

## Direito de Autor e Liberdade de Expressão

A relação entre a liberdade de expressão e o direito de autor tem sido pouco explorada pela doutrina brasileira, o que poderia passar a falsa ideia de que estes dois direitos fundamentais não apresentariam potencial de conflito ou tensão dentro de nosso ordenamento jurídico. Uma análise do cenário internacional, por sua vez, indica que o tema também é incipiente na doutrina e jurisprudência estrangeira. Considerando que estes dois institutos desenvolveram-se a partir de uma raiz comum e que ambos regulam de maneira fundamental a circulação de informação, não seria de se esperar o contrário?

No Brasil, a questão da liberdade de expressão raramente é mencionada nos manuais de direito autoral.<sup>176</sup> Quando muito, menções em pequenas passagens aparecem, sem maior desenvolvimento. Na literatura nacional, foram encontradas apenas duas obras que analisaram de maneira um pouco mais aprofundada este tema.

Na primeira delas, Denis Borges Barbosa reúne estudos sobre liberdade de expressão e direitos autorais<sup>177</sup>. Nesta obra, ao tratar da questão do domínio público, Barbosa explica que “é preciso ficar claro que a propriedade intelectual não pode coibir, irrazoável e desproporcionalmente, o acesso à informação por parte de toda a sociedade, e o direito de expressão de cada um”<sup>178</sup>. E mais adiante, Barbosa afirma que a questão transcende o domínio público<sup>179</sup>, afirmando o quanto segue:

A questão da transformação criativa transcende o domínio público. Em um julgado seminal, o Tribunal Constitucional Alemão enfrentou o problema do conflito do direito de usar a obra protegida como meio de expressão, constitucionalmente protegido, em confronto com os direitos patrimoniais de

---

<sup>176</sup> A maior parte das obras, sequer faz menção à garantia constitucional. Como exemplos, ver: COSTA NETTO, José Carlos. *Direito Autoral no Brasil*. São Paulo: Editora FTD. 2008; GANDELMAN, Henrique. *De Gutenberg à Internet: Direitos Autorais das Origens à Era Digital*. Rio de Janeiro: Record. 2007.

<sup>177</sup> BARBOSA, Denis Borges. *Direito Autoral e Liberdade de Expressão. Estudos de Direito*. 2005. Disponível em <http://denisbarbosa.addr.com/geiger.pdf> [acesso em 20.04.2011]

<sup>178</sup> BARBOSA, Denis Borges. *Ib.* 195

<sup>179</sup> Para um estudo aprofundado sobre o domínio público, consultar: BRANCO, Sérgio. *O Domínio Público no Direito Autoral Brasileiro – Estrutura e Função*. Tese de Doutorado. UERJ. 2011.

exclusiva e mesmo os direitos morais de tutela de integridade. Tratava-se do caso do dramaturgo Henrich Müller, que usava, como meio de expressão literária, extensos trechos de Bertold Brecht; contra os interesses dos herdeiros de Brecht, o Tribunal afirmou que, no caso especial de uma obra expressiva de grande importância cultural, e sem maior lesão patrimonial para os titulares de direitos da obra transformada, prevaleceria o interesse da nova criação. O caso suscita a hipótese de uma licença de dependência autoral, pela qual o acréscimo crítico ou estritamente criativo não pudessem ser objeto de vedação, desde que garantidos os direitos patrimoniais.<sup>180</sup>

O autor, portanto, enxerga na proteção à propriedade intelectual um potencial de conflito com o direito à livre expressão. Denis ainda aborda um momento particular em que este potencial conflito foi analisado na Suprema Corte dos EUA, no caso *Eldred v. Ashcroft*, onde foi discutido se o aumento de prazos de proteção autoral às obras já criadas naquele país limitariam o direito de livre expressão.<sup>181</sup>

Outro autor a dedicar estudo ao potencial conflito entre liberdade de expressão e direito autoral é Guilherme Carboni, em sua obra *Função Social do Direito de Autor*. Na referida obra, Carboni coloca a questão da seguinte forma:

O problema é que a liberdade de expressão, se entendida de maneira mais ampla, não compreenderia apenas a liberdade de se expressar sobre o conteúdo do que já foi dito (idéia), mas também sobre a forma como algo foi dito (expressão). No entanto, o direito de autor não permite que alguém possa livremente se expressar sobre a forma de uma determinada idéia, sem a devida autorização do seu criador, ainda que a intenção seja oferecer uma nova leitura ou interpretação sobre a mesma.<sup>182</sup>

A conclusão de Carboni, entretanto, vai no sentido diverso da hipótese de investigação deste trabalho. Afirma o autor que:

apesar do conflito filosófico existente, não há, do ponto de vista jurídico, uma real colisão entre direito de autor e liberdade de expressão. Como a Constituição Federal brasileira positivou tanto o direito de autor como a liberdade de

<sup>180</sup> BARBOSA, Denis Borges. *Direito Autoral e Liberdade de Expressão...* Cit. pp. 208

<sup>181</sup> Nesse caso, foi discutido se a expansão do prazo de proteção dos direitos autorais limitaria o direito à livre expressão. A Suprema Corte estadunidense, entendendo que o direito autoral e a Primeira Emenda haviam sido consagradas em nível constitucional praticamente no mesmo momento, de modo que na visão dos *framers* da Constituição não haveria um conflito. O direito de autor, na realidade, promoveria a criação e a publicação. Como se verá no item 4.1, outros motivos levam os tribunais a apontar a compatibilidade entre os dois direitos aqui estudados. Para mais informações: ELDRED V. ASHCROFT – Disponível em: <http://cyber.law.harvard.edu/openlaw/eldredvashcroft/> [acesso em 18.05.2011]

<sup>182</sup> CARBONI, Guilherme. *Função Social do Direito do Autor*. Curitiba: Juruá Editora, 2008. Cit. pp. 197

expressão, enquanto direitos fundamentais, ambos devem coexistir, apesar das diferenças, pois a própria concepção do direito de autor já remete à idéia de uma limitação à liberdade de expressão.<sup>183</sup>

A opinião de Carboni, na realidade, parece refletir a da maior parte da doutrina brasileira e, até recentemente, estrangeira. Baseando-se na dicotomia ideia-expressão (a expressão é protegida pelo direito de autor, que não oferece proteção às ideias), afirma-se que o potencial de conflito entre os direitos fundamentais restringir-se-ia ao âmbito filosófico.

Uma análise mais aprofundada, entretanto, aponta em sentido contrário. A relação entre o direito de autor e a liberdade de expressão está permeada por uma grande tensão, que nasce historicamente, passa por um debate filosófico e representa hoje importante questão prática na discussão e elaboração de políticas públicas de acesso à cultura, repressão à pirataria e fomento à criatividade.

No item 4.1, buscar-se-á mapear os pontos de tensão entre estes direitos, passando especialmente por sua dimensão teórica, bem como fazendo algumas considerações a respeito da legislação brasileira. No capítulo seguinte, será demonstrado como a tecnologia agrava esta tensão, abrindo novas fronteiras para a discussão do direito de livre expressão.

## 4.1

### Mapeando a tensão

Como visto no capítulo 1, várias são as teorias que fundamentam o direito à livre expressão. A depender da teoria utilizada, diferente será a abrangência, extensão e hierarquia de proteção conferida por este direito fundamental aos diversos tipos de discurso. Desse modo, é importante avaliar a partir das diversas teorias como se desenvolve a tensão entre direito autoral e liberdade de expressão. Antes de fazê-lo, entretanto, é necessário fazer breves considerações sobre as razões do conflito entre direito de autor e liberdade de expressão ser, até hoje, tão pouco debatido.

Melville Nimmer, um dos pioneiros no estudo desta questão no âmbito dos EUA, afirma a necessidade de se reconciliar o *copyright* com a Primeira Emenda à Constituição daquele país. Ao apontar que os estudiosos do direito costumam

---

<sup>183</sup> CARBONI, Guilherme. *Ib.* 198

olhar para estas duas questões como compartimentos isolados, Nimmer afirma que “não somente há uma falha em relacionar um ao outro, como há, além disso, uma falha em perceber que as visões do direito autoral e da Primeira Emenda, colocadas ‘lado a lado’, podem, de fato, ser contraditórias.”<sup>184</sup>

Segundo Nimmer, contudo, aqueles que apóiam a noção de direito autoral e opõem-se a qualquer forma de censura, não enxergam estas questões como contraditórias. Nimmer chama a atenção para o fato de que a oposição à censura através da defesa do direito à livre expressão engloba os direitos não apenas dos artistas de se expressarem (prestigiado pelo *copyright*), mas de todo e qualquer cidadão. Seguindo este raciocínio, Nimmer aponta para a tensão entre direito de autor e livre expressão como um conflito amplamente ignorado.<sup>185</sup>

Vale ressaltar, neste ponto, que parte considerável do debate iniciado nos EUA em torno do conflito entre a Primeira Emenda e o direito autoral se deve à maneira como está redigido o direito à livre expressão na Constituição daquele país. Como já observado neste trabalho, a Primeira Emenda afirma que o Congresso não pode fazer uma lei que restrinja a liberdade de expressão.<sup>186</sup> Dessa forma, uma visão absolutista (e equivocada) da Primeira Emenda indicaria que a lei de direito autoral, ao limitar a livre expressão, deveria ser considerada inconstitucional naquele país.<sup>187</sup>

<sup>184</sup> No original: “Not only is there generally a failure to relate the one to the other, but there is, moreover, a failure to perceive that views of copyright and the first amendment, held “side by side,” may, in fact, be contradictory.” Cfr. NIMMER, Melville B.. “Does Copyright Abridge the First Amendment Guarantees of Free Speech and Press?” *UCLA Law Review* Vol. 17. Issue 6 (June 1970) pp. 1180-1204. Cit. pp. 1180.

<sup>185</sup> NIMMER, Melville B.. *Ib.* 1181.

<sup>186</sup> Para referência, repete-se aqui, no original, o texto da Primeira Emenda: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.”

<sup>187</sup> De qualquer maneira, é importante notar que a própria Constituição dos EUA prevê a possibilidade da criação de exclusivas de propriedade intelectual para promover o avanço da ciência e das artes. A tensão entre os institutos da liberdade de expressão e direito de autor, dessa forma, está acomodada em nível constitucional, assim como no Brasil, onde a proteção à livre expressão encontra-se prevista no artigo 5º, incisos IV e IX, que asseguram “a livre manifestação do pensamento, sendo vedado anonimato” bem como “a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”, respectivamente. Como se pode observar, uma interpretação absolutista desses dispositivos nos conduziria, de maneira igualmente equivocada, à idéia de que o direito autoral seria inconstitucional em nosso ordenamento. Tal qual nos EUA, entretanto, a própria Constituição Federal prevê a proteção autoral, afirmando em seu artigo 5º, inciso XXVII que “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”.

Com efeito, não é essa a melhor interpretação conferida ao direito estadunidense. A interpretação jurisprudencial da liberdade de expressão naquele país aponta para uma série de regras e critérios que permitiriam definir em que hipóteses esta liberdade pode ser limitada.<sup>188</sup>

#### 4.1.1

##### O debate ignorado

Se à época de Nimmer o debate era desconsiderado, as discussões em torno do potencial de conflito têm amadurecido, em especial nos EUA. No Brasil, poucos autores dedicaram-se a tratar do tema e, quando o fizeram, não buscaram mais do que realizar uma abordagem inicial. Eric Barendt, afirmando que o conflito é pouco explorado também na Inglaterra, explica que:

A relação entre liberdade de expressão e proteção ao direito autoral tem, crescentemente, atraído a atenção de autoristas. Eles ficaram preocupados com o impacto sobre a liberdade de expressão que as recentes extensões do tempo de proteção ao direito autoral nos EUA e Europa poderiam provocar, assim como a expansão do alcance dos direitos exclusivos conferidos pelo direito autoral. Em contraste, a relação tem sido mais ou menos totalmente ignorada pelos estudiosos da liberdade de expressão. Essa omissão é muito estranha.<sup>189</sup>

Barendt faz um importante esforço no sentido de compreender as razões pelas quais este debate tem sido ignorado. A primeira hipótese levantada pelo autor é a de que o direito à liberdade de expressão é considerado, em essência, uma obrigação negativa do Estado. Ou seja, impõe ao Estado o dever de não interferir limitando a liberdade individual, tratando-se portanto de uma garantia constitucional a ser exercida pelos cidadãos contra o Estado.<sup>190</sup> Dessa forma, a

<sup>188</sup> Este assunto, entretanto, foge ao escopo deste estudo. Para uma compreensão mais profunda dos desenvolvimentos jurisprudenciais acerca da liberdade de expressão nos EUA: SUNSTEIN, Cass R. *Democracy and the Problem of Free Speech*. New York: Free Press, 1995.

<sup>189</sup> No original: “*The relationship between freedom of speech and copyright protection has increasingly attracted the attention of copyright lawyers. They have become troubled by the impact on freedom of expression of the recent extension of the term of copyright in Europe and in the USA and by the expanding range of exclusive rights conferred by copyright. In contrast, the relationship has been more or less totally ignored by free speech theorists. This omission is very odd.*” Cfr. BARENDT, Eric. “*Copyright and Free Speech Theory*”. in: *Copyright and Free Speech: Comparative and International Analyses*. (Ed. GRIFFITHS, Jonathan; SUTHERSANEN, Uma.). New York: Oxford University Press, 2005. Cit. pp. 11

<sup>190</sup> Esta doutrina ficou conhecida nos EUA como doutrina do State-Action. Para uma compreensão mais profunda desta doutrina ver: SARMENTO, Daniel. A vinculação dos Particulares aos

liberdade de expressão não poderia ser invocada como defesa contra particulares que limitem qualquer forma de expressão ou reprodução em razão de infração aos direitos de autor.

Barendt aponta que este argumento é infundado, em primeiro lugar, porque o direito autoral está previsto em lei, sendo interpretado e observado pelos tribunais, bem como porque a observância e garantia destes direitos depende em larga medida do Estado. E vai além, afirmando que as cortes nos EUA rejeitaram argumentos semelhantes em ações relativas à privacidade e injúria, que assim como o direito autoral são baseadas na lei e levantadas por indivíduos como um limitador à livre expressão.

O autor explica, então, que a própria noção de *copyright* desenvolvida nos EUA traz a concepção utilitarista de que a exclusiva autoral tem por objetivo estimular a criação. Foi dessa forma que a Suprema Corte daquele país reconheceu que a intenção original do *copyright* seria a de servir como um motor da liberdade de expressão<sup>191</sup>.

Seguindo essa linha, não haveria conflito: a exclusiva autoral serviria de estímulo, não de impedimento à livre expressão. Esta visão, entretanto, não resistiria nem mesmo a uma análise simplista, pois é nítido que a exclusividade autoral concede a particulares o direito de limitar certos tipos de expressão de terceiros. Nesse ponto, ganham importância as teorias de fundamentação de liberdade de expressão apresentadas no capítulo 1, pois a depender de qual a teoria adotada é que se torna possível determinar quais são os discursos abrangidos pela garantia constitucional da livre expressão.

Mesmo reconhecendo a possibilidade de conflitos, é importante notar que alguns autores alegam que a própria legislação autoral seria capaz de resolvê-los através de dois princípios: a dicotomia idéia-expressão e as limitações ao direito de autor.<sup>192</sup> O princípio da dicotomia ideia-expressão é um princípio chave das legislações autorais que indica que as ideias não podem ser protegidas, mas

---

Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (org); *A nova Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar, 2003. p. 193

<sup>191</sup> No original: “*it should not be forgotten that the Framers intended copyright itself to be the engine of free expression*”. A frase foi proferida no processo *Harper & Row Publishers v Nation Enterprises* - 471 US 539, 558 (1985).

<sup>192</sup> Barendt aponta, ao invés das limitações ao direito de autor, o princípio do *Fair Use* (EUA) ou *Fair Dealing* (Reino Unido), que desempenham um papel semelhante, mais adequado à tradição anglo-saxônica do *copyright*. Cfr. BARENDT, Eric. “*Copyright and Free Speech Theory*”. Cit. pp. 15

somente as expressões de uma ideia. No Brasil, este princípio encontra-se positivado em diversos artigos da nossa legislação autoral, destacando-se os artigos 7º e 8º, que afirmam:

Art. 7º - São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:

(...)

Art. 8º - Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei:

I - as idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais; (sem destaque no original)

Este princípio também está prestigiado no âmbito internacional através do Acordo TRIPS, que estabelece em seu Artigo 9, item 2, que:

2. A proteção do direito do autor abrangerá expressões e não idéias, procedimentos, métodos de operação ou conceitos matemáticos como tais. (sem destaque no original)<sup>193</sup>

Além da dicotomia ideia-expressão, Barendt apresenta como razão para que a maior parte da doutrina ignore o potencial de tensão entre os direitos fundamentais aqui estudados a existência dos institutos do *fair use* e do *fair dealing*, que reconheceriam no âmbito das próprias legislações de *copyright* a preocupação com o direito de livre expressão. Como dito acima, nos sistemas que derivaram do direito continental europeu, não existem previsões como o *fair use*. Entretanto, pode-se dizer que as limitações e exceções ao direito de autor desempenhariam função semelhante, balanceando o interesse de proteção dos autores com o interesse público de acesso às obras. Mais adiante neste capítulo, observar-se-á que algumas das limitações ao direito de autor existentes na lei brasileira buscam prestigiar o direito à livre expressão. Tal qual nos EUA e, dessa forma, concordando com Barendt, entende-se aqui que tais limitações desempenham um papel fundamental para salvaguardar a livre expressão, mas não afastam a necessidade de ponderá-la com o direito de autor em casos em que estas limitações não são suficientes.

<sup>193</sup> Acordo TRIPS, disponível em: [http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/02/ac\\_trips.pdf](http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/02/ac_trips.pdf)

#### 4.1.2

### Abrangência da Proteção Constitucional à Livre Expressão

Uma primeira consideração a ser tratada no âmbito da dimensão teórica da tensão entre liberdade de expressão e direito de autor diz respeito à abrangência da proteção da garantia constitucional à livre expressão. Em resumo: a garantia protegeria o ato de violar direitos de autor? Como se observará, a questão não é tão simples quanto parece.

Barendt, valendo-se da teoria elaborada por Frederick Schauer, faz uma interessante consideração para identificar se violações de direito autoral seriam alcançadas pela Primeira Emenda da Constituição norte-americana, distinguindo a noção de proteção constitucional de cobertura.

Traçando uma comparação com o suborno<sup>194</sup>, o autor afirma que esta prática não seria considerada como discurso (*speech*) pois este tipo de expressão não se enquadraria em qualquer das justificativas filosóficas da liberdade de expressão (ver cap. 1), como a busca da verdade (mercado de ideias), a autodeterminação coletiva ou a autodeterminação/auto-realização individual. Atos considerados como violação de direito autoral, por sua vez, poderiam em algumas situações atender a estas finalidades substantivas.

Assim, Barendt afirma que alguns atos de violação de direito autoral estariam cobertos pelo alcance da garantia à livre expressão, mas não necessariamente protegidos. Nesses casos, o conflito estaria instalado, sendo necessária uma ponderação de direitos para definir qual deve prevalecer. A idéia de cobertura, portanto, diz respeito ao fato de o discurso ou ato ser ou não considerado como objeto de alcance da garantia constitucional. A proteção, por sua vez, diria respeito à efetiva blindagem deste discurso ou ato nos casos de colisão com outras normas do ordenamento jurídico.

---

<sup>194</sup> Nos EUA, as discussões sobre liberdade de expressão frequentemente ingressam em campos não tão facilmente aceitáveis como no Brasil. Nesse sentido, discute-se com naturalidade naquele país se o ato de oferecer suborno estaria ou não protegido por um direito à livre expressão.

## 4.2

### O conflito em discussão

Se não se pode afastar *a priori* o conflito entre o direito de autor e a garantia a livre expressão, cabe indagar: seriam as salvaguardas existentes na lei de direito autoral (como a dicotomia ideia/expressão e as limitações ao direito de autor) suficientes para evitar a colisão de direitos? De que maneira o direito de autor dialoga com as teorias do mercado de ideias, auto-realização individual e autodeterminação democrática, que servem de fundamentação para o direito à livre expressão?

#### 4.2.1

### O Mercado de Ideias e a Dicotomia Ideia-Expressão

No artigo em que Nimmer discute sobre o potencial de conflito dos direitos aqui estudados, o autor afirma a importância de um livre mercado de ideias<sup>195</sup> e expõe sua relação com o princípio da dicotomia ideia-expressão da seguinte forma:

É importante que tenhamos livre acesso às ideias tanto de William F. Buckley Jr e Eldridge Cleaver; e todos devem ter o direito de disseminar as ideias de Buckley e Cleaver, endossando-as ou criticando-as. Mas esse processo de esclarecimento não requer a liberdade de reproduzir sem permissão o livro *Up from Liberalism* de Buckley ou *Soul On Ice* de Cleaver. Reproduzir a expressão das suas ideias pode adicionar sabor, mas adiciona relativamente pouca substância para a informação que precisa chegar ao eleitorado para o processo de tomada de decisão. Essa substância mínima, perdida através da proibição do direito autoral de reprodução da expressão, está balanceada de acordo com o benefício que o público recebe através dos incentivos à criatividade conferidos pelo direito autoral.<sup>196</sup>

<sup>195</sup> O autor recusa a teoria da transformação pacífica da sociedade na medida em que afirma que ao não impedir a circulação de ideias, o direito de autor não bloquearia o diálogo e, portanto, não ensejaria o recurso à força como última instância. De igual maneira, recusa a teoria da autodeterminação individual, afirmando que aquele que reproduz a expressão de outrem não estaria engajado em nenhuma atividade expressiva.

<sup>196</sup> No original: “It is important that we have free access to the ideas of both William F. Buckley, Jr. and Eldridge Cleaver; and everyone should have the right to disseminate Buckley’s and Cleaver’s ideas, either **by** way of endorsement or criticism. But that process of enlightenment does not require the freedom to reproduce without permission either Buckley’s book *Up From Liberalism*, or Cleaver’s *Soul On Ice*. To reproduce the “expression” of their ideas may add flavor, but relatively little substance to the data that must inform the electorate in the decision-making process. Such minimal substance, lost through the copyright prohibition on reproduction of expression, is far out-balanced by the public benefit that accrues through copyright

Como se pode observar, Nimmer conclui que a dicotomia idéia-expressão acomoda a necessidade de proteger o direito autoral sem, no entanto, limitar indevidamente o direito de livre expressão. Mais do que isso, afirma que o próprio direito de autor beneficiaria o público através dos incentivos à criatividade.

Por outro lado, Nimmer traz interessantes ponderações sobre alguns casos em que o direito à livre expressão deveria prevalecer sobre o direito autoral. Numa dessas hipóteses, o autor trata de ideias que não podem se dissociar da expressão, como aquelas veiculadas por fotografias. Nesses casos, não seria possível transmitir efetivamente a ideia sem reproduzir a obra fotográfica integralmente. O exemplo trazido por Nimmer é o da foto do massacre de My Lai, no Vietnã. Diz Nimmer que:

Aquele que quiser transmitir plenamente a "ideia" das fotografias do massacre de My Lai poderia fazê-lo apenas copiando a expressão, bem como a ideia das fotografias. Tentar uma simulação da fotografia com modelos posando como corpos mortos a fim de expressar a ideia de fotografias originais em My Lai seria ridículo. A expressão precisa ser copiada junto com a ideia, não porque é oneroso para aquele que copia a ideia criar a sua própria expressão, mas sim porque a ideia não pode ser transmitida a menos que a expressão também seja copiada.<sup>197</sup>

Nimmer dá uma atenção especial aos casos em que os fatos fotografados tem caráter noticioso, ou seja, são de especial interesse jornalístico. Mesmo reconhecendo a dificuldade de traçar uma linha divisória entre o que é ou não é notícia, o autor propunha (vale lembrar que o artigo data de 1970) que nos casos de interesse jornalístico deveria haver uma regra permitindo a publicação da expressão na hipótese de que a obra não venha a ser transmitida pelos veículos de comunicação de um determinado local após um determinado período. Em seu artigo, o professor sugere que se após o período de um mês a publicação de uma expressão de interesse jornalístico não seja veiculada, o direito autoral deveria ceder diante do direito de livre expressão. Nimmer demonstra, por conseguinte,

---

*encouragement of creativity.*” Cfr. NIMMER, Melville B.. “*Does Copyright Abridge the First Amendment...*” Cit pp. 1192.

<sup>197</sup> No original: “*One who wished to fully convey the "idea" of the My Lai massacre photographs could do so only by copying the expression as well as the idea of the photographs. To attempt a simulated photograph with models posing as dead bodies in order to express the idea of the original My Lai photographs would be ludicrous. The expression must be copied along with the idea not because it is onerous for an idea copier to create his own expression, but rather because the idea cannot be conveyed unless the expression as well is copied.*” NIMMER, Melville B. Ib. 1203.

uma preocupação não só com um livre mercado de ideias, mas também com a autodeterminação coletiva.<sup>198</sup>

O autor, entretanto, faz uma importante ressalva em relação à dicotomia ideia-expressão. A autorização para a reprodução das obras em alguns casos como o acima mencionado não pode servir como salvaguarda para violações de direito autoral em casos em que a mesma ideia possa ser veiculada a partir de outra forma de expressão. Segundo Nimmer:

O ponto não é que ideias são úteis sem a expressão, mas sim que se o esclarecimento público necessita da cópia de ideias dos outros, ainda é perfeitamente possível para o agente discursivo (ou escritor) que copia as ideias de alguém, oferecer uma expressão própria dessas ideias. É verdade que muitas vezes seria mais fácil copiar também a expressão da ideia, mas o valor dessa economia de trabalho não possui a mesma importância que o objetivo do *copyright* de encorajar a criação através da proteção da expressão.

(...)

Isso, então, sugere um princípio que pode ter ramificações que vão muito além dos casos aqui analisados. Não poderá haver uma justificativa baseada na Primeira Emenda para a cópia de uma expressão em conjunto com uma ideia simplesmente porque aquele que copia não possui a vontade, o tempo ou a energia para criar uma expressão própria e independentemente elaborada. A Primeira Emenda garante o direito de falar; não oferece um subsídio governamental ao agente discursivo, e particularmente um subsídio às custas dos autores cujo bem-estar é também uma questão de interesse público.<sup>199</sup>

Em seu artigo, portanto, Nimmer reconhece em princípio o potencial de conflito entre direito autoral e liberdade de expressão, limitando-o muito mais aos casos em que a ideia não pode se dissociar da expressão. Por outro lado, o autor acomoda as tensões resultantes do conflito a partir da dicotomia ideia-expressão,

<sup>198</sup> Caberia aqui uma ampla discussão sobre como a ideia de Nimmer aplicar-se-ia na atualidade, considerando o desenvolvimento tecnológico, a velocidade de reprodução da informação e a cada vez mais apagada linha que distingue a informação jornalística de outros tipos de conteúdo (incluindo a derrubada da necessidade de diploma de jornalismo para exercer a profissão pelo Supremo Tribunal Federal)

<sup>199</sup> No original: “*The point is not that ideas are useful without expression, but rather that while public enlightenment may require the copying of ideas from others, it remains perfectly possible for the speaker (or writer) who copies ideas from another, to supply his own expression of such ideas. True, it would often be easier to copy the expression as well as the idea, but the value of such labor-saving utility is far outweighed by the copyright interest in encouraging creation by protecting expression. (...) This, then, suggests a principle that may have ramifications far beyond the particular cases here focused upon. There can be no first amendment justification for the copying of expression along with idea simply because the copier lacks either the will or the time or energy to create his own independently evolved expression. The first amendment guarantees the right to speak; it does not offer a governmental subsidy for the speaker, and particularly a subsidy at the expense of authors whose well-being is also a matter of public interest.*”

Cfr. NIMMER, Melville B.. “*Does Copyright Abridge the First Amendment...*” Cit pp. 1202 /1203

afirmando que não poderia haver um subsídio governamental ao discurso à custa do bem-estar do autor. Vale notar que este argumento, apesar de muito bem construído por Nimmer, poderia ser invertido para chegar a uma conclusão diametralmente oposta. Se partirmos da noção de Benkler de que a informação constitui não somente o *output* do processo criativo, mas também o *input* para novas criações, poderíamos afirmar que o próprio direito autoral empobreceria o repositório de cultura disponível à coletividade. Dessa forma, poder-se-ia compreender o direito autoral como um subsídio governamental à expressão de um particular à custa de toda coletividade.<sup>200</sup>

Ao contrário de Nimmer, a professora da Universidade de Sydney, Patricia Loughan, questiona a utilidade da dicotomia ideia-expressão como mecanismo capaz de salvaguardar um livre mercado de ideias. Segundo Loughan:

A dicotomia e a interdição que impede que a lei de direito autoral proteja ideias não pode de fato assegurar que as ideias circulem livremente no mercado, competindo por aceitação social, porque nem a dicotomia nem a interdição são aptas, de maneira substantiva, para alcançar o que prometem. A proteção da liberdade de expressão que se diz existir por conta da dicotomia ideia-expressão é, portanto, amplamente ilusória.<sup>201</sup>

Em seu argumento Loughlan adota como pressuposto a interferência do direito autoral na liberdade de expressão<sup>202</sup>, tendo em vista que a lei permite aos detentores de direito autoral impedir que terceiros expressem-se da forma como bem desejam. Partindo desse pressuposto o argumento da autora se desenvolve a

<sup>200</sup> Um raciocínio deste tipo nos conduz, inevitavelmente, às origens filosóficas do direito de autor e à noção de utilitarismo. Cumpriria a sociedade, dessa forma, discutir se há algum grau de proteção ao direito de autor capaz de oferecer um subsídio justo ao criador sem prejudicar demasiadamente a coletividade. Se o resultado dessa discussão nos apontar que sim, a existência de um direito autoral justifica-se. A discussão passaria a ser, então, qual deve ser o grau de proteção conferida às criações.

<sup>201</sup> No original: “*The dichotomy and copyright law's interdiction against the copyrighting of ideas cannot in fact ensure that ideas freely circulate within the marketplace, competing for social acceptance, because neither the dichotomy nor the interdiction is able, as a substantive matter, to achieve what it promises. The protection of freedom of speech which is said to exist by reason of the idea-expression dichotomy is accordingly largely illusory.*” Cfr. LOUGHLAN, Patricia. *The Marketplace of Ideas and the Idea-Expression Distinction of Copyright Law*. 23 *Adel. L. Rev.* 29 2002. Disponível em <http://heinonline.org> [acesso em 09.04.2011]. Cit. Pp. 29

<sup>202</sup> Em outro artigo, Loughlan afirma de maneira clara que: “*Copyright owners are without doubt able to constrain speech of non-owners. The owners of copyright works, making use of the law which creates and enforces their property rights, are able to stop people from saying what they want, in the way that they want to say it, in the forum and in the form in which they choose to say it and therefore, without more, there is an obvious prima facie interference with their right to expressive freedom.*” Cfr. LOUGHLAN, Patricia. *Copyright, Free Speech and Self-Fulfilment*. 24 *Sydney Law L. Rev.* 429 2002 Disponível em <http://heinonline.org> [acesso em 09.04.2011]. Cit. Pp. 428/429.

partir da análise da distinção entre ideia e expressão. Loughlan afirma que a dicotomia tem sido descrita como uma verdadeira “chave para salvaguardar a liberdade de expressão das depredações do copyright, e que é provavelmente justo dizer que este argumento é parte da sabedoria convencional, legitimando a retórica da legislação de copyright”.<sup>203</sup> Como somente as expressões seriam protegidas, o livre mercado de ideias estaria totalmente a salvo das limitações do direito autoral. Ainda que o direito autoral pudesse apresentar outras limitações à liberdade de expressão (considerando-se outras justificativas filosóficas como o autogoverno ou a autodeterminação individual), o valor do mercado livre de ideias estaria integralmente preservado. Tal argumento, como se pode notar, baseia-se no pressuposto de que ideias e expressões são distinguíveis e separáveis. Este é o ponto duramente criticado por Loughlan. Para a autora, “pode-se dizer ao menos que a dicotomia é radicalmente indeterminada, é incapaz de se tornar evidente à razão e que é, portanto, altamente simbólica e não-funcional na prática”.<sup>204</sup> Loughlan traz, como subsídio para seu argumento, várias decisões de tribunais apontando em sentidos distintos em casos muito semelhantes.

Dessa forma, a autora apresenta uma potente crítica às legislações de direito autoral, apontando que a dicotomia parece funcionar muito mais para mascarar uma divisão entre o que é privado (comercializável e sujeito a apropriação privada) e o que é público (parte do domínio público, além do alcance de qualquer apropriação privada). Para a autora, o perímetro dessa limitação seria definido de tempos em tempos de acordo com as escolhas políticas realizadas por cada sociedade sobre o que pode ser privatizado e o que deve ser mantido no domínio público. Sua conclusão aponta que um livre mercado de ideias somente pode funcionar se estas não forem passíveis de controle e apropriação privada. Se um princípio que busca atingir este objetivo não pode funcionar, então o mercado de ideias não estaria funcionando como deveria. Encerra Loughlan:

A ficção da distinção ideia-expressão não deveria ser apta a forjar uma aceitação social ou legal em relação à liberdade de expressão numa era de vasta expansão

<sup>203</sup> No original: “*The dichotomy has long been described, in case law and in commentary, as a key to safeguarding free speech from the depredations of copyright and it is probably fair to say that the argument is part of the conventional wisdom, the legitimating rhetoric of copyright law.*” Cfr. LOUGHLAN, Patricia. *The Marketplace of Ideas...* Cit. pp. 33

<sup>204</sup> No original: “*It is at least arguable that the idea-expression dichotomy is radically indeterminate, that its validity can therefore not easily be made evident to reason and that it is therefore largely symbolic and nonfunctional in fact.*” Cfr. LOUGHLAN, Patricia. *Ib.* 39

dos direitos de propriedade intelectual. Muito está em jogo para o mercado de ideias e para o processo pelo qual uma sociedade pode vir a saber o que é a verdade.<sup>205</sup>

#### 4.2.2

#### Direito autoral e o valor da autodeterminação ou auto-realização

Como visto, ao tratar do conflito entre liberdade de expressão e direito de autor, Nimmer recusa a idéia de que o direito autoral possa prejudicar a auto-realização individual, afirmando que “aquele que reproduz uma obra protegida não estaria se expressando de uma maneira significativa”.<sup>206</sup>

Patrícia Loughlan, por sua vez, apresenta uma visão distinta. Para a autora, existem ao menos duas situações em que a liberdade de expressão, considerada a partir da finalidade substantiva de permitir a auto-realização individual, seria limitada pelo direito de autor: os casos de *appropriation-art*<sup>207</sup> e os casos de paródias. No caso do *appropriation-art*, Loughlan explica que:

As imagens pré-existentes, formas, palavras ou sons que são apropriados são necessários para o artista como linguagem, uma forma de descrever o mundo, modelando a visão do mundo e realizando sua pessoa e identidade. A liberdade de acesso a essas imagens é, portanto, essencial para essa forma de expressão cultural e essa atividade comunicativa.<sup>208</sup>

De igual maneira ocorre com as paródias, obras criadas a partir da imitação de obras já existentes com o objetivo jocoso ou satírico. Tais obras, assim como no caso do *appropriation-art*, necessitam do caldo cultural existente

<sup>205</sup> No original: “The fiction of the idea-expression distinction should not be able to forge a social or even a legal complacency about freedom of speech in an era of vastly expanding intellectual property rights.” Too much is at stake for the marketplace of ideas and for the process by which we as a society come to

know what is true. .” Cfr. LOUGHLAN, Patricia. Ib. 44

<sup>206</sup> Segundo Nimmer: “Similarly, free speech as a function of self-fulfillment does not come into play. One who pirates the expression of another is not engaging in self-expression in any meaningful sense.” Cfr. NIMMER, Melville B.. “Does Copyright Abridge the First Amendment...” Cit pp. 1192

<sup>207</sup> Como *appropriation-art*, entende-se aqui aquele tipo de arte que dependeu de citações e se apropria de imagens ou trechos de outras obras para recontextualizar seu conteúdo oferecendo uma ressignificação dos valores sociais ou estéticos transmitidos.

<sup>208</sup> No original: “In appropriation art, in its various forms, the pre-existing images or forms of words or sounds which are appropriated are needed by the artist as a language, a way of describing the world, shaping her vision of the world and realising her self and identity. Freedom of access to those images is therefore essential to this whole form of expressive cultural and communicative activity.” Cfr. LOUGHLAN, Patricia. *Copyright, Free Speech and Self-Fulfilment*. 24 *Sydney Law L. Rev.* 429 2002 Disponível em <http://heinonline.org> [acesso em 09.04.2011]. Cit. Pp. 435

como inspiração. Em ambos os casos, a dicotomia ideia-expressão não serve como salvaguarda para garantir a liberdade de expressão, pois a obra (expressão) utilizada como base de criação é a própria substância da ideia do novo criador. Em outras palavras, ideia e expressão se confundem.

Nesses casos, portanto, normas rígidas de direito autoral poderiam impedir a auto-realização individual através da liberdade de expressão. O artista ou criador ficaria tolhido de sua expressão e impossibilitado de transmitir sua ideia ao mundo. A auto-realização destes indivíduos ficaria limitada na exata medida em que a construção de identidade destes novos autores dependerá das reações e respostas dos demais membros da comunidade às suas criações e expressões.<sup>209</sup>

Vale destacar que a paródia encontra-se protegida pela legislação brasileira. Em seu artigo 47, no capítulo que trata das limitações e exceções ao direito de autor, estabelece a Lei nº 9.610/98 que “são livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito”. Dessa forma, é possível compreender que no Brasil o problema limitar-se-ia à questão das obras apropriativas.

Ocorre que, por sua tradição mais ligada ao direito continental europeu, o Brasil possui ainda um forte viés de proteção aos chamados direitos morais do autor. Dentre estes direitos, encontra-se o direito de “assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra”, conforme estipulado no artigo 24, inciso IV da LDA. Através do direito à integridade, repete-se no microsistema do direito autoral um problema largamente debatido entre constitucionalistas e civilistas: o conflito entre a liberdade de expressão e o direito à honra e à reputação. Considerando o caráter abstrato e de difícil comprovação característico das ofensas à honra, abre-se aqui espaço para toda sorte de abusos por parte dos autores na restrição ao uso de suas obras.

---

<sup>209</sup> Nas palavras de Hannah Arendt, “a revelação de quem alguém é, está implícita em suas palavras e atos (...) Ao agir e falar, os homens mostram quem são, revelam ativamente sua única identidade pessoal e fazem sua aparição para o mundo humano”. No original “This disclosure of who somebody is, is implicit in both his words and his deeds (...) In acting and speaking, men show who they are, reveal actively their unique personal identities and thus make their appearance in the human world.” Cfr. ARENDT, Hannah. *The Human Condition*. Chicago and London: The University of Chicago Press. Pp. 178/179.

### 4.2.3

#### O direito de autor e a autodeterminação democrática

No item 4.2.1 foi analisado o potencial de conflito entre a teoria de fundamentação da liberdade de expressão que prega a competição de ideias em um mercado livre e o direito autoral, com destaque para as perspectivas desenvolvidas por Loughlan e Nimmer.

Uma questão não abordada por estes autores, entretanto, diz respeito à crítica apresentada à noção do mercado de ideias de que esta teoria não contemplaria as falhas do mercado e a existência de concentrações de poder que podem distorcer o livre debate. Tais críticas geralmente apontam a existência de concentração no mercado de comunicação ou destacam o papel desempenhado por grandes grupos de mídia, como as empresas de rádio e televisão.<sup>210</sup>

Ocorre que os mecanismos de propriedade intelectual e, especialmente, de direito autoral, possuem um papel relevante no sentido de incentivar ou desestimular a concentração de mercado de maneira a interferir no livre debate de ideias, provocando distorções no mercado de comunicação e afetando, por consequência, o valor-fim de autodeterminação democrática que serve como fundamento da garantia à livre expressão. Com efeito, uma das consequências das regras de proteção ao direito de autor é justamente a de criar uma exclusividade ou monopólio para a exploração do valor econômico da obra protegida. Não por caso, um ramo de estudos sobre a propriedade intelectual dedica-se a estudar sua interlocução com o direito de concorrência.

A premissa para realizarmos essa discussão, portanto, é a de que a noção de exclusividade ou monopólio para exploração de uma obra conferida pelo direito autoral poderia provocar uma concentração do mercado de comunicação, de maneira a reduzir a diversidade de opiniões e prejudicar o livre debate em torno de questões essenciais para a autodeterminação democrática.

Para avaliar a validade dessa premissa é importante ir além da análise do princípio da dicotomia ideia-expressão e investigar os impactos das regras de propriedade intelectual no mercado da informação. Para tanto, é extremamente

---

<sup>210</sup> Cfr. MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de Expressão...* Pp. 249.

útil o esforço de sistematização realizado por Benkler para categorizar as diversas estratégias de produção de informação existentes atualmente. Benkler afirma:

O atual universo de produção da informação na economia, então, não é tão dependente de direitos de propriedade e mercados no que diz respeito a bens informacionais quanto como a obsessão pela propriedade intelectual do último quarto de século pode sugerir. Ao invés disso, o que vemos tanto a partir de trabalho empírico, como de trabalho teórico, é que indivíduos e empresas produzem informação usando variadas estratégias. Algumas dessas estratégias de fato apóiam-se em direitos exclusivos como patentes ou direitos autorais, e visam vender informação como um bem no mercado. Outras, entretanto, não o fazem.<sup>211</sup>

Em sua obra, Benkler aponta nove tipos ideais de estratégias de produção da informação. Para compreendermos a forma como a propriedade intelectual pode afetar o mercado de comunicação, entretanto, não é necessário passar por todos estes tipos ideais, bastando compreender algumas das estratégias de produção de informação identificadas pelo autor.

A primeira estratégia apontada por Benkler é aquela que o autor batiza de *Romantic-Maximizer*, pois baseada na noção romântica de criação, qual seja, a de que a inventividade decorre do trabalho individual de um autor. A estratégia é chamada de maximizadora por buscar auferir os benefícios através dos *royalties* decorrentes da exploração dos direitos de propriedade intelectual, e não por motivos como a criação de beleza ou a busca da verdade. Trata-se de uma estratégia, portanto, voltada para fins comerciais. O autor produz conteúdo e, valendo-se da proteção legal, explora-o com exclusividade para auferir lucros a partir da obra produzida.

Outro tipo ideal de produção da informação é batizado por Benkler de estratégia *Mickey*, inspirado no personagem e na indústria de Walt Disney. Essa estratégia funciona da seguinte maneira: uma empresa trabalha para construir um largo catálogo de obras com o objetivo de minimizar os custos de produção de obras futuras, já que assim poderá utilizar as obras do seu próprio catálogo como

---

<sup>211</sup> No original: “The actual universe of information production in the economy then, is not as dependent on property rights and markets in information goods as the last quarter century’s increasing obsession with “intellectual property” might suggest. Instead, what we see both from empirical work and theoretical work is that individuals and firms in the economy produce information using a wide range of strategies. Some of these strategies indeed rely on exclusive rights like patents or copyrights, and aim at selling information as a good into an information market. Many, however, do not.” Cfr. BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks...* Cit. pp. 41/42.

*input* para novas criações, sem que haja a necessidade de adquirir bens informacionais de terceiros como insumo. Através dessa tática a empresa em questão busca auferir um ganho econômico, pois pode utilizar como matéria-prima de suas novas criações bens informacionais com o seu exato custo marginal, ou seja, sem pagar qualquer valor pelos direitos de licença ou cessão da obra usada como *input*.

A partir dessas duas estratégias, Benkler começa a traçar a relação entre a rigidez de um regime de propriedade intelectual e as diversas estratégias possíveis de produção de informação. Afirma o autor que:

Essa estratégia é mais vantajosa em um ambiente de direitos de exclusividade muito fortes por variadas razões. Primeiro, porque possibilidade de extrair valores mais altos do repertório de bens informacionais existente é maior em empresas que (a) possuem um repertório e (b) apóiam-se na afirmação de direitos exclusivos como modelo de extração de valor. Segundo, porque o aumento dos custos de produção associados com regimes rígidos de proteção a direitos exclusivos é amortecido pela possibilidade destas empresas retrabalharem o seu próprio catálogo, ao invés de tentar trabalhar com materiais de um domínio público cada vez menor ou pagar por cada fonte de inspiração e elemento de uma nova composição.<sup>212</sup>

Para além desses modelos, existiriam ainda modelos não baseados na exploração do conteúdo com exclusividade, mas ainda assim direcionados ao mercado (Benkler cita como exemplo o do advogado acadêmico que publica artigos para aumentar sua reputação e conquistar clientes) e modelos de produção sem qualquer finalidade mercadológica (geralmente também baseados na reputação ou no simples prazer de criação, tal como o identificado por Benkler nas comunidades de desenvolvedores de software livre, onde os programadores geralmente contribuem com os objetivos de melhorar o software e ganhar reputação em meio a outros programadores).

---

<sup>212</sup> No original: “*This strategy is the most advantageous in an environment of very strong exclusive rights protection for a number of reasons. First, the ability to extract higher rents from the existing inventory of information goods is greatest for firms that (a) have an inventory and (b) rely on asserting exclusive rights as their mode of extracting value. Second, the increased costs of production associated with strong exclusive rights are cushioned by the ability of such firms to rework their existing inventory, rather than trying to work with materials from an evershrinking public domain or paying for every source of inspiration and element of a new composition.*” Cfr. BENKLER, Yochai. *Ib.* 44.

A relação entre as normas de propriedade intelectual e a concentração de mercado, então, são explicadas por Benkler com clareza ímpar. O autor explica que o enrijecimento de leis de propriedade intelectual, por um lado, pode ser compreendido como um estímulo à inovação e à criatividade, já que amplia as possibilidades de que os criadores venham a auferir renda a partir de seus conteúdos. Por outro lado, Benkler demonstra que o enrijecimento da lei pode representar um aumento dos custos de acesso à informação existente. Dessa forma, uma mudança legislativa que amplie a proteção às criações intelectuais, somente poderia ser considerada como positiva (no sentido utilitarista de estimular mais criatividade) se os ganhos através da apropriação de informação (leia-se, a exploração dos direitos de exclusividade) forem superiores ao aumento dos custos destes *inputs*.<sup>213</sup>

Neil Netanel, no mesmo sentido apontado por Benkler, chama a atenção para a questão dos custos de acesso a bens informacionais protegidos por direito autoral, apontando para um problema de distribuição do discurso e de distribuição dos custos do discurso.<sup>214</sup> Para o autor, a legislação de direito autoral seria aparentemente neutra no sentido de que permite tanto a autores sem poder financeiro como a grandes corporações possuir um vasto repertório de obras protegidas por direitos autorais. Porém, Netanel alerta que na prática o que ocorre é que os grandes conglomerados de mídia são os que acabam por concentrar em suas mãos os elementos culturais mais importantes, os recursos para adquirir obras de terceiros e o poder financeiro para litigar em caso de violação. Ao mencionar a capacidade de adquirir obras de terceiros, trata-se aqui dos custos de transação muitas vezes envolvidos para obter a permissão de uso dos *inputs* necessários à criação, como a localização dos detentores dos direitos patrimoniais sobre determinada obra, a determinação do valor a ser pago, a negociação do contrato, entre outras coisas.<sup>215</sup>

Dessa maneira, esses grandes grupos estariam muito mais elegíveis a adquirir tais direitos e em uma posição vantajosa para impedir o uso de seu

<sup>213</sup> Se abandonarmos a visão utilitarista para adotar uma visão jusnaturalista, ainda assim teríamos que levar em conta de que forma a expansão dos direitos autorais limita o exercício de outros direitos fundamentais.

<sup>214</sup> V. NETANEL, Neil Weinstock. *Copyright's Paradox*. Cit. 119

<sup>215</sup> O problema dos custos de transação é frequentemente abordado por estudiosos do direito autoral. Para mais informações sobre isso, ver: LESSIG, Lawrence. *Free Culture. Como a Grande Mídia Usa a Tecnologia e a Lei Para Bloquear a Cultura e Controlar a Criatividade*. São Paulo: Ed. Francis. s/d

repertório (o que inclui o direito de negar permissão ou cobrar um preço excessivo para o licenciamento do uso das obras), enquanto produtores e indivíduos independentes teriam menos oportunidades de se expressar a partir do caldo cultural já existente, dada a dificuldade na aquisição destes direitos. A distribuição dos custos que o direito autoral possui sobre o discurso, portanto, recairia de maneira desigual sobre as grandes corporações e os indivíduos ou pequenos produtores, oferecendo maior possibilidade de expressão àquelas, em detrimento destes.

Além destes problemas, entretanto, Benkler aponta outro efeito do enrijecimento das regras de propriedade intelectual: a concentração do mercado. Partindo de um exemplo hipotético de um mercado de *infowidgets*<sup>216</sup> e também tomando como base as várias estratégias de produção de informação, o autor explica que:

Outro tipo de efeito de uma mudança na lei pode ser persuadir algumas dessas empresas a mudar de estratégia ou se fundir. Imagine, por exemplo, que a maior parte dos *inputs* necessários para duas editoras em um mercado de *infowidgets*, pertencesse na maior parte das vezes a uma delas. Se as duas editoras se fundissem em uma única empresa do tipo *Mickey*, cada uma poderia utilizar os *outputs* da outra ao seu custo marginal – zero – ao invés de pagar seu preço num mercado com direitos exclusivos. O aumento da proteção aos direitos exclusivos, então, não afetaria os custos da nova empresa resultante da fusão, mas apenas os custos de outras empresas que necessitariam adquirir os direitos sobre os *outputs* desta nova firma no mercado. Considerando esta dinâmica, direitos de exclusividade fortes incentivam a concentração dos detentores de repertório. (...) Além disso, a crescente apropriabilidade<sup>217</sup> no mercado dos direitos exclusivos provavelmente fará com que algumas empresas que atuam na margem entre estratégias não-proprietárias e proprietárias adotem modelos de negócio proprietários. Isso, por sua vez, vai aumentar a quantidade de informação existente somente através de fontes proprietárias. (...) Considerando as diversas estratégias, o primeiro efeito inequívoco de aumentar o escopo e força de direitos exclusivos é o de moldar a população de estratégias de negócio. Direitos exclusivos fortes aumentam a atratividade de estratégias baseadas na exclusividade de direitos, voltadas ou não para o mercado.<sup>218</sup>

<sup>216</sup> Não se encontrou tradução apropriada para esta palavra. Trata-se de uma junção da palavra *widget* (que pode ser traduzido como um pequeno aparelho mecânico ou um pequeno software desenhado para realizar uma certa função) com a palavra informação. Um *infowidget*, portanto, seria algum tipo de mecanismo destinado a lidar de maneira automatizada com a informação.

<sup>217</sup> No original, *appropriability*, com o que Benkler se refere a capacidade de gerar recursos a partir da exploração dos direitos econômicos decorrentes da propriedade intelectual.

<sup>218</sup> No original: “Another kind of effect for the change in law may be to persuade some of the firms to shift strategies or to consolidate. Imagine, for example, that most of the inputs required by the two publishers were owned by the other *infowidget* publisher. If the two firms merged into one *Mickey*, each could use the outputs of the other at its marginal cost—zero—instead of at its exclusive-rights market price. The increase in exclusive rights would then not affect the merged firm’s costs, only the costs of outside firms that would have to buy the merged firm’s outputs from

A tendência de concentração de mercado observada por Benkler, vale ressaltar, já vem sendo observada também por pesquisadores brasileiros. Recente estudo elaborado pelos Institutos de Economia da UFRJ e da Unicamp, chamado Projeto PIB – Perspectivas do Investimento no Brasil, em seu capítulo sobre música, aponta no mesmo sentido. Segundo o referido estudo:

Conseqüentemente, as gravadoras direcionaram seus esforços para a constituição de um amplo catálogo de músicas e os direitos de propriedade intelectual passaram a ser o principal mecanismo de controle e concentração de mercado. A crescente importância dos direitos de propriedade intelectual induziu um processo de fusões e aquisições entre as grandes gravadoras, tendo como objetivo a formação de amplos catálogos de música a serem explorados. Até 1998 havia seis grandes gravadoras no cenário musical internacional. Com a venda da Polygram para a Seagram, passando a ser parte do Universal Music Group, restaram cinco grandes. Com a formação da parceria entre a Sony e a BMG, em 2004, restaram as atuais quatro grandes gravadoras: Warner Music Group; EMI; Sony BMG; e Universal Music Group.<sup>219</sup>

Dessa forma, se assumirmos que o efeito do enrijecimento das regras de proteção aos direitos autorais sobre o mercado é o de induzir à sua concentração, caberia dar um passo além e indagar sobre os efeitos dessa concentração para um livre mercado de ideias e para a diversidade de opiniões relativas a questões políticas. A resposta a que fatalmente chegaríamos, seria a de que os grandes *players* do mercado utilizam as leis de propriedade intelectual para bloquear a entrada de novos competidores, limitando assim a diversidade de visões e ideias em circulação. A discussão de regimes de direito autoral, nesse ponto, apresentaria uma intersecção importante com o extremamente relevante debate sobre a democratização dos meios de comunicação, atualmente muito mais focado na infra-estrutura de comunicações (como por exemplo, o uso do espectro

---

*the market. Given this dynamic, strong exclusive rights drive concentration of inventory owners. We see this very clearly in the increasing sizes of inventory-based firms like Disney. Moreover, the increased appropriability in the exclusive-rights market will likely shift some firms at the margin of the nonproprietary business models to adopt proprietary business models. This, in turn, will increase the amount of information available only from proprietary sources. (...) Given diverse strategies, the primary unambiguous effect of increasing the scope and force of exclusive rights is to shape the population of business strategies. Strong exclusive rights increase the attractiveness of exclusiverights-based strategies at the expense of nonproprietary strategies, whether market-based or nonmarket based.”* Cfr. BENKLER, Yochai. *The Wealth of Networks...* Cit. pp. Pp. 50

<sup>219</sup> DE MATOS, Marcelo Gerson. *Projeto PIB – Perspectivas do Investimento no Brasil. Sistema Produtivo. Perspectivas do Investimento em Cultura.* Documento setorial: Música. Cit. Pp. 9 Disponível em [http://www.projetopib.org/arquivos/ds\\_-\\_cultura\\_-\\_musica.pdf](http://www.projetopib.org/arquivos/ds_-_cultura_-_musica.pdf) [acesso em 12 de maio de 2011]

eletromagnético) do que nos regimes jurídicos destinados ao controle da circulação de conteúdo.<sup>220</sup>

Vale destacar que mesmo se tomarmos como ponto de partida para nossas observações um mercado de bens culturais como o da música ou do cinema, poderemos verificar o impacto do direito autoral sobre a autodeterminação democrática. Em primeiro lugar, pela notável influência que as artes com frequência exercem na formação de opinião sobre questões políticas, seja pelo rompimento de conceitos estéticos, por traduzirem movimentos sociais mais amplos que estejam em curso ou por representar uma visão sobre a sociedade que não raramente não se encerra na obra artística em si. Em segundo lugar, pelo fato de que os grupos de mídia que lidam com a produção de notícias (o tipo de conteúdo destinado, por excelência, a informar sobre as questões políticas), na maior parte das vezes atuam também na produção e comercialização de bens culturais e de outros tipos de bens informacionais, utilizando os *outputs* de um mercado como *input* em outros. Para ficarmos num exemplo brasileiro, bastaria observar as diferentes empresas que compõem as organizações Globo – que atua não somente no mercado de televisão aberta, mas também no de TV por assinatura em seus aspectos de infra-estrutura e produção de conteúdo, internet (também nestes dois aspectos), música (através da Som Livre), filmes (Globo Filmes), jornais (O Globo), revistas (Editora Globo), rádio (CBN e outras), entre outros – para se ter uma noção apenas superficial da transversalidade de atuação do grupo econômico.

Netanel considera essa atuação através de vários mercados para abordar a forma como o direito autoral pode afetar a livre expressão em um efeito bola-de-neve, afirmando que:

Um grande estudio de cinema, por exemplo, pode fazer sequências e remontagens dos seus principais filmes, produzir séries de TV baseadas nos seus filmes, incorporar música que pertence à sua gravadora ou editoras afiliadas, e fazer filmes baseados em livros que pertencem às editoras afiliadas a preços muito menores do que se tivessem que obter todas as licenças necessárias de detentores de direitos autorais independentes. De maneira similar, diferentes unidades de negócio sob o mesmo guarda-chuva corporativo podem explorar uma nova obra através de várias mídias, independentemente de licença, como ocorre quando a

---

<sup>220</sup> Para mais informações sobre como o direito autoral influi em políticas de comunicação, ver: WU, Timothy. *Copyright's Communication Policy*. Michigan Law Review, Vol. 103, No. 2 (Nov., 2004), pp. 278-366. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/4141920> [Acesso em 10.05.2011]

Disney cria pacotes com histórias infantis contendo filme, história em quadrinhos, desenho animado, jogo de computador, e trilha sonora.<sup>221</sup>

O resultado disso é uma grande vantagem competitiva, conferida pelo direito autoral, aos conglomerados de mídia em detrimento de produtores independentes. Isso porque estes produtores, além de possuírem menos recursos para o desenvolvimento de suas atividades, ainda precisam pagar pelos *inputs* que são familiares a uma grande audiência. Ou, em outras palavras, uma grande barreira de entrada a novos competidores no mercado de comunicação.

Ainda no que diz respeito à competição, é preciso mencionar a questão do uso do direito autoral como uma forma de impedir o surgimento de novas plataformas de distribuição. Como Netanel aponta, os grandes conglomerados de mídia buscam impedir que as novas tecnologias limitem seu controle sobre a distribuição de conteúdo, valendo-se muitas vezes do direito autoral para impedir a proliferação de novas mídias e plataformas.

No caso da internet, para ficarmos no exemplo mais recente, é possível observar a movimentação da indústria do entretenimento no sentido de impedir a proliferação e o amadurecimento de redes *peer-to-peer*.<sup>222</sup> Netanel explica que, com o tempo, a tendência é que estas novas plataformas tornem-se um canal de distribuição para novos tipos de conteúdo, independente dos conteúdos já existentes (na maior parte das vezes pertencentes à grande mídia). Ocorre que, para construir uma audiência, é importante oferecer em um primeiro momento conteúdos que sejam reconhecíveis ao grande público. O autor observa que este foi exatamente o percurso realizado pela TV a cabo, que em seu início simplesmente retransmitia o conteúdo das TVs abertas passando, algum tempo

<sup>221</sup> No original: “A major movie studio, for example, can issue sequels and remakes of its hit films, produce television series based on its films, incorporate music owned by its record label and music publisher affiliates, and make motion pictures based on titles owned by its affiliate book publishers at far lower costs than if it had to obtain all required licenses from independent copyright holders. Similarly, different business units under a common corporate umbrella can exploit a new work across several media, license free, as when Disney packages a children’s story as a movie, comic book, TV cartoon, computer game, and sound track.” Cfr. NETANEL, Neil W. *Copyrights Paradox...* Cit. pp. 147.

<sup>222</sup> Para ficar apenas em dois exemplos emblemáticos (Napster e Grokster), observar : A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004 (2001). Disponível em: <http://cyber.law.harvard.edu/~wseltzer/010212-napster.pdf> [acesso em 18.05.2011]; e MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd. 545 U.S. 913 (2005), disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/04-480.ZS.html> [acesso em 18.05.2011]

depois, a criar e transmitir novos tipos de conteúdo destinados a atender nichos de mercado não atendidos pela TV aberta.<sup>223</sup>

Por essa razão, Netanel aponta para a necessidade de existência de um mecanismo de licenciamento compulsório através do qual os detentores do direito autoral são obrigados a licenciar suas obras para uso, mediante uma remuneração ser definida pelo Estado.

Por fim, é importante notar que as legislações de direito de autor, via de regra, possuem mecanismos para salvaguardar o debate político das restrições criadas pela exclusividade autoral. A lei brasileira, por exemplo, possui uma série de limitações ao direito de autor dedicadas à preservação do debate político, em especial através da imprensa. Nesse sentido, o artigo 46 da nossa legislação, estabelece o quanto segue

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

I - a reprodução:

- a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos;
- b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza;

Para além dessas limitações, alguns tipos de conteúdo de interesse coletivo sequer chegam a receber proteção autoral, conforme estipula o artigo 8º, inciso IV. Vejamos:

Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei:

IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais;

Como visto, a determinação do artigo 8º, inciso IV e as limitações previstas no artigo 46 da Lei de Direito Autoral cumprem o papel de permitir a livre reprodução de qualquer ato oficial ou legislação e de salvaguardar a atividade da imprensa. Pelas demais razões expostas neste item, entretanto, não se pode compreender que estes dispositivos são suficientes para assegurar a inexistência de um conflito entre o direito de autor e o objetivo da livre expressão de garantir a autodeterminação democrática.

---

<sup>223</sup> NETANEL, Neil W., *Copyrights Paradox...* Pp. 151 e ss.

Como se observará, o conflito mapeado neste capítulo é agravado pela evolução da tecnologia, realçando aspectos da livre expressão até então obscuros e abrindo fronteiras onde serão travados debates que definirão novos limites e contornos deste direito.