para seu iPod, o que configura proibição incoerente com o mundo em que vivemos e com as facilidades da tecnologia digital” (LEMOS & S. VIEIRA JÚNIOR, *Copyleft, Software Livre e Creative Commons: a nova feição dos direitos autorais e as obras colaborativas*, P. 1. Disponível em: <http://virtualbib.fgv.br/dspace/handle/10438/2796>, acessado em 09/01/2015.)

⁶⁴ LEMOS, Ronaldo. *Direito, Tecnologia e cultura*, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005, p. 169.

remuneração poderiam ser concedidos aos autores e inventores que em troca disponibilizariam as suas obras sob a natureza jurídica de *commons*.⁶⁵

Relativamente à regulação, as licenças públicas têm se mostrado um importante mecanismo de facilitação de acesso a bens imateriais.

Das experiências mais bem sucedidas nessa modalidade de regulação, podemos destacar o projeto *Creative Commons*,⁶⁷ desenvolvido pelo professor LAWRENCE LESSIG, da Universidade de Stanford, que visa expandir a quantidade de obras criativas disponíveis ao público. Isto é realizado por meio do desenvolvimento e utilização de licenças jurídicas que permitem o acesso às obras intelectuais, sob condições mais flexíveis que as tradicionais licenças de *copyright*.

A legislação vigente considera apenas o direito moral de autor como inalienável e irrenunciável,⁶⁸ em razão de seu caráter personalíssimo. Neste sentido, é facultada a cessão dos direitos econômicos, conforme artigo 29 da Lei 9.610/1998.

No caso das licenças do sistema *Creative Commons*, o autor renuncia aos direitos econômicos exclusivos sobre a obra e o que se impõe, tão somente, é que, existindo obra derivada, caso esta venha a ser licenciada, deverá sê-lo pelos termos da mesma licença.⁶⁹

Desta forma, juridicamente, as licenças públicas são classificadas como contratos atípicos, de celebração licenciada pelo art. 425, do Código Civil, de natureza unilateral, uma vez que geram direitos e obrigações para somente uma das partes.

⁶⁵ Diante da divergência sobre a nomenclatura em português, adotamos a expressão em inglês. No mesmo sentido, Silke Helfrich: “Em português a tradução do termo *commons* ainda não está bem consolidada, existindo atualmente duas traduções mais utilizadas, comum ou bem comum/bens comuns. A tradução bens comuns pode remeter a uma questão patrimonial, ou seja, como se o comum fosse algo passível de posse ou propriedade o que diverge em vários sentidos com o conceito *commons* enquanto que a tradução os comuns no plural não parece se encaixar bem no português. Por isso algumas pessoas ainda preferem em utilizar a expressão *commons* ao invés de bens comuns ou simplesmente comum ou comuns. Nossa interpretação é que o termo *commons* poderia ser traduzido como comum, contudo, como ainda não há um consenso, optamos nesse texto em manter o termo *commons*” (HELFRICH, Silke; TARIN, Bruno (tradutor), *Os commons: uma estrutura e um caleidoscópio de práticas sociais por um outro mundo possível*. In BELISÁRIO, Adriano; TARIN, Bruno (organizadores), *() { Copyfight } : Pirataria & Cultura Livre* ;, Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2014.)

⁶⁶ Na definição de Lemos e Viéira Júnior: “...“commons” é um recurso a que as pessoas de determinada comunidade têm acesso sem a necessidade de se obter qualquer permissão. Em alguns casos, a permissão é necessária, mas seria concedida de maneira neutra. São dados os seguintes exemplos: a) ruas públicas; b) parques e praias; c) a teoria da relatividade de Einstein; d) escritos que estejam em domínio público.” (R. LEMOS & S. VIEIRA JÚNIOR, *Copyleft, Software Livre e Creative Commons: a nova feição dos direitos autorais as obras colaborativas*, P. 12. Disponível em: <http://virtualbib.fgv.br/dspace/handle/10438/2796>, acessado em 09/01/2015.

⁶⁷ “Apesar de ser uma iniciativa surgida nos Estados Unidos, o *Creative Commons* tem caráter global. O Brasil foi o terceiro país a se integrar à iniciativa, logo após a Finlândia e o Japão. No Brasil, o *Creative Commons* funciona em parceria com a Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro (Direito Rio), que traduz e adapta ao ordenamento jurídico brasileiro as licenças, inclusive com o apoio do Ministério da Cultura”. LEMOS, Ronaldo. *Direito, Tecnologia e Cultura*. Rio de Janeiro: ed. FGV, 2005., p. 85.

⁶⁸ Lei 9.610/1998: art. 27 - Os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis.

⁶⁹ (R. LEMOS & S. VIEIRA JÚNIOR, *Copyleft, Software Livre e Creative Commons: a nova feição dos* acessado em 09/01/2015.

Apesar de não existir necessariamente remuneração direta ao autor no sistema de licenças públicas, a propagação mais veloz de sua obra pode conferir ao criador remunerações indiretas, de igual o maior vulto, que este poderia obter no modelo vigente.⁷⁰

Portanto, é importante ressaltar que, apesar de criar novas perspectivas para a propriedade intelectual, o mecanismo das licenças públicas não representa afronta à atual legislação de direitos autorais, uma vez que atua utilizando os instrumentos legais em vigor.

Porém, a constituição de licenças públicas, enquanto iniciativa dos autores, representa, sim, uma negação simbólica ao modelo vigente de proteção aos direitos autorais, sendo forte indicativo da ineficiência prática do modelo hegemônico em defender os interesses de autores e inventores.⁷¹

Com efeito, licenças públicas conferem segurança jurídica àqueles que desejam se valer de obras intelectuais alheias sem a necessidade de contraprestações pecuniárias diretas. Desta forma, elas se apresentam como importante mecanismo de difusão cultural.⁷²

Todavia, críticas podem ser elaboradas a essas alternativas.

Em relação à concessão de benefícios públicos aos criadores, podem ser opostos argumentos de ordem prática quanto a existência de recursos públicos e complexidade burocrática para a obtenção destes.

Quanto à realização de licenças públicas, por tratar-se de prática neófitas, por mais que sua utilização, em substituição ao modelo vigente, tenha se mostrado benéfica para autores, inventores e sociedade, elas carecem de estudos empíricos consistentes capazes de comprovar a sua superioridade ou equivalência em relação ao atual modelo na promoção dos interesses, sobretudo econômicos, de autores e inventores.

⁷⁰ O músico poderia obter retorno financeiro com o aumento do número de fãs e por conseguinte de espectadores em seus concertos. Os atores e diretores de cinema poderiam, igualmente, auferir retorno financeiro com o aumento de sua notoriedade, seja com aumento do público nas salas de cinema, seja com convites para realizações de novos trabalhos ou atração de patrocinios. A cópia livre das obras literárias poderiam tornar o autor mais conhecido e estimular ainda mais a venda de seus livros. Nesta vereda, cabe lembrar que no atual modelo de negócios, o lucro massivo se concentra nas mãos do intermediário e não do autor. Assim pontua Lemos e Vieira Júnior: “É interessante notar que mesmo no modelo clássico de negociação de obras musicais, o retorno para o artista sobre a venda de discos costuma ser muito pequeno. Um exemplo é o contrato de Jimi Hendrix, que previa 2,5% das vendas de discos para a banda do artista, incluso aí o valor que ficaria com o famoso guitarrista” (OP. CIT. P. 23.)

⁷¹ É possível afirmar que “a adesão a esse sistema [de *Creative Commons*] cresce diariamente e já inclui nomes como o dos músicos Gilberto Gil, David Byrne e as bandas Beastie Boys e Matmos (da cantora Björk). No campo científico, o Massachusetts Institute of Technology (MIT) registrou trabalhos pelo *Creative Commons* para promover a difusão da produção acadêmica” (CRESPO, Sílvio. “Reforma Agrária no Audiovisual – *Creative Commons*: difusão de obras, memória e produção colaborativa”. Revista Sinopse – ano IV, n. 10. Dezembro de 2004. p. 60.)

No mesmo sentido, universidades brasileiras também têm adotado a licença *Creative Commons* como modelo de registro para suas publicações. Como exemplo, a UERJ (<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/index/about>) e a FGV (<http://diretorio.fgv.br/cts/creative-commons>).

⁷² R. LEMOS & S. VIEIRA JÚNIOR, OP. CIT. P. 3.

Portanto, em face da ausência de um “juízo de evidência”⁷³, não é possível declarar a inconstitucionalidade da legislação penal sobre propriedade intelectual em voga mediante o teste proposto pela sub-regra da necessidade. Será indispensável avançar à etapa seguinte da ponderação, a análise da proporcionalidade em sentido estrito.

5.3 Proporcionalidade em sentido estrito

Nesta última etapa, serão sopesados os interesses constitucionais conflitantes relativos à tutela jurídica da propriedade intelectual.

De início, será necessária a análise do “grau de fundamentalidade” dos direitos conflitantes, com o fito de definir o peso abstrato dos mesmos.

Com efeito, deverão ser sopesados, em favor da propriedade intelectual, a) o direito do autor propriamente dito; b) a propriedade privada, relativizada pela sua função social; e, contra a propriedade intelectual como estabelecida, a) a liberdade de expressão; b) o direito à educação; c) o acesso à cultura; d) o direito ao trabalho; e as consequências que deles proveem, sejam existenciais e) cidadania, democracia e dignidade da pessoa humana, ou de raiz econômica f) livre-concorrência; e g) defesa do consumidor.

Quanto ao direito do autor, apesar de localizar-se no rol dos direitos fundamentais no artigo 5º da Constituição, há corrente doutrinária que considera fundamental apenas sua dimensão moral, excluindo, assim, a fundamentalidade de sua expressão patrimonial.⁷⁴

No mesmo sentido, a propriedade, apesar de considerada direito fundamental, deve ser mitigada por sua função social, aí se incluindo a dimensão patrimonial dos direitos autorais.⁷⁵

Desta forma, mesmo que seja considerado um direito fundamental, na balança dos pesos abstratos, o direito do autor e inventor de explorar economicamente sua obra possui um peso inferior aos direitos de dimensão existencial.

Essa conclusão se reforça com o reconhecimento da natureza “não rival” dos bens protegidos pela propriedade intelectual. Isso significa que uma obra intelectual pode ser utilizada simultaneamente por uma infinidade de pessoas sem que isso

⁷³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. “Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF” in SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Org), *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 186.

⁷⁴ Neste sentido, Luigi Ferrajoli revela a distinção entre “direitos patrimoniais” e “direitos fundamentais”. Para ele, estes possuem quatro diferenças estruturais que os diferenciam daqueles. A primeira é que os direitos fundamentais são universais enquanto os patrimoniais são singulares. A segunda reside na alienabilidade inerente aos direitos patrimoniais e a diametralmente oposta indisponibilidade dos direitos fundamentais. Ainda, os direitos fundamentais seriam regulados por normas, em sua maioria de natureza constitucional, enquanto os direitos patrimoniais se regulam, essencialmente, por contrato, testamento e sentença. A razão final seria a verticalidade dos direitos fundamentais, situados no âmbito do direito público, frente a horizontalidade dos direitos patrimoniais, situados no direito privado (FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta. 2001, p. 30.)

⁷⁵ BITTAR, Carlos Alberto. “Os Direitos Autorais na Constituição” in Revista de Informação Legislativa, ano 24, nº 96, out/dez 87, pp. 323-326.

implique em qualquer tipo de rivalidade, como as que podem ocorrer quando centenas de pessoas desejam utilizar a mesma quadra esportiva pública simultaneamente.⁷⁶

Em sentido oposto, embora a cultura não se encontre localizada no rol dos direitos fundamentais, assim ela pode ser considerada devido a sua relação direta com a promoção do pleno desenvolvimento humano e das condições de vida digna.⁷⁷

A liberdade de expressão, por sua vez, está localizada espacialmente no lócus reservado aos direitos fundamentais e não há dúvidas de que assim deva ser considerada.

A educação, embora não se encontre no catálogo constitucional dos direitos fundamentais, assim já foi considerada pelo Supremo Tribunal federal.⁷⁸

Portanto, é inegável a importância da cultura, educação e liberdade de expressão na promoção da dignidade humana, sobretudo, no atual contexto da *sociedade informacional*, em que a informação torna-se fonte fundamental de produtividade e poder e a restrição ao seu acesso uma grande aliada na manutenção da desigualdade socioeconômica do país.⁷⁹

O direito do consumidor e a livre-concorrência, embora direitos constitucionalmente relevantes, não são direitos fundamentais.

Ante o exposto, podemos concluir, abstrata e concretamente, que os direitos fundamentais à educação, cultura e liberdade de expressão têm preferência aos direitos autorais e inventivos.

6. Conclusão

Se, abstratamente, os interesses a favor da limitação da propriedade intelectual possuem prevalência, em concreto o resultado não é outro.

De fato, a análise em concreto escancarou a desarmonia entre a atual legislação sobre propriedade intelectual, uma das mais rígidas e restritivas do mundo,⁸⁰ e os valores mais caros da Constituição Federal que objetivam o combate às desigualdades e a inclusão social.⁸¹

⁷⁶ (LESSIG, Lawrence. *The Future of Ideas*. Op. Cit., p. 21. No original, lê-se: “If a resource is nonrivalrous, then the problem is whether there is enough incentive to produce it, not whether there is too much demand to consume it. A nonrivalrous resource can’t be exhausted”.)

⁷⁷ (NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. Editora Método: São Paulo, 2013. P.920-921.)

⁷⁸ “1. A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo artigo 205 da Constituição do Brasil. A omissão da Administração importa afronta à Constituição”, STF, RE-AgR 594018, Rel. Min. Eros Grau, DJE 7.8.2009 in BARCELLOS, Ana Paula de. “O direito à educação e o STF” in *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, Rio de Janeiro, Lúmen Júris: 2011, p. 616.

⁷⁹ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*, v.1, São Paulo: Paz e Terra, 2001, p. 46 (n33).

⁸⁰ Estudo mundial realizado pela A2K Network concedeu o segundo pior conceito geral, dentre os países analisados, ao Brasil em relação à justiça de suas leis e práticas relativas à propriedade intelectual. O estudo que possui como mote a análise da promoção do acesso aos bens imateriais, ao analisar aspectos individuais da política brasileira de proteção à propriedade intelectual, delegou a pior nota possível (F) para os seguintes quesitos: i) liberdade de acesso aos usuários domésticos; ii) liberdade de acesso para fins educacionais; e iii) abrangência e duração dos direitos autorais. Disponível em: <http://a2knetwork.org/watchlist/grades> Acessado em 20/01/2015.

⁸¹ “O constituinte, portanto, não quis atribuir ao Estado o papel de mero espectador neutro e imparcial dos conflitos travados na esfera social. Pelo contrário, partindo da premissa empírica de que a sociedade brasileira é injusta e desigual, e de que nela vicejam a intolerância e o preconceito, ele impôs aos três

A regulação legal da propriedade intelectual, extremamente protetiva dos direitos dos autores e criadores, que como visto não são seus maiores beneficiários, demonstra-se anacrônica e limitada, configurando-se como verdadeiro entrave tanto ao acesso universal à cultura e educação e como à promoção da criatividade.

Esta crítica encontra respaldo no âmbito internacional no Comitê Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, órgão responsável pelo monitoramento do Pacto Internacional dos direitos Econômicos, Sociais e Culturais, segundo o qual: “o conflito não envolve os direitos do autor versus os direitos sociais de toda uma coletividade; mas, sim, o conflito entre os direitos de exploração comercial (por vezes abusiva) e os direitos sociais da coletividade”⁸²

Com efeito, aos supostos interesses dos criadores soma-se o falacioso argumento do crime organizado na manutenção de restrições constitucionalmente injustificadas aos indivíduos.⁸³

Agregue-se a isso o prejuízo gerado à livre concorrência e ao direito do consumidor, que, apesar de não constituírem direitos fundamentais, conferem peso argumentativo à posição favorável à restrição da propriedade intelectual.

Desta forma, concluímos que as restrições sofridas hoje ao acesso aos direitos fundamentais à educação e cultura, assim como ao exercício da liberdade de expressão e criação, essenciais à democracia, e por consequência ao epicentro axiológico constitucional, a dignidade humana, não são compensadas pela proteção à propriedade intelectual, estando esta despedida de seu fundamento de validade, a Constituição Federal.

7. Referências

ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de autor e direitos conexos*. p. 28. Apud: VIANNA, Túlio. *A ideologia da propriedade intelectual: a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais de autor*.

AGRA, W.M.; BONAVIDES, P.; MIRANDA, Jorge. *Comentários à Constituição de 1988*. E. 1. Editora Forense: 2009.

ALEXY, Robert. “Epílogo a La teoria de los derechos fundamentales” in *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº. 66, 2002, p. 55 apud PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. Cit. P. 197.

poderes do Estado tarefas ativas, ligadas a inclusão social e à transformação de práticas opressivas voltadas contra grupos estigmatizados” SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech” in Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 251.

⁸² PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Propriedade Intelectual*, 2007, pp. 21-22. Disponível em www.culturalivre.org.br. Acessado em 20/01/2015.

⁸³ Entenda-se aqui indivíduos como criadores e receptores. Neste sentido, práticas de compartilhamento e o comércio de mídia pirata que não possuem nenhuma ligação comprovada com o crime organizado são penalizados por este discurso.

- ALEXY, Robert. SILVA, Virgílio Afonso da (tradutor). *Teoria dos direitos fundamentais*. Malheiros Editores: São Paulo, 2011.
- ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- ALMEIDA, Welder Oliveira de. Questões candentes acerca da “pirataria”. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 41, maio 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1891>. Acesso em novembro de 2014.)
- ASCENÇÃO, José de Oliveira. “Direito Fundamental de acesso à cultura e direito intelectual” in SANTOS, M. J. Pereira dos (Coord.), *Direito de autor e direitos fundamentais*, São Paulo: Saraiva, 2011.
- ASCENÇÃO, José de Oliveira. “Direito Fundamental de acesso à cultura e direito intelectual” in SANTOS, M. J. Pereira dos (Coord.), *Direito de autor e direitos fundamentais*, São Paulo: Saraiva, 2011.
- Asongu, Simplicio; Andrés, Antonio R., *The Impact of Software Piracy on Inclusive Human Development: Evidence from Africa*. African Governance and Development Institute WP/14/035. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2571787>. Acessado em 08/04/2015.
- AZEVEDO, Esterzilda. *Patrimônio industrial no Brasil*. São Paulo: 2010, USJT. P. 14 e 15. Disponível em: http://www.usjt.br/arq.urb/numero_03/2arqurb3-esterezilda.pdf, consultado em outubro de 2014.
- BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à Propriedade Intelectual*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BARBOSA, Denis Borges. *Uma introdução à Propriedade Intelectual*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BARCELLOS, Ana Paula de.; BARROSO, Luís Roberto. “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro” in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 232, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*; tradução Carlos Alberto Medeiros. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar ED., 2008. Pág. 71.

BELISÁRIO, Adriano. *Entrevista com Richard Stallman*. BELISÁRIO, Adriano; TARIN, Bruno (organizadores), :() { Copyfight :|: Pirataria & Cultura Livre };;, Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2014.

BEZERRA, Arthur, *Mercados ilegais da pirataria: O comércio de mídias do Centro do Rio de Janeiro*. In: DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social - Vol. 5 - no_4 - OUT/NOV/DEZ 2012 – pp. 649-650.) Disponível em: <http://revistadil.dominiotemporario.com/doc/DILEMAS-5-4-Art4.pdf>. Acessado em 17/01/2015.

BEZERRA, Arthur, *Mercados ilegais da pirataria: O comércio de mídias do Centro do Rio de Janeiro*. In: DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social - Vol. 5 - no_4 - OUT/NOV/DEZ 2012 – p. 650.) Disponível em: <http://revistadil.dominiotemporario.com/doc/DILEMAS-5-4-Art4.pdf>. Acessado em 17/01/2015.

BITTAR, Carlos Alberto. “Os Direitos Autorais na Constituição” in Revista de Informação Legislativa, ano 24, nº 96, out/dez 87.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p. 262 in SILVA, Virgílio Afonso da, *O proporcional e o razoável*. IN Revista dos Tribunais 798 (2002)

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*, v.1, São Paulo: Paz e Terra, 2001, p. 46 (n33). Convenção que instituiu a OMPI. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/WIPO-World-Intellectual-Property-Organization-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-de-Propriedade-Intelectual/convencao-que-institui-a-organizacao-mundial-da-propriedade-intelectual.html>.

CRESPO, Sílvio. “Reforma Agrária no Audiovisual – *Creative Commons*: difusão de obras, memória e produção colaborativa”. Revista Sinopse – ano IV, n. 10. Dezembro de 2004.

Cruz, Murillo. *A entrada do Brasil na Convenção Internacional para a Proteção da Propriedade Industrial*. Paris, 1883. Disponível em: http://www.ie.ufrj.br/hpp/intranet/pdfs/a_entrada_do_br_paris_convention_1883.pdf, consultado em outubro de 2014.

Dados divulgados pela Associação Antipirataria Cinema e Música revelam que as condenações criminais baseadas no artigo 184 do Código Penal aumentaram em 7% primeiro semestre de 2013. Disponível em: http://www.apcm.org.br/conteudo_geral.php?ID_NOT=2 . Acessado em 19/01/2015.

Estudo mundial realizado pela A2K Network sobre legislação de propriedade intelectual. Disponível em: <http://a2knetwork.org/watchlist/grades> Acessado em 20/01/2015.

- FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta. 2001, p. 30.
- FILHO, Francisco Humberto Cunha; AGUIAR, Marcus Pinto. *Limitações ao direito de autor na sociedade informacional: releitura à luz dos direitos culturais e dos princípios da livre concorrência e da* G. DUPAS, *Propriedade Intelectual: tensões entre a lógica do capital e os interesses sociais*, in F. VILLARES (org), *Propriedade Intelectual: tensões entre o capital e a sociedade*, Paz e Terra: São Paulo, 2007.
- GOMES, Juliana C. A. *Ponderação de Interesses no Caso da Pirataria: violações de direitos autorais à luz da Constituição*. 2011. 75 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.
- HC 104410 / RS - RIO GRANDE DO SUL HABEAS CORPUS Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 06/03/2012 Órgão Julgador: Segunda Turma HC nº 91.952/SP (Min. Marco Aurélio. Julg. 7.8.2008)
- HELFRICH, Silke; TARIN, Bruno (tradutor), *Os commons: uma estrutura e um caleidoscópio de práticas sociais por um outro mundo possível*. In BELISÁRIO, Adriano; TARIN, Bruno (organizadores), *Copyright: Pirataria & Cultura Livre*, Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2014.
- HESSE, Konrad. MENDES, Gilmar (tradutor). *A força normativa da Constituição*. São Paulo: Safe, 2009.
- KRETSCHMANN, Ângela. *O acesso à cultura e o monopólio de obras intelectuais: onde está o bem público? E para onde vai o direito autoral?* Porto Alegre: 2009. P. 11.
- KRETSCHMANN, Ângela. *O acesso à cultura e o monopólio de obras intelectuais: onde está o bem público? E para onde vai o direito autoral?* Porto Alegre: 2009. P. 11.
- KRETSCHMANN, Ângela. *O acesso à cultura e o monopólio de obras intelectuais: onde está o bem público? E para onde vai o direito autoral?* Porto Alegre: 2009.
- LEMOS & S. VIEIRA JÚNIOR, *Copyleft, Software Livre e Creative Commons: a nova feição dos direitos autorais e as obras colaborativas*, P. 1. Disponível em: <http://virtualbib.fgv.br/dspace/handle/10438/2796>, acessado em 09/01/2015.
- LEMOS, Ronaldo. *Direito, Tecnologia e cultura*, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.
- LEMOS, Ronaldo. *Direito, Tecnologia e Cultura*. Rio de Janeiro: ed. FGV, 2005.

- LESSIG, Lawrence. *Cultura Livre*. São Paulo: Trama, 2005.
- MASON, Matt. *The Pirate's Dilemma - How Youth Culture is Reiventing Capitalism*. Free Press, 2008. Apud: BELISÁRIO, Adriano, *Sobre guerrilhas e cópias*, in BELISÁRIO, Adriano; TARIN, Bruno (organizadores), *Copyfight :|: Pirataria & Cultura Livre };;*, Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2014.
- MIZUKAMI, Pedro Nicoletti et AL “Exceptions and limitations to copyright in Brazil: a call for reform” in SHAVER, Lea (Org.) *Access to knowledge in Brazil: New research on intellectual property, innovation and development* Information, Yale Law School: Society Project, 2008, pp. 88-89. Apud: GOMES, Juliana C. A. *Ponderação de Interesses no Caso da Pirataria: violações de direitos autorais à luz da Constituição*. 2011. 75 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011. P. 41.
- MOREAU, Antoine. *Sobre arte livre e cuktura livre*, in BELISÁRIO, Adriano; TARIN, Bruno (organizadores), *Copyfight :|: Pirataria & Cultura Livre };;*, Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2014.
- MUNIZ, Eloá. *Publicidade e sociedade de consumo*. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/alcar/encontros-nacionais-1/6o-encontro-20081/Publicidade%20e%20sociedade%20de%20consumo.pdf>. Acessado em dezembro de 2014.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al derecho penal*, p. 59-60. Apud: GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral. 13º Ed*. Impetus: São Paulo, 2011.
- Notícia sobre morte de camelô por policial militar, Brasil Post. Disponível em: http://www.brasilpost.com.br/2014/09/19/camelo-morto-policial_n_5848982.html. Acessado em 21/01/2015.
- NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. Editora Método: São Paulo, 2013. P. 916
- O. C. F. MATOS, *Patentes e copyrights: cleptomaniacs do capita*, in F. VILLARES (org), *Propriedade Intelectual: tensões entre o capital e a sociedade*, Paz e Terra: São Paulo, 2007.
- P. DAVID, “Paul David”. *Interviews for the Future*, Munich: European Patent Office, 2006, apud in F. VILLARES, (org), *Propriedade Intelectual: tensões entre o capital e a sociedade*, Paz e Terra: São Paulo, 2007.
- PEEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF. In: Sarmiento, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves.” Os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade: um panorama da discussão atual e da jurisprudência do STF” in SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (Org), *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

Pesquisa realizada pela Fecomércio/Ipsos, divulgada em dezembro de 2014 pelo portal de notícias “G1”. <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2014/12/consumo-de-produtos-piratas-cai-pelo-3-ano-diz-fecomercio-rj.html>.

Pesquisa sobre renda do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 75,2 % dos brasileiros possuíam dificuldades financeiras em 2009. Disponível em: <http://www.sidra.ibge.gov.br/bda/orcfam/default.asp?t=3&z=t&o=23&u1=1&u2=1&u3=1&u4=1&u5=1&u6=1>. Acessado em 21/01/2015.

PIERANGELI, José Henrique, *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial Arts. 121 a 234*. Revista dos Tribunais.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Propriedade Intelectual*, 2007, pp. 21-22. Disponível em www.culturalivre.org.br. Acessado em 20/01/2015.

Relatório da CPI da pirataria. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/atividade-gislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/52-legislatura/cpipirat/relatoriofinal.html>. Acessado em 18/01/2015.

Reportagem sobre artistas que se beneficiaram com a pirataria de suas obras: <http://universosertanejo.blogosfera.uol.com.br/2010/12/07/a-pirataria-que-fez-bem/>. Acessado em 19/01/2015.

Reportagem sobre o filme “Tropa de elite” e a sua promoção via pirataria: <http://www.revistacinetica.com.br/tropapirata.htm>. Acessado em 19/01/2015.

Reportagem sobre recente operação da DRCPIM, Portal G1. Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-dejaneiro/noticia/2014/12/mais-de-16-mil-pecas-sao-apreendidas-durante-acao-contra-pirataria-no-rio.html>. Acessada em 17/01/2015.

Resolução n.º 5.213 de 2 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.leginf.usp.br/?resolucao=resolucao-no-5213-de-02-de-junho-de-2005>. Acessado em 17/01/2015.

Revista Educação e Linguagens, Campo Mourão, v. 1, n. 1, ago./dez. 2012. RODRIGUES, Marcos. *Gutenberg e o letramento do ocidente*.

SANTOS, LAYMERT GARCIA DOS, *Paradoxos da Propriedade Intelectua*, in F. VILLARES, (org), *Propriedade Intelectual: tensões entre o capital e a sociedade*, Paz e Terra: São Paulo, 2007.

- SANTOS, Milton. *A Natureza do Espaço. Técnica e Tempo. Razão e Emoção*. São Paulo: HUCITEC, 1996.
- SARMENTO, Daniel. *A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech” in Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Direito Constitucional: teoria, história e método de trabalho*. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2012.
- SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Direito Constitucional: teoria, história e método de trabalho*. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2012.
- SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Direito Constitucional: teoria, história e método de trabalho*. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2012.
- SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Direito Constitucional: teoria, história e método de trabalho*. Editora Fórum: Belo Horizonte, 2012.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. Malheiros Editores: São Paulo, 2005.
- SILVA, Virgílio Afonso da, *O proporcional e o razoável*. IN Revista dos Tribunais 798 (2002)
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). Apud: GOMES, Juliana C. A. *Ponderação de Interesses no Caso da Pirataria: violações de direitos autorais à luz da Constituição*. 2011. 75 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.
- STF, RE-AgR 594018, Rel. Min. Eros Grau, DJE 7.8.2009 in BARCELLOS, Ana Paula de. “O direito à educação e o STF” in *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica*, Rio de Janeiro, Lumen Júris: 2011, p. 616.
- TARIN, Bruno; MENDES, Pedro, *O comum das lutas: entre camelôs e hackers*. in BELISÁRIO, Adriano; TARIN, Bruno (organizadores), *{ Copyright }:: Pirataria & Cultura Livre }::*, Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2014. P. 102.)
- TEPEDINO, Gustavo. “Contornos Constitucionais da Propriedade Privada” in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- TORRES, Ricardo Lobo. *O orçamento na constituição*, Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

TOZI, Fábio. *O território, a técnica e seus usos: a pirataria nos contextos presentes*. São Paulo: USP, 2010.

Uma análise qualitativa do mercado de música no Brasil: para além das falsas dicotomias”, relatório parte da pesquisa “Acesso a Bens Educacionais e Culturais no Brasil” realizada pelo Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas para o Acesso à Informação da Universidade de São Paulo (GPOPAI-USP, São Paulo, 2010). Apud: GOMES, Juliana C. A. *Ponderação de Interesses no Caso da Pirataria: violações de direitos autorais à luz da Constituição*. 2011. 75 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011. P. 59.

VIANNA, Túlio. *A ideologia da propriedade intelectual: a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais de autor*. IN: Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 30, p. 90.

ZAFFARONI, E.; BATISTA, *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito penal*. Editora Revan: Rio de Janeiro, 2003.