



**UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO
INSTITUTO TRÊS RIOS
DEPARTAMENTO DE DIREITO, HUMANAS E LETRAS**

Alexandre de Serpa Pinto Fairbanks

***O TRATADO DE MARRAQUECHE, DIREITOS
FUNDAMENTAIS E AS LIMITAÇÕES DOS DIREITOS
AUTORAIS***

**Três Rios - RJ
2016**

Alexandre de Serpa Pinto Fairbanks

***O TRATADO DE MARRAQUECHE, DIREITOS
FUNDAMENTAIS E AS LIMITAÇÕES DOS DIREITOS
AUTORAIS***

Trabalho apresentado ao Curso de graduação
em Direito do Instituto Três Rios da
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro,
como requisito parcial à conclusão do curso.

Orientador: Profº. Drº. Allan Rocha de Souza

**Três Rios - RJ
2016**

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UFRRJ/BIBLIOTECA

**O Tratado de Marraqueche, Direitos Fundamentais e as
Limitações dos Direitos Autorais**

FAIRBANKS, Alexandre de Serpa Pinto

/ Alexandre de Serpa Pinto

Fairbanks – 2016. Número de
folhas seguido da letra f.

Orientador: Prof^o. Dr^o. Allan Rocha de Souza

Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro Faculdade de Direito

Autorizo, para quaisquer fins a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Alexandre de Serpa Pinto Fairbanks

***O TRATADO DE MARRAQUECHE, DIREITOS FUNDAMENTAIS E
AS LIMITAÇÕES DOS DIREITOS AUTORAIS***

**Trabalho apresentado ao Curso de graduação
em Direito do Instituto Três Rios da
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro,
como requisito parcial à conclusão do curso.**

Aprovado em: 27 de junho de 2016

**Banca Examinadora: Allan Rocha de Souza, Raphael Carvalho de Vasconcelos,
Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza e Vitor de Azevedo Almeida Junior**

Discente: Alexandre de Serpa Pinto Fairbanks

Orientador: Prof. Dr. Allan Rocha de Souza

Participante: Raphael Carvalho de Vasconcelos

Participante: Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza

Participante: Vitor de Azevedo Almeida Junior

FAIRBANKS, Alexandre de Serpa Pinto. *O Tratado de Marraqueche, Direitos Fundamentais e as Limitações dos Direitos Autorais*. 2016. Número de folhas do trabalho, seguido da letra f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Três Rios, 2016.

RESUMO

O Tratado de Marrakesh foi uma bem sucedida iniciativa liderada pelo Brasil junto à Organização Mundial de Propriedade Intelectual, tendo por objetivo estabelecer limitações mandatórias aos direitos autorais a fim de prover o acesso à leitura em igualdade de condições aos deficientes visuais. Sua incorporação no ordenamento jurídico brasileiro foi concluída em novembro de 2015, quando recebeu o status de Emenda Constitucional, alterando o conteúdo das limitações e promovendo uma revisão sistêmica da proteção aos direitos autorais, na busca por maior equilíbrio interno.

Antes, em 2008, já havia sido ratificado pelo Brasil, também com status de Emenda a Constituição, a Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que, relacionado ao Tratado de Marraqueche em razão de seu conteúdo, estabelece a obrigação de garantir a disponibilidade de bens culturais em formatos acessíveis, e, portando, deveres que vão além das metas restritas do Tratado de Marraqueche, uma vez que não se limita nem ao material impresso nem em benefício unicamente das pessoas com deficiência visual, mas alcança, basicamente, pessoas com qualquer deficiência e todos os tipos de expressões culturais, inclusive tendo sido o elemento motivador do próprio Tratado de Marraqueche.

A partir do momento em que ambos tratados são ratificados com força de Emenda Constitucional, estes têm aplicação direta e imediata, o que nos remete ao problema teórico de fundo sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Defende-se, que isto já está equacionado no ordenamento pátrio com a aceitação da normatividade plena e ampla da

Constituição, da qual não está imune nenhum ramo do direito, inclusive os direitos autorais. E é a partir deste pressuposto teórico que o presente estudo fora desenvolvido.

Levando em consideração as premissas expostas, o objetivo principal enfrentado no presente estudo é discutir as limitações aos Direitos Autorais, frente ao papel promocional e inclusivo do tratado de Marraqueche e da Convenção de Nova Iorque na garantia e efetivação de Direitos Fundamentais dos deficientes. Acessoriamente serão também enfrentadas as seguintes questões: (i) identificação do conteúdo, alcance e contornos da função social das propriedades na Constituição Federal; e (ii) examine a interação entre o Tratado de Marraqueche, a Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a Lei nº 13.146 de 2015 e a Lei de Direitos Autorais (9.610 de 1998).

Metodologicamente o estudo foi realizado mediante pesquisa documental e teórica, por meio de pesquisa bibliográfica, para analisar os dados e informações acerca da internalização do Tratado de Marraqueche, bem como sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. O método de abordagem empregado foi o hipotético-dedutivo para verificar a validade das proposições teóricas do tema enfrentado, e dialético para vislumbrar os contornos e efeitos da incidência do Tratado de Marraqueche e da Convenção de Nova Iorque sobre as limitações aos Direitos Autorais. Além disso, recorreu-se ao método de procedimento histórico para identificar a trajetória do Tratado de Marraqueche no Brasil, desde o processo legislativo até a ratificação pela presidência e sua consequente internalização no ordenamento brasileiro e o método de procedimento funcionalista para analisar o papel dos tratados na inclusão cultural e social das pessoas com deficiência.

Intentando atingir os fins culminados foram desenvolvidos três artigos complementares entre si. O primeiro enfrenta a questão dos contornos, feição e efetividade da função social das propriedades, instituída constitucionalmente e incorporada no Código Civil de 2002. O segundo artigo tem uma abordagem acerca do status dos Tratados sobre Direitos Humanos e Fundamentais no ordenamento brasileiro, com ênfase na decisão 466.343 do Supremo Tribunal Federal, ressalta o conteúdo do processo legislativo de ratificação do Tratado de Marraqueche no âmbito das casas do Congresso Nacional, bem como na presidência da República e, além disso, analisa preliminarmente a reverberação dos efeitos do referido tratado no sistema jurídico nacional, na Lei de Direitos Autorais e na interpretação das suas limitações e exceções. Por fim, o terceiro artigo condensa e faz uma discussão mais aprofundada da questão, a partir do entendimento do Tratado

de Marraqueche como relevante mecanismo na consolidação do acesso à cultura, que, por ter status de Direito Fundamental e consequente aplicabilidade imediata sobre todo o ordenamento, tem por efeito imediato a ampliação das limitações da Lei de Direitos Autorais para assegurar ampla acessibilidade das pessoas com deficiência, concretizando, deste modo, a sua função social.

Ao final, em razão do reconhecimento do direito de acesso à cultura como direito fundamental e da ratificação dos Tratados como Emenda Constitucional, conclui-se indicando os principais efeitos sobre os direitos autorais, quais sejam: (i) a imediata ampliação das limitações aos direitos autorais para viabilizar a inclusão cultural dos deficientes; (ii) consolidação da interpretação extensiva das limitações aos direitos autorais, que tem por base a função social da propriedade; (iii) proibição de cláusulas contratuais impeditivas de disponibilização de obras protegidas em formato acessível às pessoas com deficiência e ao mesmo tempo a presunção de cláusula contratual permissiva desta disponibilização.

Palavras chave: Tratado de Marraqueche; Convenção de Nova Iorque; Efetividade Horizontal dos Direitos Fundamentais; Direitos Autorais; Função Social

Sumário¹

PARTE I – A PROPRIEDADE PRIVADA NO BRASIL: REFLEXOS A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	01
1- Introdução: Direitos Fundamentais e Relações Privadas	03
2- Propriedade e Função Social	06
3- A Função Social da Propriedade nos Tribunais	10
3.1- A Conformação da Propriedade no Recurso Extraordinário nº 466.343	11
3.2- A Usucapião no Recurso Extraordinário nº 422.349	15
3.3- Desapropriação: Mandado de Segurança nº 26.192.....	17
3.4- Direitos Culturais e a Conformação das Propriedades Indígenas e Quilombolas	20
3.5- Expressões Culturais Tradicionais e a Propriedade Industrial	24
3.6- Direitos Autorais e as Limitações Sistêmicas.....	26
4- Conclusão	29
5- Referências	30
 PARTE II – TRATADO DE MARRAKESH NO PLANO NACIONAL DE CULTURA: INCLUSÃO CULTURAL E CIDADANIA	01
1- Introdução.....	01
2- Os Direitos Culturais e os Valores Constitucionais	02
3- A Ratificação do Tratado de Marraqueche no Brasil e a Inclusão Cultural das Pessoas Portadoras de Deficiências.....	06
4- O Tratado de Marraqueche e os Direitos Autorais: Considerações Finais	11
5- Referências	14
 PARTE III – MARRAKESH TREATY RATIFICATION IN BRAZIL: TO WHAT EFFECTS?	01
1- Introduction: Fundamental Rights and private relations in Brazil.....	01
2- International Treaties in the Brazilian Legal System.....	05
3- The Marrakesh Treaty and its internalization in Brazil	12
4- Copyright Limitations and Exceptions in the Legislation and its Judicial Interpretation.....	19
5- Closing remarks: International HR Treaties, Cultural inclusion and Copyright	26
6- References	30

¹ As páginas do sumário representam o constante nos artigos inclusos no presente trabalho.

A PROPRIEDADE PRIVADA NO BRASIL: reflexos a partir da Constituição Federal de 1988

Allan Rocha de Souza¹

Alexandre de Serpa Pinto Fairbanks²

“Ontem, os códigos; hoje, as Constituições. A revanche da Grécia sobre Roma, tal como se deu, em outro plano, na evolução do direito de propriedade, antes justificado pela origem, agora legitimado pelos fins: a propriedade que não cumpre sua função social não merece proteção jurídica qualquer.”³

SUMÁRIO: 1. Introdução: direitos fundamentais e relações privadas; 2. Propriedade e função social; 3. A função social da propriedade nos tribunais; 3.1. A conformação das propriedades no recurso extraordinário nº 466.343; 3.2. A usucapião no recurso extraordinário nº 422.349; 3.3. Desapropriação: mandado de segurança nº 26.192; 3.4. Direitos culturais e a conformação das propriedades indígenas e quilombolas; 3.5. Expressões culturais tradicionais e a propriedade industrial; 3.6. Direitos autorais e as limitações sistêmicas; 4. Conclusão: a propriedade funcionalizada?; 5. Referências.

RESUMO: A partir da Constituição Federal de 1988 o sistema jurídico brasileiro sofreu profundas transformações com relação ao conteúdo da proteção jurídica aos institutos jurídicos tradicionais, dentre eles família, contratos e propriedade. O alcance destas transformações começa a ser mais detalhadamente percebido em seus contornos, uma vez que os tribunais paulatinamente começam a incorporar em sua *ratio* decisória a norma constitucional como superior em relação às demais normas jurídicas (infraconstitucionais), mas também como dotadas de efetividade e eficácia em todas as esferas normativas, inclusive as anteriormente percebidas como exclusivamente privadas, imunes ao influxo do interesse público. Parte essencial deste processo de mudança foi o influxo recebido do processo de reconstrução social, político e jurídico da Europa a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, com profundos efeitos para o direito privado, que se firmou conhecido como um processo de “Constitucionalização do Direito Civil”. Este movimento, com profunda influência no Brasil, impulsionou a revisão jurídica das relações privadas. Até então, o Direito Civil e demais ramos não se submetia à Constituição, compreendida apenas uma norma de regulação dos poderes e competência estatais. Os ramos do direito apenas episodicamente dialogavam entre si. O processo de transformação foi impulsionado com a conclusão do novo Código Civil, em 2002, que incorporou, ainda que timidamente, inúmeros dos princípios, normas e valores constitucionais. Com isso, depara-se o jurista contemporâneo no Brasil com o desafio de harmonizar o conteúdo normativo das normas infraconstitucionais, em especial o Código Civil, com as normas Constitucionais. Instituição consagrada na Constituição e essencial à teoria geral do direito privado, as propriedades (rural, urbana, intelectual, coletiva, etc...) formam um dos núcleos fundamentais do direito privado.

¹Professor and Researcher on Copyright and Cultural Policy at Rio de Janeiro Federal University (UFRJ) and on Civil law and Intellectual Property at UFRRJ/ITR Law School . Author of the books “The Social Function of Copyright” and “Cultural Rights in Brazil”. e-mail: allanrsouza@gmail.com.

²Law School Student and Junior Researcher on Fundamental Rights and Private Relations at UFRRJ/ITR Law School. e-mail: alexandre_spf@hotmail.com

³ Grau, Eros Grau. Em palestra proferida no Instituto dos Advogados do Brasil, completou a afirmação feita por Paulo Bonavides “Ontem os Códigos. Hoje as Constituições”. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67608/70218>. Acesso em: 28 de abril de 2016.

Assim, com este foco, o objetivo deste trabalho é pontuar as transformações ocorridas no universo jurídico nesta seara desde a Constituição Federal de 1988. O objetivo central deste trabalho é, portanto, enfrentar a questão dos contornos, feição e efetividade da função social das propriedades, instituída constitucionalmente e incorporada no Código Civil de 2002.

PALAVRAS-CHAVE: Propriedades; Função Social; Direitos Fundamentais; Relações Privadas.

ABSTRACT: From the Federal Constitution of 1988 onwards, the Brazilian legal system has undergone major changes regarding the content of the legal protection of traditional institutions, including family, contracts and property. The scope of these changes begin to be more fully realized, since the courts gradually have begin to incorporate into its decision-making ratio that the constitutional norms are hierarchically superior in relation to other legal provisions, as well as it is effective in all normative spheres, including the previously perceived as exclusively private, immune to the influence of the public interest. An essential part of this process of change was the influence received from social, political and legal reconstruction processes in Europe since the end of World War II, with profound effects on private law, also known as a process of "constitutionalisation of civil law". This movement with profound influence in Brazil, boosted the legal review of private relations. Until then, the civil law and other branches of private law were not submitted to Constitution suitability, as it was understood only as a stance of regulation of state powers and competence. The branches of law only episodically dialogued with each other. The transformation process was boosted with the completion of the new Civil Code in 2002, which incorporated, albeit timidly, many of the principles, norms and constitutional values. Thus, faces the contemporary jurist in Brazil with the challenge of harmonizing the normative content of the infra-constitutional norms, particularly the Civil Code, to the Constitutional commands. Institution enshrined in the Constitution and essential to the general theory of private law, the properties (rural, urban, intellectual, collective, etc ...) form one of the fundamental cores of private law. So with this focus, the objective of this work is to pinpoint the transformations occurred in the legal universe in this matter since the Federal Constitution of 1988. The main objective of this work is therefore the question of the outlines, scope and effectiveness of the social function of property, constitutionally established and incorporated into the Civil Code of 2002.

KEY-WORDS: Property Rights; Social Function of Property; Fundamental Rights; Private Relations.

1. INTRODUÇÃO: DIREITOS FUNDAMENTAIS E RELAÇÕES PRIVADAS

A partir da segunda metade do século XX, com a consolidação do Estado Constitucional de Direito, ocorrem profundas modificações na forma de se interpretar e aplicar as normas do sistema jurídico. Passo de fundamental importância nesse processo foi a contínua transformação do papel das Constituições, que deixaram de ser mero documento político, para tornarem-se o texto supremo dos ordenamentos, dotado de força jurídica e normativa. Deste modo, foi deixado para trás o ideário da “Carta Política” que apenas positivava os princípios basilares de formação do Estado, passando a Constituição a incorporar normativamente questões relativas à realidade social adjacente⁴. Isto resultou na constitucionalização das matérias que antes eram reguladas somente nos estatutos específicos e diversas legislações infraconstitucionais, restando claro que

a constitucionalização do Direito vai desafiar antigas fronteiras como Direito Público/Direito Privado e Estado/sociedade civil. Isto porque, numa ordem jurídica constitucionalizada, a Constituição não é apenas a lei fundamental do Estado. Ela é a lei fundamental do Estado e da sociedade. Nenhum ramo do Direito escapa completamente às suas malhas⁵

Deste modo, ao passo que a sociedade foi evoluindo, a causuística do Código Civil já não mais conseguia acompanhar os anseios sociais, e, assim, foi “perdendo influência no âmbito do próprio Direito Civil”⁶. A demanda por normatização específica resultou no processo de proliferação de inúmeros sistemas especializados capazes de tutelar temas que antes eram específicos do Código Civil, tais como criança e adolescente; divórcio; locação; alimentos; filiação; consumidor; sociedades empresárias.

⁴“A força normativa da constituição visa exprimir, muito simplesmente, que a constituição sendo uma *lei*, como lei deve ser aplicada. Afasta-se a tese generalizadamente aceita nos fins do século XIX e nas primeiras décadas do século XX que atribuía à constituição um “valor declaratório”, uma natureza de simples direção política, um caráter programático desprovido de força jurídica actual caracterizadora das verdadeiras leis.”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed. Portugal, Coimbra, Almedina, 2003, p. 1150.

⁵.SARMENTO, Daniel. SOUZA, Claudio Pereira de Neto e. (org.) *A constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.113.

⁶BARROSO, Luis Roberto. *A Constitucionalização do Direito e o Direito Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.) *Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional*, São Paulo: Atlas, 2008, p. 243.

A partir do momento que essas diversas fontes vão tendo reconhecida sua força normativa no mundo jurídico, vemos a emergência do problema da complexidade, gerado pela fragmentação das fontes do direito, concomitante com a pluralidade dos valores observados na sociedade. Assim, a multiplicidade de fontes jurídicas paralelas, atuando concomitantemente em micros-sistemas isolados, por vezes com comandos normativos contraditórios entre si, retirando-se do ordenamento um de seus sustentáculos, como segurança jurídica e previsibilidade jurídica, causando, por conseguinte, incerteza ao intérprete do Direito e descrença ao jurisdicionado. Resta, assim, premente, para enfrentamento do problema da complexidade, a necessidade de mudanças paradigmáticas na interpretação e aplicação jurídica.

A solução encontrada para reduzir ou compensar os problemas causados pela complexidade foi a busca por uma nova unidade, já que “ou bem o ordenamento é uno ou não é ordenamento jurídico”⁷. Com o deslocamento da defesa do indivíduo, antes dentro do Código Civil, agora, na Constituição Federal⁸, esta passa, portanto, a fazer o papel central de harmonização e unificação do sistema, dando ao ordenamento jurídico um caráter unitário e superando o problema da fragmentação normativa e resultante complexidade. Assim, “a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia –, mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do direito”⁹.

Para atender aos preceitos atuais do Estado Democrático de Direito, faz-se necessário promover a renovação das fontes do Direito com a superação da dicotomia público privado, pois, afinal,

Se, por um lado, a pluralidade e complexidade dos interesses presentes numa sociedade cada vez mais heterogênea continuam justificando e demandando uma crescente especialização no âmbito jurídico, por outro, há agora um centro de gravidade, capaz de recolher e juridicizar os valores mais importantes da

⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento Jurídico*. In: .SARMENTO, Daniel. E SOUZA NETO, Claudio Pereira de. (org.)A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.316.

⁸TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Temas de Direito Civil*, T.I. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004, pp.1-22

⁹BARROSO, Luis Roberto. *A Constitucionalização do Direito e o Direito Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.)*Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional*, São Paulo: Atlas, 2008, p. 243.

comunidade política, no afã de conferir alguma unidade axiológica e teleológica ao ordenamento.¹⁰

Este processo resulta necessariamente em uma releitura da legislação infraconstitucional, que, agora, não mais são vistas como ilhas isoladas, mas como partes de um todo sistêmico, uma unidade harmônica, de modo que toda interpretação jurídica passa a ser, também, uma interpretação constitucional. Por este prisma, interpretações estanques não sobrevivem à ótica da hermenêutica contemporânea e, uma vez que a distinção entre público e privado passa a ser qualitativa, há casos com mais espaço para a incidência dos preceitos de ordem pública e outros com mais espaço para a autonomia privada.

A nova hermenêutica jurídica, pautada na força normativa da constituição, traz, especificadamente, duas mudanças paradigmáticas na interpretação e aplicação do Direito Civil. A primeira é que, considerando a norma valor da dignidade da pessoa humana como pilar do Estado Democrático de Direito, as questões existenciais fundamentam a república brasileira, assim, o respeito à essência do Ser Humano é condição primeira para qualquer interpretação jurídica, fazendo com que haja um processo de despatrimonialização do direito privado, uma vez que os valores existenciais passam a prevalecer sobre os patrimoniais.

E a segunda é o consequente processo de funcionalização dos institutos que condiciona os direitos dos particulares à ordem constitucional, de tal modo que seus atos só se justificam na medida em que estiverem adequados à essência da atual perspectiva constitucional, consolidada a partir do processo de irradiação dos valores constitucionais e da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, justificadores da natureza solidarista e paritária estabelecida no ordenamento jurídico. A Constituição, reconhecida como o centro normativo substancial – e não só apenas formal - de todo o sistema jurídico, causa, por conseguinte, a reformulação do papel e à própria dualidade entre Código Civil e Constituição.

Assim, com a conscientização no campo jurídico e social de que a Constituição se encontra no ápice do ordenamento e é dotada de força normativa, torna-se imprescindível uma renovada hermenêutica jurídica, pautada na interpretação axiológica, teleológica e sistêmica de um ordenamento que tem como núcleo a proteção

¹⁰SARMENTO, Daniel. SOUZA, Claudio Pereira de Neto e. (org.) *A constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.113.

à dignidade da pessoa humana. Esta nova perspectiva atinge todos os ramos do direito privado, especialmente, para os objetivos deste trabalho, os contornos das propriedades vis-à-vis à exigência de satisfação da função social.

2. PROPRIEDADE E FUNÇÃO SOCIAL

Com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, os conceitos de direito público e privado tiveram “modificados seus significados originários: o direito privado deixou de ser o âmbito da vontade individual e o direito público não mais se inspira na subordinação do cidadão”¹¹.

Sendo o direito de propriedade instituto tipicamente de direito privado e central ao Estado Liberal não foi diferente, pois seus sentidos e escopo sofreram igualmente os efeitos das mudanças. Tendo em vista que estrutura e função são elementos que compõem quaisquer direitos subjetivos¹², a função do direito de propriedade que se esgotava na esfera individual do proprietário tem sido modificada ao passar dos anos para atender aos preceitos e garantias do Estado Social. Esta modificação fica evidente quando se pensa que ainda no Estado Liberal o ordenamento garantia ao proprietário arbitrariedade do exercício de seus direitos subjetivos da forma mais absoluta possível¹³, reconhecendo na propriedade um fim em si mesmo¹⁴. Conquanto, no Estado Social, que carrega para dentro do elemento funcional da propriedade a noção de ordem pública¹⁵ que é, em nosso tempo, pautada nas garantias existenciais do Estado

¹¹MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um direito civil constitucional*. Revista de Direito Civil, n.65, 1993, p.26.

¹²Os institutos jurídicos, em consagrada classificação, decompõem-se em dois elementos: o elemento estrutural e o elemento teleológico ou funcional; em outras palavras, a estrutura e a função. Em síntese, (i) a função corresponde ao interesse que o ordenamento visa tutelar por meio de um determinado instituto jurídico; e (ii) a função de um instituto jurídico pré-determina a sua estrutura. (SCHREIBER, Anderson. Função Social da Propriedade na Prática Jurisprudencial Brasileira. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 6, p.159-182, 2000).

¹³MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um direito civil constitucional*. Revista de Direito Civil, n.65, 1993, p.28.

¹⁴“Enquanto o proprietário do Estado Liberal agia nos limites impostos pela lei, segundo a máxima “posso fazer o que quiser”, o proprietário dos tempos atuais sofre uma remodelação em sua autonomia privada, considerando que deve fazer tudo para colaborar com a sociedade, desde que não se prejudique”. FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil, Direitos Reais*, v. 5. 8. ed. Salvador: Editora jusPodivm, 2012, p. 316.

¹⁵Nesse sentido, Gustavo Tepedino ao afirmar que são “novos parâmetros para a definição da ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa

Democrático de Direito, a nova ordem jurídica impõe aos proprietários, a par dos direitos atribuídos, deveres, ônus e obrigações¹⁶

Cuja observância se erige como condição de tutela daquele direito. Com efeito, a categoria de direito subjetivo é substituída pela situação jurídica subjetiva complexa, composta de direito/dever, e por meio da qual se realizam os interesses individual e coletivo, de modo a concretizar, assim, a função da solidariedade constitucional.¹⁷

Isto porque,

É nesta perspectiva que se coloca a crise do direito subjetivo. Este nasceu para exprimir um interesse plenamente individual e egoísta, enquanto a noção de situação jurídica subjetiva complexa configura a função de solidariedade presente ao nível constitucional.¹⁸

O proprietário continua como principal beneficiário do direito de propriedade, com ampla proteção e predominância em seu domínio sob a coisa, e, deste modo, “a propriedade se mantém privada”¹⁹, mas seu conteúdo se afasta da definição individualista de “poder absoluto do proprietário, para buscar na conformação ao interesse social a sua legitimação, a razão e o fundamento de sua proteção jurídica”²⁰. Entretanto, a projeção da função social sobre a propriedade privada não deve ser entendida de forma negativa pelo proprietário, “mas como a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a um determinado sujeito”²¹.

Esta funcionalidade, que por força do ordenamento constitucional solidarista consubstancia-se em uma função social, está entranhada na própria estrutura do direito subjetivo complexo do proprietário. Sendo reflexo direito do ordenamento jurídico contemporâneo que efetiva “ao lado da função de tutela ou garantia, cada vez mais, a

econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais” (TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. Temas de Direito Civil, T.I. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004, p.22.)

¹⁶ Consoante, “a função social consiste em uma série de encargos ônus e estímulos que formam um complexo de recursos que remetem o proprietário a direcionar o bem às finalidades comuns.” FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil, Direitos Reais*, v. 5. 8. ed. Salvador: Editora jusPodivm, 2012, p.

¹⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil*, vol. XIV, São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 242-243.

¹⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 121.

¹⁹ SCHREIBER, Anderson. *Função Social da Propriedade na Prática Jurisprudencial Brasileira*. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 6, p.159-182, 2000.

²⁰ SCHREIBER, Anderson. *Função Social da Propriedade na Prática Jurisprudencial Brasileira*. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 6, p.159-182, 2000.

²¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 226.

função de promover”²². Afinal, não havia mais sentido manter a lógica repressiva do Estado Liberal, no qual se sancionava negativamente quem contrariasse aos interesses coletivos, enquanto que hoje, ao revés, busca-se em um Estado promocional incentivar as condutas coletivamente favoráveis, instituindo sanções positivas que se mostram capazes de estimular as atividades do proprietário, constituindo uma genuína obrigação de fazer e não fazer em prol da coletividade²³. E, neste contexto, deve ser considerado que

Em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa humana, o conteúdo da função social assume um papel tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento jurídico.²⁴

Quis o constituinte originário garantir no artigo 5º, inciso XXII²⁵, da Constituição Federal, o direito fundamental à propriedade e, logo em seguida, no inciso XXIII²⁶, assegurar que “a propriedade atenderá a sua função social”, ou seja, ao passo que reconheceu, de um lado, o direito de propriedade, de outro, criou a obrigação para o titular de dar ao bem uma destinação condizente com a função social, havendo, desta forma, uma a união indissociável entre a propriedade e a sua função social.

Com isto, parece não restar dúvida que a função social passa a fazer parte do núcleo interno do domínio, configurando como um elemento capaz de fazer a ponte entre os preceitos democráticos e o núcleo individual do proprietário. Deste modo, no exercício dos direitos de usar, gozar e dispor, o proprietário deve conformar a propriedade à função social, funcionalizando, por conseguinte, a estrutura da propriedade aos valores sociais e existenciais do ordenamento. Assim, garante-se a constante conformação do núcleo interno do domínio às mutáveis questões socialmente relevantes, já que enquanto os “elementos estruturais são estáticos, o elemento funcional

²²BOBBIO, Norberto. A função promocional do direito. Da Estrutura à Função: Novos Estudos de Teoria do Direito. Rio de Janeiro: Manole, 2007, p. 13.

²³BOBBIO, Norberto. A função promocional do direito. Da Estrutura à Função: Novos Estudos de Teoria do Direito. Rio de Janeiro: Manole, 2007, p. 1-21

²⁴PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 226.

²⁵BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º, inciso XXII: “é garantido o direito de propriedade”. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 17 de fev. de 2016.

²⁶BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º, inciso XXIII: “a propriedade atenderá a sua função social”. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 17 de fev. de 2016.

é dinâmico e assume um papel decisivo de controle sobre os demais”²⁷. Portanto,

A função social da propriedade corresponde a limitações fixadas no interesse público e tem por finalidade instituir um conceito dinâmico de propriedade em substituição ao conceito estático, representando uma projeção da reação anti-individualista. O fundamento da função social da propriedade é eliminar da propriedade privada o que há de eliminável.²⁸

Neste dinamismo contemporâneo a função social da propriedade alcança diversas formas em atendimento às diversas situações fáticas. Assim sendo, são exemplos normativos constitucionais de que a propriedade deve atender à função social, isto é, aos diversos interesses não-proprietários, sobretudo, conformando os interesses patrimoniais aos de natureza existencial, condicionando a tutela do domínio ao atendimento à dignidade da pessoa humana: (1) impostos municipais²⁹; (2) ordem econômica, no que tange aos seus princípios³⁰; (3) ordem econômica e financeira, ao tratar da política urbana³¹; (4) política agrícola e fundiária e da reforma agrária e as respectivas desapropriações³²; (5) usucapião³³; (6) garantia às terras indígenas³⁴; (7)

²⁷TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil*, vol. XIV. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 240.

²⁸FACHIN, Luiz Edson. A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Fabris Editor. 1988, p. 19-20

²⁹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art.156 – Compete aos Municípios instituir impostos sobre: I – propriedade predial e territorial urbana; §1º - O imposto previsto no inciso I poderá ser progressivo, nos termos da lei municipal, de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 17 de fev. de 2016.

³⁰BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 170, A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: II – a propriedade privada; III – função social da propriedade; VI – a defesa do meio ambiente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 17 de fev. de 2016.

³¹BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 182 – A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. §2º - A propriedade urbana cumpre a sua função social quando às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. §4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I – parcelamento ou edificações compulsórias; II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 17 de fev. de 2016.

³²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 184 – Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária [...] Art. 185 – São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária: I – a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra; II a propriedade produtiva. Parágrafo único – A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos à sua função social. Art. 186 – A função social é cumprida quando a propriedade

expropriação de áreas utilizadas para cultura ilegal de plantas psicotrópicas³⁵, dentre outros.

3. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NOS TRIBUNAIS

É de se perceber, pelos apontamentos anteriores, o processo de mudança paradigmática que atinge o direito brasileiro desde o advento do marco legal instituído

rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 17 de fev. de 2016.

³³BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. § 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. § 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião. Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade. Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 17 de fev. de 2016.

³⁴BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. § 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. § 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei. § 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis. § 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco. § 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 17 de fev. de 2016.

³⁵BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 17 de fev. de 2016.

pela Constituição Federal de 1988. O influxo e expansividade da normatividade constitucional – e em seu bojo a centralidade dos direitos fundamentais e incorporação de valores éticos - a todos os espaços de regulação jurídico-estatal são características marcantes deste período.

A conformação jurídica das propriedades está também sujeita a uma revisão e atualização, tendo em vista os novos paradigmas e proposições teóricas. Mas em que medida a práxis dos tribunais incorporaram estas teorias e sugestões? É justamente este aspecto que será apresentado a seguir, a partir da análise de decisões jurídicas selecionadas dos tribunais superiores.

3.1. A conformação das Propriedades no Recurso Extraordinário nº 466.343

No Recurso Extraordinário 466.343 impetrado no Supremo Tribunal Federal (STF) em 12 de março de 2008, de relatoria do então Ministro Cezar Peluso, em voto proferido pelo relator do acórdão, o Ministro Gilmar Mendes, foi julgado inconstitucional a prisão do depositário infiel, com base nos valores supremos garantidos pelo Estado Constitucional, sobressaindo no entendimento alguns pontos relativos à função social da Propriedade.

Ao iniciar a fundamentação o Ministro relator ressalta que o direito à vida, a possibilidade de ir e vir, a manifestação de opinião e a possibilidade de reunião, são inerentes ao ser humano, preexistindo a qualquer disciplina jurídica³⁶. Diferente do que ocorre com o direito de propriedade, que só é protegido como norma fundamental porque assim quis o ordenamento, de modo que "é a ordem jurídica que converte o simples ter em propriedade"³⁷, ou seja, a proteção constitucional do direito de propriedade só existe devido à motivação legislativa.

Justamente pelo direito fundamental à propriedade ser uma criação do ordenamento jurídico, coube ao legislador o "*mister* de definir, em essência, o próprio

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343/SP. Tribunal Pleno. Relator: Min. Cezar Peluso. Relator do Acórdão, Min. Gilmar Mendes. Voto do Min. Gilmar Mendes. Brasília, 12 de março de 2008, p. 69. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

³⁷ Ibidem, p.69.

conteúdo do direito regulado"³⁸. Com isso o constituinte deu espaço para o legislador ordinário criar normas de conformação que permitem a concretização, restrição ou densificação de algumas faculdades fundamentais inerentes à propriedade³⁹, sendo este "um dever de conferir conteúdo e efetividade aos direitos constitucionais com âmbito de proteção estritamente normativo"⁴⁰ que "obriga o legislador a promulgar complexo normativo que assegure a existência, a funcionalidade e a utilidade privada desse direito"⁴¹. Ao mesmo tempo,

deve-se reconhecer que a garantia constitucional da propriedade está submetida a um processo de relativização, sendo interpretada, fundamentalmente, de acordo com parâmetros fixados pela legislação ordinária. As disposições legais relativas ao conteúdo têm, portanto, inconfundível caráter constitutivo. Isso não significa, porém, que o legislador possa afastar os limites constitucionalmente estabelecidos.⁴²

Essa necessidade de relativização se dá pelo fato do conceito constitucional de propriedade não ser fixo; estático, mas, necessariamente dinâmico, o que legitima novas definições de seu conteúdo, como é o caso da fixação de limites que visam assegurar sua função social. A função social da propriedade "impõe ao legislador um dever de atualização das disposições disciplinadoras do direito de propriedade, tornando, muitas vezes, inevitável uma mudança do próprio conteúdo"⁴³, compatibilizando, por conseguinte, o espaço garantido à autonomia privada com o interesse coletivo. Deve o legislador, portanto,

³⁸ Ibidem, p.70.

³⁹ Sobre esta questão, exemplificou o Ministro Gilmar Mendes: "(1) "a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento" art. 5, XXVI da Constituição Federal de 1988; (2) "aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar" art. 5º, XXVII, da Constituição Federal de 1988; (3) "são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução de imagem e voz humana, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas" art. 5º, inciso XXVIII, da Constituição Federal de 1988". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343/SP. Tribunal Pleno. Relator: Min. Cezar Peluso. Relator do Acórdão, Min. Gilmar Mendes. Voto do Min. Gilmar Mendes. Brasília, 12 de março de 2008, p. 70.

Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343/SP. Tribunal Pleno. Relator: Min. Cezar Peluso. Relator do Acórdão, Min. Gilmar Mendes. Voto do Min. Gilmar Mendes. Brasília, 12 de março de 2008, pp. 71-72. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

⁴¹ Ibidem, p.73.

⁴² Ibidem, p.73.

⁴³ Ibidem, p.78.

considerar a liberdade individual constitucionalmente garantida e o princípio de uma ordem de propriedade socialmente justa - elementos que se encontram em relação dialética na Lei Fundamental - para o fim de, mediante adequada ponderação⁴⁴, consolidar relações equilibradas e justas.⁴⁵

Para atender de forma razoável a esse processo de relativização pela qual a garantia de propriedade está submetida, é necessário atender ao princípio da proporcionalidade, assegurando que as limitações ou conformações ao Direito Fundamental à propriedade sejam adequadas, necessárias e proporcionais, nos casos em que utilidade privada da propriedade conflitar com sua função e vinculação social. Isto implica em afirmar que a propriedade não deve servir exclusivamente à liberdade de exercício do indivíduo, tampouco, unicamente à coletividade. E, dessa maneira,

o poder de conformação do legislador é tanto menor quanto maior for o significado da propriedade como elemento de preservação da liberdade individual. Ao contrário, "a faculdade do legislador para definir o conteúdo e impor restrições ao direito de propriedade há de ser tanto mais ampla, quanto mais intensa for a inserção do objeto do direito de propriedade no contexto social."⁴⁶

Deve, então, ser preservada a utilidade privada da propriedade, como seu núcleo essencial, sem que com isso seu uso extrapole a proteção ao interesse social, uma vez que também está intrínseco, nos elementos internos do domínio, o princípio da função social da propriedade que se abre aos ideais de propriedade socialmente justa e precipuamente garantidora da axiologia constitucional.

Tendo em vista que a Função Social da propriedade é uma norma de conformação do próprio Direito de propriedade, ela precisa ter seus significados garantidos por meio da interpretação sistemática do ordenamento, pois não haveria sentido estabelecer uma norma de conformação a qualquer direito fundamental, sem que

⁴⁴ Sobre essa questão, afirma o Ministro relator Gilmar Mendes que "o poder de conformação do legislador é tanto menor quanto maior for o significado da propriedade como elemento de preservação da liberdade individual. Por outro lado, a faculdade do legislador para definir o conteúdo e impor restrições ao direito de propriedade há de ser tanto mais ampla, quanto mais intensa for a inserção do objeto do direito de propriedade no contexto social." BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343/SP. Tribunal Pleno. Relator: Min. Cezar Peluso. Relator do Acórdão, Min. Gilmar Mendes. Voto do Min. Gilmar Mendes. Brasília, 12 de março de 2008, p. 75. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

⁴⁵ Ibidem, p.75.

⁴⁶ Ibidem, p.75.

esta carregasse em sua estrutura e função, os valores, princípios e garantias constitucionais⁴⁷.

Não há, portanto, garantia à propriedade, mas unicamente garantia à propriedade que atende a sua função social⁴⁸. Nesta perspectiva, a propriedade deve atender aos diversos interesses não-proprietários, sobretudo, conformando os interesses patrimoniais aos de natureza existencial, condicionando a tutela do domínio ao atendimento à dignidade da pessoa humana.

Neste passo, em uma necessária ponderação entre a livre iniciativa e os valores constitucionais inerentes à função social, cabe, de um lado, aos intérpretes dar ao caso concreto função conforme a nova hermenêutica constitucional⁴⁹ e, do outro, é papel do legislador preservar a utilidade privada e o poder de disposição, que compõem o núcleo rígido do direito de propriedade, já que "a vinculação social da propriedade, que legitima a imposição de restrições, não pode ir ao ponto de colocá-la, única e exclusivamente, a serviço do Estado ou da comunidade"⁵⁰, mas a serviço do desenvolvimento das faculdades privadas até à justa medida de não ferir os interesses públicos. Como efeito,

a garantia constitucional da propriedade assegura uma proteção das posições privadas já configuradas, bem como dos direitos a serem eventualmente constituídos. Garante-se, outrossim, a propriedade enquanto instituto jurídico, obrigando o legislador a promulgar complexo normativo que assegure a existência, a funcionalidade, a utilidade privada desse direito.⁵¹

E, além disso,

a pretexto de dar nova conformação ao direito de propriedade, não pode o legislador suprimir a utilidade privada do bem para o seu titular (respeito ao núcleo essencial). Por outro lado, com o propósito de disciplinar a forma de existência ou exercício do direito de propriedade, não pode o legislador tornar impossível a aquisição ou o exercício desse direito.⁵²

Percebe-se, com o exposto, que é inerente ao direito de propriedade a possibilidade de mudança no seu alcance e extensão, resultando em um necessário e constante dever de atualização do seu conteúdo conforme as demandas sociais. Alguns

⁴⁷ Conforme será abordado no item 3.3 deste artigo.

⁴⁸ Conforme exposto no item 2 deste artigo.

⁴⁹ Conforme exposto no item 1 deste artigo.

⁵⁰ Ibidem, p. 76.

⁵¹ Ibidem, p. 73.

⁵² Ibidem, p. 80.

exemplos da praxis jurisdicional são apresentados na análise pontual de casos apresentados junto aos tribunais superiores, que se segue.

3.2. A Usucapião no Recurso Extraordinário nº 422.349

No Recurso Extraordinário nº 422.349, originário do estado do Rio Grande do Sul, impetrado no Supremo Tribunal Federal (STF) em 29 de abril de 2015, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, foi julgado, no tribunal pleno, o conflito entre a metragem mínima do plano diretor municipal e a usucapião especial urbano garantido na Constituição Federal.

Após ser reconhecida a repercussão geral da questão constitucional demandada, firmou-se, por maioria dos votos, a possibilidade de usucapião especial urbana nos casos de metragem inferior ao mínimo exigido no plano diretor municipal, após preenchidos os requisitos do art. 183 da Constituição Federal, já que "o reconhecimento do direito à usucapião especial urbana não pode ser obstado por legislação infraconstitucional que estabeleça módulos urbanos na respectiva área em que situado o imóvel (dimensão do lote)"⁵³.

O Ministro Marco Aurélio, em voto-*visa*, foi o único que não sustentou a tese supracitada, ao entender que "a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências de ordenação da cidade expressas no plano diretor"⁵⁴, assim, "a declaração de procedência dos pedidos formulados na inicial implicaria a criação de unidade territorial autônoma ao arrepio das normas de postura municipais"⁵⁵. Em evidente descompasso com os preceitos e garantias fundamentais, a posição do Ministro não logrou êxito na votação⁵⁶.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 422.349/RS. Tribunal Pleno. Relator: Min. Dias Toffoli.. Voto do Min. Dias Toffoli. Brasília, 29 de abril de 2015, p. 13. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9046379>>. Acesso em: 17 de março de 2016.

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 422.349/RS. Tribunal Pleno. Relator: Min. Dias Toffoli.. Voto- Vista prolatado pelo Min. Marco Aurélio. Brasília, 29 de abril de 2015, pp. 43-44. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9046379>>. Acesso em: 17 de março de 2016.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 40.

⁵⁶ Cabe salientar que o Ministro Marco Aurélio concorda com a aplicação da função social da propriedade, sua discordância foi acerca da aplicação da constituição em relação ao plano diretor municipal. Para tanto, afirma: "Em relação à propriedade urbana – exatamente a situação em exame –, o constituinte foi além e

Do outro lado, o relator e os demais ministros que o acompanharam pautaram-se na adequação da tutela do domínio do proprietário aos padrões de conformação da axiologia constitucional, notadamente solidarista e existencial, pois, nas palavras do Ministro relator,

Descurar da circunstância de que a presente modalidade de aquisição da propriedade imobiliária foi incluída em nossa Carta como forma de permitir o acesso dos mais humildes a melhores condições de moradia, bem como para fazer valer o respeito à dignidade da pessoa humana, erigido a um dos fundamentos da República (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal), fato que, inegavelmente, conduz ao “pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade”, além de “garantir o bem-estar de seus habitantes” (art. 182, caput, da Constituição Federal).⁵⁷

Foi considerado, portanto, que a desconformidade entre a metragem do prédio urbano e as normas municipais não pode violar a efetivação do direito garantido à usucapião especial urbana a quem preencheu os requisitos do art. 183 da Constituição Federal⁵⁸, “até porque, ressalte-se, trata-se de modo originário de aquisição da propriedade”⁵⁹. Ao contrário, em uma evidente perspectiva promocional do ordenamento, aos que atuam em conformidade com a axiologia constitucional deve ser assegurada “a segurança jurídica daquele que deu função social à sua posse,

previu, de forma expressa, no artigo 182, § 4º, a possibilidade de os municípios aplicarem sanções progressivas ao proprietário caso se recuse a conferir aos imóveis urbanos a mencionada função social. O descumprimento da função social da propriedade urbana foi considerado pelo constituinte ato tão grave que o inadimplemento da obrigação pode resultar até mesmo na desapropriação, com pagamento mediante títulos da dívida pública”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 422.349/RS. Tribunal Pleno. Relator: Min. Dias Toffoli.. Voto- Vista prolatado pelo Min. Marco Aurélio. Brasília, 29 de abril de 2015, p. 42. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9046379>>. Acesso em: 17 de março de 2016.

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 422.349/RS. Tribunal Pleno. Relator: Min. Dias Toffoli. Voto do Min. Dias Toffoli. Brasília, 29 de abril de 2015, p. 10. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9046379>>. Acesso em: 17 de março de 2016.

⁵⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 183. Aquele que possuir com sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. § 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. § 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 17 de fev. de 2016.

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 422.349/RS. Tribunal Pleno. Relator: Min. Dias Toffoli.. Voto do Min. Dias Toffoli. Brasília, 29 de abril de 2015, p. 10. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9046379>>. Acesso em: 17 de março de 2016.

estabelecendo no solo urbano a residência da sua família, de forma prolongado no tempo e incontestada”⁶⁰. Não obstante,

O descumprimento do dever social de proprietário significa uma lesão ao direito fundamental de acesso à propriedade. Nesta hipótese, as garantias ligadas normalmente à propriedade, notadamente a de exclusão de pretensão possessória de outrem, deve ser afastada. Como foi adequadamente salientado na doutrina alemã, a norma de circulação social da propriedade não diz respeito, tão-só, ao uso do bem, mas à própria essência do domínio. Quem não cumpre a função social perde as garantias judiciais e extrajudiciais de proteção da posse.⁶¹

Com isso, fica evidente no entendimento da suprema corte brasileira que a usucapião especial busca compatibilizar os direitos do proprietário com os demais direitos fundamentais, tais como o direito à moradia, o princípio da função social e a garantia de uma vida digna, demonstrando que a propriedade tem um novo papel no sistema civil-constitucional brasileiro, o de servir como salvaguarda ao pleno desenvolvimento da pessoa humana nas diversas irradiações da axiologia constitucional. Finaliza o Ministro Luiz Fux afirmando que

A relevância jurídica e social da questão constitucional ora debatida é inegável, já que envolve o direito fundamental de moradia, o princípio da função social da propriedade e um instituto através do qual ambos se realizam, que é a usucapião especial urbana.⁶²

3.3. Desapropriação: Mandado de Segurança nº 26.192

No Mandado de Segurança nº 26.192, originário do estado da Paraíba, impetrado no Supremo Tribunal Federal (STF) em 11 de maio de 2011, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, foi denegada, por unanimidade, no tribunal pleno, a eventual

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 422.349/RS. Tribunal Pleno. Relator: Min. Dias Toffoli.. Voto do Min. Luiz Fux. Brasília, 29 de abril de 2015, p. 33. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9046379>>. Acesso em: 17 de março de 2016.

⁶¹ COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e Deveres Fundamentais em matéria de propriedade. Artigo obtido pela internet, In: Revista nº 03 do Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo11.htm>>.

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 422.349/RS. Tribunal Pleno. Relator: Min. Dias Toffoli.. Voto do Min. Luiz Fux. Brasília, 29 de abril de 2015, p. 35. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9046379>>. Acesso em: 17 de março de 2016.

proibição da desapropriação pleiteada pelo impetrante. Possibilitando, por conseguinte, a desapropriação devido ao interesse público, respaldado pelo direito fundamental à função social da propriedade e fundamentada no art. 184⁶³ da Constituição Federal.

O voto vencido alegou que o Decreto Presidencial garantidor da desapropriação seria nulo, tendo em vista a impossibilidade de desapropriação de média propriedade rural produtiva para fins de reforma agrária. Com efeito, o Ministro relator ressaltou que "o art. 184 da Constituição Federal reserva à União competência exclusiva para desapropriar, por interesse social e para fins de reforma agrária o imóvel que não esteja cumprindo sua função social"⁶⁴. Assim, "a Constituição acentua que a função social da propriedade rural cumpre-se basicamente pela averiguação da produtividade"⁶⁵. Trata-se, neste de caso, de acordo com o voto vencido, de "uma desapropriação para assentamentos de trabalhadores de famílias de agricultores"⁶⁶ de terras improdutivas.

Cabe por bem ressaltar, que, conforme o consentimento dos Ministros, o caso em comento não se trata de uma desapropriação-sanção⁶⁷, caracterizada pela "retirada do imóvel do patrimônio particular porque ele está contrariando o fim social"⁶⁸. Ao revés, a desapropriação para o devido assentamento dos trabalhadores consiste em uma

⁶³BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 184 – Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 17 de fev. de 2016.

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 26.192/PA. Tribunal Pleno. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Voto do Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 11 de maio de 2011, p. 7. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626418>>. Acesso em: 17 de março de 2016.

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 26.192/PA. Tribunal Pleno. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Voto da Min. Carmem Lúcia. Brasília, 11 de maio de 2011, p. 20. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626418>>. Acesso em: 17 de março de 2016.

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 26.192/PA. Tribunal Pleno. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Voto do Min. Luiz Fuz. Brasília, 11 de maio de 2011, p. 12. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626418>>. Acesso em: 17 de março de 2016.

⁶⁷ Foi salientado que uma situação caracterizadora da “desapropriação-sanção” seria o da expropriação quando a terra é aproveitada para fins ilícitos, conforme o disposto no art. 243 da Constituição Federal. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 243 – Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 17 de fev. de 2016.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 26.192/PA. Tribunal Pleno. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Voto da Min. Carmem Lúcia. Brasília, 11 de maio de 2011, p. 15. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626418>>. Acesso em: 17 de março de 2016.

transferência mediante pagamento, ou seja, "não se está diante de uma sanção. Está-se diante do aproveitamento da terra, que o Poder Público entendeu que servirá melhor a uma outra função"⁶⁹.

Deste modo, pautados no latente e comprovado interesse público no que tange ao assentamento dos trabalhadores rurais e suas famílias, ficou confirmado "que é a desapropriação por interesse social"⁷⁰ uma das formas de promoção do desenvolvimento social, de modo que, após preenchidos os requisitos fixados no artigo 184 da Constituição Federal, não havia óbices à desapropriação por decreto da Presidência. Prevalecendo, portanto, o interesse público em detrimento da mal ou não utilização do proprietário, já que a propriedade que não atende a sua função social não merece a plena proteção do ordenamento. "Em outras palavras: não há, no texto constitucional brasileiro, garantia à propriedade, mas tão-somente garantia à propriedade que cumpre a sua função social"⁷¹.

Note-se que a desapropriação é uma ação extrema, pois

Trata-se de intensa intervenção no domínio privado por meio da qual o Estado procura atender à função social da propriedade, retirando do particular o domínio de determinado bem para revertê-lo em benefício da coletividade. Assim, ao mesmo tempo em que o texto constitucional assegura o direito de propriedade como direito e garantia fundamental (art. 5º, XXII), prevê que a lei estabelecerá o procedimento de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa causa e prévia indenização, ressalvados os casos previstos na Constituição (art. 5º, XXII).⁷²

Portanto, verifica-se no entendimento do STF, que a desapropriação tem na supremacia do interesse público expresso nas normas constitucionais seu maior e mais importante fundamento, assim, respaldados nos valores supremos garantidos pelo Estado Constitucional, os ministros evocaram "o que está no rol das garantias constitucionais a temperar o direito de propriedade, ou seja, o interesse coletivo, a necessidade ou a utilização, sob o ângulo da ordem jurídica"⁷³ para atender os preceitos do Estado Democrático de Direito e confirmar o Decreto de desapropriação.

⁶⁹Ibidem, p. 15.

⁷⁰Ibidem, p. 12.

⁷¹TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *A garantia da propriedade no Direito Brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano VI, n. 6, jun. 2005, p. 101-120.

⁷²TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil*, vol. XIV, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 254.

⁷³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 26.192/PA. Tribunal Pleno. Relator:

Min. Joaquim Barbosa. Voto do Min. Marco Aurélio. Brasília, 11 de maio de 2011, p. 14. Disponível em:

3.4. Direitos Culturais e a conformação das propriedades indígenas e quilombolas

Os direitos de propriedade, como percebidos, são sujeitos a conformação, em razão do interesse público e a ordem sócio-econômica. Mas são também diretamente afetados por direitos fundamentais, difusos e coletivos, tais como o direito à habitação e, também, os direitos culturais. São exemplos marcantes do afastamento da proteção proprietária em razão dos direitos culturais as questões relativas às demarcações das terras indígenas e quilombolas e também com relação às expressões culturais tradicionais.

A demarcação das terras indígenas obedece à necessidade de reserva de espaço físico tanto para sua integridade física como cultural. Assim, informa o Supremo Tribunal Federal

Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as ‘imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar’ e ainda aquelas que se revelarem ‘necessárias à reprodução física e cultural’ de cada qual das comunidades étnico-indígenas, ‘segundo seus usos, costumes e tradições’ (usos, costumes e tradição deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios).⁷⁴

Por este relevante motivo, estes direitos não são outorgados, mas simplesmente reconhecidos, “com que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva”. A sua natureza ‘originária’ expressa serem estes direitos mais antigos – e mais relevantes - que quaisquer outros, “de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios”⁷⁵.

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626418>>. Acesso em: 17 de março de 2016.

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Petição n. 3.388-RR. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Brito, Brasília, 06 de abril de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325893>>. Acesso em: 28 de abril de 2016.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Petição n. 3.388-RR. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Brito, Brasília, 06 de abril de 2006. Disponível em:

Pode-se assim afirmar que

A concretização dos direitos culturais demanda a existência de espaços culturais públicos e instrumentalizados para a participação plena e livre na vida cultural. Esta instrumentalização inclui a implantação de condições materiais e imateriais, dentre as quais a existência de espaços físicos que viabilizem as expressões e manifestações, o conhecimento dos modos de criar, fazer e comunicar e as condições jurídicas e econômicas que permitam esta participação e exercício qualificados.⁷⁶

A construção dos espaços de livre trânsito cultural que possibilitam a plena concretização dos direitos culturais deve atentar à pluralidade e diversidade, característica elementar da cultura nacional constitucionalmente protegida. Esta pluralidade está estampada nos §§ 1º e 2º do artigo 215 e *caput* do artigo 216⁷⁷, quando se refere às manifestações dos grupos formadores da brasilidade. Há, portanto, o claro reconhecimento constitucional do pluralismo cultural e da consequente diversidade como formadores da nação e proclamadores das particularidades pátrias.

O próprio modelo de reconhecimento e ocupação das terras indígenas “tanto preserva a identidade de cada etnia como sua abertura para o relacionamento de mútuo proveito com outras etnias indígenas e outros grupamentos não indígenas”⁷⁸. Isto equivale ao reconhecimento jurídico tanto do direito à identidade como do direito ao pluralismo quanto dos princípios de interação respeitosa, democrática, igualitária e inclusiva entre os muitos grupos reunidos por elementos de identificação cultural.

Não só aos grupos indígenas é constitucionalmente assegurado o direito à terra, em razão dos direitos culturais. A Constituição Federal reconhece os mesmos direitos

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325893>>. Acesso em: 28 de abril de 2016.

⁷⁶ SOUZA, Allan Rocha. Direitos Culturais no Brasil. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2012. p. 106.

⁷⁷ BRASIL. Constituição Da República Federativa do Brasil. “Art. 215: O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. § 2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais”. “Art. 216: Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem”.

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Petição n. 3.388-RR. Tribunal Pleno.

Relator: Min. Carlos Brito, Brasília, 06 de abril de 2006. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325893>>. Acesso em: 28 de abril de 2016.

aos descendentes de escravos, nominados de quilombolas.⁷⁹ Aplica-se aqui o mesmo procedimento de reconhecimento e não de outorga destes direitos.

Esta questão está sendo discutida com especial interesse no caso da comunidade quilombola ocupante de parte da Ilha de Marambaia, no Estado do Rio de Janeiro, uma vez que abrange também questões de segurança nacional e terras públicas. O conflito exposto nas ações judiciais relativas ao reconhecimento do direito envolve a Marinha do Brasil, que é a titular legal da área. Em ação civil pública iniciada pelo Ministério Público Federal em face da União, a decisão na primeira instância da Justiça Federal da comarca de Angra dos Reis condenou a União a aceitar a permanência da comunidade e a prática das atividades tradicionais até o fim do procedimento administrativo de reconhecimento.⁸⁰ A sentença de primeira instância, que se encontra hoje em sede de recurso necessário, foi bastante elucidativa na interpretação constitucional do conflito, apontando para a dignidade humana como princípio norteador da ponderação.⁸¹

⁷⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos. Ato das Disposições Constitucionais Transitória. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 17 de fev. de 2016.

⁸⁰ A sentença foi prolatada nos seguintes termos: “Diante do exposto, rejeito as preliminares deduzidas e, no mérito, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO, nos termos do art. 269, I, do CPC, para: a) condenar o réu INCRA a obrigação de fazer consistente na conclusão do processo administrativo de identificação da comunidade da ilha de Marambaia como remanescente de quilombo, e promover, se for o caso, a delimitação, demarcação, titulação e registro imobiliário das terras ocupadas no prazo de um ano a contar de sua intimação desta sentença, sob pena de multa de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) por mês que ultrapassar injustificadamente o referido prazo e; b) condenar a UNIÃO FEDERAL a, até o fim do procedimento administrativo acima citado, tolerar a permanência dos integrantes identificados (fls.951/961) da comunidade negra de Marambaia dentro das áreas que ocupam na área objeto de litígio, abstando-se de adotar qualquer medida que vise à retirada dos mesmos, ou à destruição ou danificação de suas casas e construções, bem como permitir o retorno dos integrantes da referida comunidade que foram desalojados por força de medidas judiciais ou extrajudiciais por ela intentadas, e ainda, tolerar que os moradores da comunidade em questão mantenham seu tradicional estilo de vida, não cerceando seu direito de cultivar roças nas áreas que ocupam podendo reformar ou ampliar suas casas e ainda construir no interior de suas terras casas para seus descendentes.” BRASIL. Justiça Federal – Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Ação Civil Pública n. 2002.51.11.000118-2. 01ª Vara Federal de Angra dos Reis. Juíza Maria de Lourdes Coutinho Tavares, Angra dos Reis, RJ, 25 de setembro de 2008. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/jurisprudencia-1/quilombos/justica-federal/ACP_2002.51.11.000118-2-RJ.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2016.

⁸¹ Conforme elaborado pelo Juízo: “Assim, o art. 68 do ADCT e seus termos não deve ser interpretado de forma restritiva. Pelo contrário, sendo a interpretação constitucional um processo que tem como objetivo revelar o alcance das normas que integram a constituição, aplicando-se o método valorativo, bem como o princípio da hermenêutica constitucional da unicidade da constituição, verifica-se que o comando constitucional acima citado deve ser cotejado sistematicamente com os princípios fundamentais do nosso Texto Constitucional, notadamente o princípio que garante a dignidade da pessoa humana”. BRASIL. Justiça Federal – Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Ação Civil Pública n. 2002.51.11.000118-2. 01ª Vara Federal de Angra dos Reis. Juíza Maria de Lourdes Coutinho Tavares, Angra dos Reis, RJ, 25 de setembro de 2008. Disponível em: <www.jfrj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2009.

A questão principal a ser decidida é se os membros de tal comunidade são ou não remanescentes de quilombos, o que implica no reconhecimento de sua identidade como tal. Para efeitos legais, os quilombos são “as chamadas ‘terras de preto’ ou ‘comunidades negras rurais’”. Estas comunidades, em consonância com os estudos históricos e antropológicos existentes, são constituídas no tempo “através das fugas com ocupação de terras livres e isoladas, mas, igualmente, através de heranças, doações, compras, recebimentos de terras como pagamento de serviços prestados, entre outras formas, anteriores ou posteriores à abolição”⁸².

Os elementos comuns e a continuidade histórica da gênese comunitária são elementos balizadores da formação identitárias de seus membros e, por isso, lhes são garantido o reconhecimento da propriedade das terras sobre as quais detêm a posse. O laudo histórico sobre a ocupação deste espaço de convivência é categoricamente conclusivo neste aspecto quando assevera que

De todo modo, a ilha de Marambaia expressou outrora o poder do grande cafeicultor do Império, Joaquim José de Souza Breves, o Rei do Café. Ela – a ilha – expressa hoje a legitimidade da ocupação de ex-cativos e o reconhecimento, ainda que tardio, do Estado em relação ao direito das minorias, um exemplo emblemático do que se convencionou chamar de terra de preto.⁸³

A questão do reconhecimento das terras quilombolas é enfrentada, *in abstracto*, também na Ação Direta de Inconstitucionalidade impetrada contra o decreto regulamentador n. 4.887/2003.⁸⁴ Argumenta o impetrante – o antigo Partido da Frente Liberal – que o decreto almeja reconhecer os intitulados por meio de auto-atribuição “antes de levar em conta os estudos históricos e antropológicos”, que a pretensão de regular normas constitucionais por Decreto é ilegítima, e que não há de se falar em

⁸² BRASIL. Justiça Federal – Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Ação Civil Pública n. 2002.51.11.000118-2. 01ª Vara Federal de Angra dos Reis. Juíza Maria de Lourdes Coutinho Tavares, Angra dos Reis, RJ, 25 de setembro de 2008. Disponível em: <www.jfrj.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2015.

⁸³ MOTTA, Márcia M. M. Ilha de Marambaia: história e memória de um lugar. In: MOTTA, Márcia; GUIMARÃES, Elione. *História Agrária & Companhia*. São Paulo: Anablume, 2008, p. 17.

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.239-DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Cesar Peluso, Brasília. Petição Inicial. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2227157>>. Acesso em: 16 fev. 2016.

desapropriação – nem da consequente compensação – uma vez que estes direitos são reconhecidos e não atribuídos pelo Poder Público.⁸⁵

A União contesta a questão da ilegitimidade do Decreto para regular a norma constitucional em questão alegando que, por ser auto-aplicável, o decreto apenas institui procedimentos normativos a cargo do Poder Executivo. Atenta para o fato de que a auto-atribuição apenas conhece que a identidade deverá ser considerada critério fundamental no reconhecimento. Por fim, argumenta que a desapropriação das terras ocupadas por particulares almeja simplesmente compatibilizar os direitos de propriedade privada porventura existentes com o reconhecimento da propriedade dos quilombolas, assegurando àqueles, indenização.⁸⁶

A análise dos conflitos que envolvem o reconhecimento da propriedade de terra aos quilombolas deixa claro que é central ao problema a questão do direito à identidade, devendo-se, para a solução dos casos, recorrerem aos direitos culturais.

3.5. Expressões culturais tradicionais e a propriedade industrial

Ainda no que se refere aos bens de natureza imaterial, o Tribunal de Justiça do Ceará apreciou um Agravo de Instrumento em que se questionava o registro de duas marcas no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), em razão dos direitos culturais. A controvérsia centra-se na possibilidade de registro das marcas “Festival da Banana de Uruburetama” e “Festa da Banana de Uruburetama” no INPI, uma vez que identificam festas regionais tradicionais.

A decisão aponta não ser “razoável limitar-se, para a solução do enredo, à simples literalidade da legislação ordinária, pois o suposto direito individual à propriedade das marcas embate-se com o direito à proteção do patrimônio cultural imaterial do povo de Uruburetama”, pois

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 3.239-DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Cesar Peluso, Brasília. Petição Inicial. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2227157>>. Acesso em: 16 fev. 2016.

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informações prestadas pela Presidência da República na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.239-DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Cesar Peluso, Brasília. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2227157>>. Acesso em: 16 fev. 2016

Ainda que se encontre respaldo na lei de propriedade das marcas a favor do registro, não se pode ignorar a importância do festejo para aquela coletividade, pois que é, de fato, uma individualização de valores regionais, identificação de um grupo social e molda-se, dessa forma, à dicção do art. 216 da Lei das Leis.⁸⁷

Continua a decisão unânime afirmando que “o grande obstáculo à inscrição das sobreditas marcas é o resguardo ao patrimônio cultural imaterial do povo de Uruburetama”, completando que as marcas cujos registros são postulados confundem-se com a própria festa cultural tradicional da região e que o enaltecimento dos alegados direitos individuais “colocará em risco a expressividade popular de Uruburetama, que merece proteção”. Ao fim, conclui que “*in casu*, sopesando-se os direitos fundamentais em confronto, há de se prestigiar a expressão cultural da região e manter o proferimento judicial objurgado”⁸⁸.

O problema da apropriação não se resume aos bens patenteáveis ou marcários, pois inclui também a exploração de sua arte, histórias, performances, seja através da proteção marcária ou autoral. Inclui enfim todas as formas de apropriação individual de bens imateriais.⁸⁹ Esta apropriação nega a complexidade cultural destas comunidades na qual os direitos à terra, lendas, arte e outras expressões não são distintas de sua própria identidade, ao mesmo tempo em que corrompe suas visões de mundo e sua conexão com suas comunidades.⁹⁰

O modelo ocidental de proteção do conhecimento e expressões culturais através da propriedade intelectual, na qual são enfatizadas a exclusividade e a propriedade privada individual, acaba por reduzir o próprio conhecimento e expressões culturais a simples bens econômicos sujeitos às regras de mercado, em ofensivo contraste às visões dos grupos indígenas de criação e proteção coletiva.⁹¹ Assim, os direitos de propriedade

⁸⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo n. 40239-05.2003.8.06.0000/0. Terceira Câmara Cível. Relatora: Des. Maria Celeste Thomaz de Aragão, Fortaleza, 06 de fevereiro de 2006. Disponível em: <www.tjce.jus.br>. Acesso em: 10 nov. 2015.

⁸⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo n. 40239-05.2003.8.06.0000/0. Terceira Câmara Cível. Relatora: Des. Maria Celeste Thomaz de Aragão, Fortaleza, 06 de fevereiro de 2006. Disponível em: <www.tjce.jus.br>. Acesso em: 10 nov. 2015.

⁸⁹ NAOMI, Kipuri. *Culture*. In: Organização das Nações Unidas. State of the World's Indigenous Peoples. Report. Disponível em: <<http://www.ip-watch.org/weblog/2010/01/14/un-report-indigenous-rights-ignored-in-global-ip-policy/>>. Acesso em: 14 fev. 2016, p. 71-72.

⁹⁰ *Id. Ibid.*, p. 71-72.

⁹¹ *Id. Ibid.*, p. 75.

intelectual deixam boa parte do conhecimento tradicional destes grupos vulnerável à apropriação, privatização, monopolização e pirataria por terceiros.⁹²

3.6. Direitos Autorais e as limitações sistêmicas

Em 2011, o Superior Tribunal de Justiça enfrentou a questão das limitações dos direitos autorais sob o prisma da lei ordinária, firmando uma diretriz para o Tribunal na padronização da interpretação da legislação federal, e sustentou sua decisão justamente na necessidade de harmonização entre os direitos fundamentais constitucionais de proteção aos direitos autorais e, principalmente, direitos à educação e cultura.

O Recurso Especial (REsp) n 964.404⁹³, decidido em 15 de março de 2011, tratou da possibilidade de cobrança pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) de direitos autorais em razão de execuções musicais e sonorizações ambientais ocorridas durante a abertura do Ano Vocacional em Escola, qualificado como sendo um evento religioso e sem fins lucrativos.

O REsp em análise foi interposto pelo recorrente Mitra Arquidiocesana de Vitória contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJ-ES) que dera provimento à apelação do recorrido, ECAD, tendo como fundamento, especialmente, o art. 68, caput e §3º da Lei 9.610/98⁹⁴, sem qualquer consideração sobre os limites impostos aos direitos autorais. Assim, o TJ-ES considerou, em seu acórdão, que era possível a cobrança pelo recorrido e que a interpretação das limitações era restrita ao estabelecido expressamente na legislação ordinária.

⁹²*Id. Ibid.*, p. 71-72.

⁹³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 964.404/ES. Tribunal Pleno. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Brasília, 15 de março de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1027365&n_um_registro=200701444505&data=20110523&formato=PDF>. Acesso em: 28 de abril de 2016.

⁹⁴BRASIL. Lei nº 9.610 de 1998. Art. 68. Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas. § 3º Consideram-se locais de frequência coletiva os teatros, cinemas, salões de baile ou concertos, boates, bares, clubes ou associações de qualquer natureza, lojas, estabelecimentos comerciais e industriais, estádios, circos, feiras, restaurantes, hotéis, motéis, clínicas, hospitais, órgãos públicos da administração direta ou indireta, fundacionais e estatais, meios de transporte de passageiros terrestre, marítimo, fluvial ou aéreo, ou onde quer que se representem, executem ou transmitam obras literárias, artísticas ou científicas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9610.htm>. Acesso em: 28 de abril de 2016.

Todavia, a recorrente também sustentou o seu pedido no art. 68, caput e §3º da Lei 9.610/98 para sustentar que não houve violação deste, visto que o seu rol não menciona as entidades religiosas, e também no art. 46, VI⁹⁵, da mesma Lei, pois este afasta a interpretação de ofensa aos direitos autorais frente à representação teatral e à execução musical quando são realizadas com fim exclusivamente didático nos estabelecimentos de ensino e sem fins lucrativos.

Na análise do REsp, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Relator), entendeu que a partir de uma leitura isolada do aludido art. 68 da Lei 9.610/98, o evento realizado pela recorrente realmente importaria no pagamento de direitos autorais, apesar do §3º do artigo 68 não se referir expressamente às entidades religiosas. Contudo, assevera a decisão que

Nada obstante, as normas do art. 68 e seus parágrafos fixam apenas o âmbito de proteção *prima facie* da propriedade autoral, surgindo o seu âmbito efetivo de proteção somente após o reconhecimento das restrições e limitações a ela opostas pela própria lei especial.⁹⁶

Reconhece o tribunal que a interpretação de qualquer norma deve considerar o conjunto normativo e não as regras especificamente aplicadas e, neste sentido, indicou que o ministro relator reconheceu que a efetividade da proteção do artigo em comento só seria possível após o “reconhecimento das restrições e limitações a ela opostas pela própria lei especial”, pois

O âmbito efetivo de proteção do direito à propriedade autoral (art. 5º, XXVII, da CF) surge somente após a consideração das restrições e limitações a ele opostas, devendo ser consideradas, como tais, as resultantes do rol exemplificativo extraído dos enunciados dos artigos 46, 47 e 48 da Lei 9.610/98, interpretadas e aplicadas de acordo com os direitos fundamentais.⁹⁷

⁹⁵BRASIL. Lei nº 9.610 de 1998. Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: IV - o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9610.htm>. Acesso em: 28 de abril de 2016.

⁹⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 964.404/ES. Tribunal Pleno. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Brasília, 15 de março de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1027365&num_registro=200701444505&data=20110523&formato=PDF>. Acesso em: 28 de abril de 2016.

⁹⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 964.404/ES. Tribunal Pleno. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Brasília, 15 de março de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1027365&num_registro=200701444505&data=20110523&formato=PDF>. Acesso em: 28 de abril de 2016.

Deste modo, sobre as limitações aos direitos autorais – arts. 46, 47 e 48 da Lei 9.610/98 –, entendeu o Tribunal, sustentado pelas proposições doutrinárias de Allan Rocha de Souza⁹⁸ e Leonardo Macedo Poli⁹⁹, que essas possuem necessariamente caráter exemplificativo. Aduziu que as limitações são representações da importância e da valorização de direitos e garantias fundamentais pelo legislador ordinário em face dos direitos autorais, pois, afinal, “Valores como a cultura, a ciência, a intimidade, a privacidade, a família, o desenvolvimento nacional, a liberdade de imprensa, de religião e de culto devem ser considerados quando da conformação do direito à propriedade autoral.”

Sendo assim, as limitações são o “resultado da ponderação destes valores em determinadas situações, não se pode considerá-las a totalidade das limitações existentes” e que a adoção de entendimento contrário ao caráter exemplificativo das limitações aos direitos do autor, conduziria, em determinados casos, à violação de direito ou garantia fundamental e “ao desrespeito do dever de otimização dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §1º, da CF), que vinculam não só o Poder Legislativo, mas também o Poder Judiciário”. Daí a

Necessidade de interpretação sistemática e teleológica do enunciado normativo do art. 46 da Lei n. 9610/98 à luz das limitações estabelecidas pela própria lei especial, assegurando a tutela de direitos fundamentais e princípios constitucionais em colisão com os direitos do autor, como a intimidade, a vida privada, a cultura, a educação e a religião.¹⁰⁰

Outrossim, afirma o acórdão que esta ponderação não pode ocorrer de forma arbitrária, devendo sempre observar os critérios estipulados pela Convenção de Berna e o Acordo OMC/TRIPS, que se consubstanciam na “regra do teste dos três passos (‘three-step-test’)” segundo o qual “a reprodução não autorizada de obras de terceiros é admitida nas seguintes hipóteses: (a) em certos casos especiais; (b) que não conflitem com a exploração comercial normal da obra; (c) não prejudiquem injustificadamente os legítimos interesses do autor”. O recurso a este critério, internacionalmente

⁹⁸SOUZA, Allan Rocha de. A Função Social dos Direitos Autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica: Brasil: 1988-2005. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006.

⁹⁹POLI, Macedo. Direito Autoral: parte geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 81.

¹⁰⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 964.404/ES. Tribunal Pleno. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Brasília, 15 de março de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1027365&num_registro=200701444505&data=20110523&formato=PDF>. Acesso em: 28 de abril de 2016.

estabelecido, serve como limite à analogia e interpretação extensiva das limitações aos direitos autorais.

Dessa forma, concluiu-se que o caso nos autos se adéqua perfeitamente ao critério em análise, pois é um evento especial – abertura do Ano Vocacional em Escola –, que não conflita com a exploração comercial normal da obra – pois se trata de evento exclusivamente religioso, sem fins lucrativos e com entrada gratuita – e, por fim, não houve prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor, tendo em vista que o evento não foi realizada para alcançar um grande público, mas fora restrito aos indivíduos que possuísem algum vínculo com aquela entidade.

Ao final, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino deu provimento parcial ao recurso especial, excluindo a cobrança de direitos autorais relativas ao caso em análise, uma vez que a interpretação das limitações deve ser entendida como extensiva, justamente em razão dos direitos fundamentais. Os Ministros Vaso Della Giustina, Nancy Andrighi e Massami Ueyda seguiram o voto do Relator e, por unanimidade, a Turma deu parcial provimento ao recurso especial.

Este caso ilustra a funcionalização do conteúdo do direito de propriedade em razão dos direitos fundamentais, além de demonstrar como sua aplicação alcança as várias formas proprietárias, como, por exemplo, a apropriação dos bens artístico-culturais e científicos protegidos por direitos autorais.

4. CONCLUSÃO

O marco histórico das transformações no âmbito do Direito no Brasil foi sem dúvida a Constituição Federal de 1988. Não em razão da simples mudança legislativa e organizacional promovida, mas pelas modificações que instigou na mente dos juristas e operadores do Direito. A penetrabilidade social e institucional das normas constitucionais e o seu espraiar pelo ordenamento ainda estão muito longe de serem alcançados. Mas indiscutivelmente vários passos neste sentido foram dados.

A realização pelos tribunais deste novo paradigma jurídico, pós-positivista, de normatividade e centralidade das normas constitucionais, inclusive seus princípios e valores, funcionalizado os institutos em razão do programa constitucional, fortemente

calcado nos direitos fundamentais, ainda que insuficiente e vagarosa¹⁰¹, começa a ser consumada.

São exemplos desta transformação a limitação ao poder de regulação municipal no estabelecimento de módulos habitacionais que criem óbices a usucapião; a efetivação da desapropriação por interesse social, para fins de alocação de terras para a reforma agrária; a declaração de titularidade ancestral de terras por razões culturais e identitárias, como no caso dos indígenas e quilombolas; a proibição de apropriação privada das expressões culturais tradicionais de grupos sociais por meio da propriedade intelectual; e a compreensão das limitações sistêmicas ao exercício dos direitos autorais enquanto reflexo dos direitos fundamentais.

O que observamos a partir da análise dos casos judiciais destacados é a aceitação, no plano das justificativas das decisões, dos alicerces teóricos da funcionalização das propriedades e também do ideário de efetivação horizontal dos direitos fundamentais. Ao mesmo tempo, contudo, identificamos sinais de morosidade em sua concretização, o que demonstra uma resistência em efetivar tais comandos, tanto no plano estatal quanto entre os particulares, mas que é objeto de uma nova investigação.

5. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. *A Constitucionalização do Direito e o Direito Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.) *Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional*, São Paulo: Atlas, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A função promocional do direito*. In *Da Estrutura à Função: Novos Estudos de Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Manole, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 17 de fev. de 2016.

BRASIL. Justiça Federal – Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Ação Civil Pública n. 2002.51.11.000118-2. 01ª Vara Federal de Angra dos Reis. Juíza Maria de Lourdes Coutinho Tavares, Angra dos Reis, RJ, 25 de setembro de 2008. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/jurisprudencia-1/quilombos/justica-federal/ACP_2002.51.11.000118-2-RJ.pdf>. Acesso em 17 de fev. de 2016.

¹⁰¹ Já são mais de 25 anos da Constituição e só nos últimos poucos anos começa a haver sinais de mudança efetiva na interpretação dos casos práticos pelos tribunais.

BRASIL. Lei nº 9.610 de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9610.htm>. Acesso em: 28 de abril de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 964.404/ES. Tribunal Pleno. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Brasília, 15 de março de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequeencial=1027365&num_registro=200701444505&data=20110523&formato=PDF>. Acesso em: 28 de abril de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 3.239-DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Cesar Peluso, Brasília. Petição Inicial. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2227157>>. Acesso em: 16 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Petição n. 3.388-RR. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Brito, Brasília, 06 de abril de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325893>>. Acesso em: 28 de abril de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 26.192/PA. Tribunal Pleno. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 11 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626418>>. Acesso em: 17 de março de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 422.349/RS. Tribunal Pleno. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 29 de abril de 2015, p. 13. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9046379>>. Acesso em: 17 de março de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343/SP. Tribunal Pleno. Relator: Min. Cesar Peluso. Relator do Acórdão, Min. Gilmar Mendes. Brasília, 12 de março de 2008, p. 69. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed. Portugal, Coimbra, Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *Direitos e Deveres Fundamentais em matéria de propriedade*. Artigo obtido pela internet, In: Revista nº 03 do Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo11.htm>>.

FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*. Porto Alegre: Fabris Editor. 1988.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil, Direitos Reais*, v. 5. 8. ed. Salvador: Editora jusPodivm, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um direito civil constitucional*. Revista de Direito Civil, n.65, 1993.

PERLINGIERI, Pietro. *Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

POLI, Macedo. *Direito Autoral: parte geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SARMENTO, Daniel. SOUZA, Claudio Pereira de Neto e. (org.) *A constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHREIBER, Anderson. *Função Social da Propriedade na Prática Jurisprudencial Brasileira*. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 6, p.159-182, 2000.

SOUZA, Allan Rocha de. *A Função Social dos Direitos Autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica : Brasil: 1988-2005*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006.

SOUZA, Allan Rocha de. *Os Direitos Culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao Código Civil, vol. XIV*. São Paulo: Saraiva, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento Jurídico. In. SARMENTO, Daniel. E SOUZA NETO, Claudio Pereira de. (org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. Temas de Direito Civil, T.I. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *A garantia da propriedade no Direito Brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano VI, n. 6, jun. 2005, p. 101- 120.

TRATADO DE MARRAKESH NO PLANO NACIONAL DE CULTURA: INCLUSÃO CULTURAL E CIDADANIA

Allan Rocha de Souza¹
Alexandre de Serpa Pinto Fairbanks²

RESUMO: A efetivação do direito de acesso à cultura em suas diversas manifestações, nos planos nacional e internacional, é uma das finalidades do Plano Nacional de Cultura, conforme expresso em vários dos objetivos específicos. O Tratado de Marrakesh foi uma bem sucedida iniciativa liderada pelo Brasil junto à Organização Mundial de Propriedade Intelectual. Seu objetivo é estabelecer limitações mandatórias aos direitos autorais a fim de prover acesso à leitura aos portadores de deficiência visual. Sua efetivação no ordenamento jurídico nacional foi concluída em novembro de 2015, quando recebeu o status de Emenda Constitucional. Analisar preliminarmente a reverberação de seus efeitos no sistema jurídico nacional, na Lei de Direitos Autorais e na interpretação das limitações e exceções são os objetivos deste estudo.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à Cultura, Direito Autoral, Tratado de Marrakesh, Limitações.

Introdução

O Tratado de Marraqueche tem por finalidade estabelecer limitações obrigatórias aos direitos autorais para fins de garantir o acesso à cultura das pessoas portadoras de deficiências visuais. Ratificado pelo Brasil no final de 2015 e internalizado com status de Emenda Constitucional, passa a fazer parte do núcleo central de direitos fundamentais submetidos à proibição de retrocesso expressa pela sua caracterização como cláusula pétrea da Constituição Federal. Sua conclusão representa o cumprimento bem sucedido de algumas das ações referentes aos direitos autorais incluídas no Plano Nacional de Cultura.

¹Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor Adjunto e Pesquisador de Direito Civil e Propriedade Intelectual no Curso de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro/Instituto Três Rios. Professor Permanente e Pesquisador de Políticas Culturais e Direitos Autorais no Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento na UFRJ (PPED/IE/UFRJ). Coordenador do Núcleo de Pesquisas em Direito, Artes e Políticas Culturais (NEDAC). E-mail: allanrsouza@gmail.com. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5178459691896082>

²Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro/Instituto Três Rios. Pesquisador do Núcleo de Pesquisas em Direito, Artes e Políticas Culturais (NEDAC). E-mail: alexandre_spf@hotmail.com. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8954789495709084>

Por ser o Tratado ainda muito recente, seus efeitos ainda estão por ser concretizados nas práticas, porém já podem vislumbrados, projetados e até mesmo demandados, em especial no que concerne às políticas públicas e institucionais de acessibilidade cultural, notadamente às pessoas portadoras de deficiências. Em que pese a finalidade do Tratado de Marraqueche de atender especificamente os portadores de deficiências visuais, portadores de outros tipos de deficiência – como auditivas, por exemplo - encontram-se amparados pelo Tratado da ONU para inclusão dessas pessoas em todos os níveis, inclusive culturalmente.

Explorar seus efeitos no ordenamento jurídico é o objetivo principal deste trabalho. E a questão-chave a ser enfrentada é como a internalização deste tratado pode impactar legislação de direitos autorais brasileira e a interpretação das limitações. Para isso, em primeiro lugar é enfrentado o problema dos direitos culturais e sua vinculação com o acesso à cultura e os direitos fundamentais e seu reflexo no Plano Nacional de Cultura. A seguir, são apresentados os trâmites e procedimentos do processo legislativo de internalização do Tratado, bem como seu status no ordenamento jurídico nacional. Ao final, são discutidos os efeitos sobre os direitos autorais e a interpretação das limitações, tendo como base teórica os paradigmas da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Os direitos culturais e os valores constitucionais ³

A experiência cultural é um dos pilares formadores da pessoa e *conditio sine qua non* para o desenvolvimento integral de sua personalidade, pois, a partir destas, são elaboradas e reelaboradas as visões e construídos os universos simbólicos com os quais o mundo é apreendido. O caráter constitutivo das experiências culturais remete ao princípio da dignidade da pessoa humana. O sentimento de pertencimento a uma comunidade, consequência das experiências culturais comuns, e de valoração positiva deste vínculo são pressupostos reconhecidos para a plena cidadania.

Os direitos culturais promovem o desenvolvimento pessoal para uma existência digna, a construção das identidades, a inclusão e exercício da cidadania cultural, a capacitação para o diálogo intercultural e o crescimento socialmente sustentável. Todas estas circunstâncias interagem na justificação e informam o conteúdo dos direitos culturais.

³ Para aprofundamento nos contornos e conteúdo dos direitos culturais, permita-nos indicar a apreciação direta do trabalho original: SOUZA, Allan Rocha de. *Os direitos autorais e as obras audiovisuais cinematográficas: entre a proteção e o acesso*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: Tese de Doutorado, 2010. Ou ainda SOUZA, Allan Rocha de. *Direitos Culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2012.

A amplitude dos efeitos pessoais e sociais dos direitos culturais indica que não há como cumprir os objetivos fundamentais da República de edificação de uma sociedade livre, justa e solidária, de assegurar o desenvolvimento inclusivo e promoção do bem geral sem a sua máxima concreção. Por este motivo, na identificação de seu conteúdo normativo, parte-se de dois pressupostos básicos: (i) os direitos culturais são direitos fundamentais; e (ii) são normatizados e dotados de efetividade no ordenamento jurídico brasileiro.

E, a partir da análise dos dispositivos da Constituição Federal do Brasil de 1988 e dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, complementada pela apreciação das motivações expostas nas decisões judiciais destacadas e pelo exame das contribuições da doutrina especializada, identificou-se que os direitos culturais são constituídos, em primeiro lugar, do direito à livre participação na vida cultural e objetivem, principalmente, assegurar a todos o seu pleno exercício. Mas são também nuclearmente compostos pelos direitos de acesso e fruição das fontes, bens e patrimônio culturais; à identidade, pluralidade e diversidade cultural; a um patrimônio cultural rico, valorizado e protegido.

Estes são os direitos culturais *stricto sensu*, conforme estabelecido no trabalho mencionado, e formam um conjunto de direitos interdependentes, vinculados ao objetivo maior de assegurar a livre participação na vida cultural e garantir o seu pleno exercício. Seus sentidos se complementam e suas aplicações se entrelaçam, reproduzem em sua normatização a dinâmica particular de seu objeto, projetam-se por todo o ordenamento e refletem todas as dimensões dos direitos fundamentais, mas enraízam-se no direito de igualdade. E a igualdade cultural é condição para o diálogo e convivência harmoniosa e o diálogo efetivamente livre é essencial em uma sociedade plural.

O direito de todos ao pleno exercício dos direitos culturais, objetivo máximo de sua efetividade, implica, por ser informado pelas disposições dos tratados internacionais, no direito à livre participação na vida cultural, pois só diante desta possibilidade é possível exercê-los plenamente. A participação deve ser livre em razão do próprio pluralismo, assegurado constitucionalmente, e da diversidade, amparada internacionalmente.

O principal efeito participação na vida cultural é impedir a exclusão involuntária da própria participação. O aspecto negativo da participação só pode ser exercido pela recusa voluntária em participar ativamente da vida cultural, e jamais pode ser imposta a participação, por quaisquer poderes, sejam públicos ou privados. Deve-se notar que esta recusa em si, por implicar em uma decisão individual relacionada à cultura, é uma participação na vida cultural.

Pela sua essencialidade, a restrição à participação só excepcionalmente e justificadamente pode ser efetuada.

Assegurar materialmente a todos o direito de livre participação e o pleno exercício garante as condições para a emancipação e formação cultural, com efeitos cumulativos positivos sobre a formação pessoal e social, condições para o exercício da cidadania, democracia e inclusão culturais, conforme estabelecido nos fundamentos e objetivos da República.

A porta de entrada para o exercício dos direitos culturais e livre participação na vida cultural é o direito de acesso à cultura. Mas, para garantir o livre acesso, é necessária a preservação de espaços e condições existentes, além da constituição de novos, que permitam a livre e plena manifestação, criação e circulação dos bens culturais. Estes são de natureza material (e.g.: equipamentos e financiamento) e imaterial (e.g.: conhecimento, viabilidade técnica ou possibilidade jurídica), e necessariamente implicam na preservação e ampliação do espaço jurídico necessário para que, de fato, seja assegurada a livre participação cultural, condição para o pleno exercício dos direitos culturais. Impõe-se, portanto, a democratização das condições econômicas, jurídicas e sociais para a livre prática cultural.

A ampla acessibilidade aos bens culturais corrobora, ainda, para permitir a livre construção das identidades, elemento de constituição da existência social da pessoa, caracterizando-se os direitos culturais como um verdadeiro direito existencial social. Deste modo, o direito à identidade integra corporifica-se como justificativa principal das garantias de livre participação e pleno exercício destes direitos. O direito à identidade cultural é um importante elemento da dignidade humana.

O direito a um patrimônio cultural rico, valorizado e protegido corrobora a noção de participação cultural e justifica os investimentos públicos na sua conservação, promoção e os incentivos à produção de bens que venham a integrá-lo. Este direito é complementar ao direito de acesso e seu contínuo robustecimento consubstancia a livre participação cultural, e, consequentemente, o pleno exercício destes direitos.

A construção deste patrimônio coletivo deve obedecer à pluralidade e diversidade, tendo por referência os vários grupos participantes da nação, e respeitar as várias formas brasileiras de ser e se expressar. O acesso livre serve também para garantir a liberdade de participação nas diversas manifestações culturais e o pleno desenvolvimento das potencialidades humanas.

A pluralidade é um elemento determinante dos direitos culturais. A convivência social e o diálogo, em vista ao progressivo entendimento e mesmo integração, viabilizam e reforçam a diversidade de formas de ser e se manifestar. Neste cenário, não há espaços para a exclusão. A discriminação afeta diretamente o direito à pluralidade e diversidade, ofende frontalmente os direitos culturais e atinge, também, o direito à identidade, na medida da rejeição à forma particular de ser e viver. O direito à igualdade prepondera na rejeição e criminalização da discriminação, mas é reforçado pelos direitos culturais ao pluralismo e à identidade.

E sendo o patrimônio constituído também pelas expressões artísticas e científicas e o acesso a ponte para a participação na vida cultural e o efetivo exercício dos direitos culturais, não parece razoável imaginar os direitos autorais separados dos direitos e fundamentação cultural – nem nos aspectos pessoais, ou mesmo a proteção empresarial e até transmutação digital, com seus novos objetos e interesses distintos, como nos alertou Ascensão (ASCENSÃO, 2006, *passim*).

O teor dos direitos culturais informa e fundamenta o conteúdo dos direitos autorais, e influencia os direitos de liberdade de expressão e manifestação, comunicação e não discriminação. Às vezes contrapõem-se, em outras se complementam. Ora reforçando, ora limitando, mas sempre legitimando o exercício e as limitações destes direitos.

Em 2005, com a Emenda Constitucional 48, foi acrescido o parágrafo 3º ao artigo 215 da Constituição Federal, estabelecendo a criação de um Plano Nacional de Cultura, com a finalidade de integrar as ações e políticas governamentais e visando o desenvolvimento cultural do país.

Em parte, o conteúdo do Plano Nacional de Cultura⁴ (PNC) foi o resultado das Conferências Nacionais de Cultura ocorridas no decorrer da primeira década do século XXI. Foi promulgado em dezembro de 2010, com o objetivo de direcionar as ações do Estado pelos 10 anos subsequentes, sendo o Ministério da Cultura a principal - mas não única - instituição responsável por transformar tais objetivos em ações. O PNC institui princípios⁵ e objetivos⁶ que afetam diretamente a normatização dos direitos autorais, além de, dentre as estratégias e ações, estabelecer diversas ações diretamente ligadas aos direitos autorais.

⁴ BRASIL. Lei n. 12.343, de 02 de dezembro de 2010. Plano Nacional de Cultura. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/documents/10907/963783/Lei+12.343++PNC.pdf/e9882c97-f62a-40de-bc74-8dc694fe777a> Acesso em 10 fev. 2015.

⁵ Ibid. Art. 1º: Fica aprovado o Plano Nacional de Cultura, em conformidade com o § 3º do art. 215 da Constituição Federal, constante do Anexo, com duração de 10 (dez) anos e regido pelos seguintes princípios: I - liberdade de expressão, criação e fruição; IV - direito de todos à arte e à cultura.

⁶ Ibid. Art. 2º: São objetivos do Plano Nacional de Cultura: V - universalizar o acesso à arte e à cultura.

Quatro disposições do PNC são particularmente relevantes para os objetivos deste trabalho: 1.9⁷; 1.9.4⁸; 1.9.14⁹; 1.9.15¹⁰. Este conjunto pode ser dividido em dois grandes comandos normativos: (a) equilibrar os interesses entre a exclusividade atribuída aos titulares de direitos autorais e o direito de acesso à cultura pelos cidadãos; (b) projetar os interesses nacionais nos organismos internacionais e promover a revisão das regras internacionais a fim de reduzir as desigualdades entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento.

A conclusão e ratificação do Tratado de Marraqueche alcançam, em conjunto, estes dois objetivos, ao promover o equilíbrio entre os interesses econômicos privados dos titulares e o público, sejam coletivos ou difusos, tanto nos planos nacional como internacional. E ainda promove o acesso à cultura como direito fundamental, no caso como representação do princípio da igualdade substancial. E o processo de internalização do Tratado de Marraqueche na ordem jurídica nacional será esmiuçado logo a seguir.

A Ratificação do Tratado de Marraqueche no Brasil e a Inclusão Cultural das Pessoas Portadoras de Deficiências

O Tratado de Marraqueche, primeiro a estabelecer limitações mandatórias, entrará em vigor três meses após o depósito dos instrumentos de ratificação ou adesão de 20 países elegíveis. Até o fim do ano de 2015, treze países o fizeram. O Brasil, que foi um dos principais proponentes e negociadores deste Tratado, depositou sua ratificação em 11 de Dezembro de 2015, após processo legislativo interno de um ano. Relevante e interessante neste processo é o fato de ter sido ratificado com status de Emenda Constitucional, em consonância com o estabelecido na Constituição Federal após 2004.

A Emenda Constitucional número 45 de dezembro de 2004 (EC 45/04), com intuito de sanar a discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da hierarquia dos tratados internacionais de Direitos Humanos no ordenamento brasileiro (CANOTILHO [et al.], 2013,

⁷ Ibid. 1.9 Fortalecer a gestão pública dos direitos autorais, por meio da expansão e modernização dos órgãos competentes e da promoção do equilíbrio entre o respeito a esses direitos e a ampliação do acesso à cultura.

⁸ Ibid. 1.9.4 Adequar a regulação dos direitos autorais, suas limitações e exceções, ao uso das novas tecnologias de informação e comunicação.

⁹ Ibid. 1.9.14 Promover os interesses nacionais relativos à cultura nos organismos internacionais de governança sobre o Sistema de Propriedade Intelectual e outros foros internacionais de negociação sobre o comércio de bens e serviços.

¹⁰ Ibid. 1.9.15 Qualificar os debates sobre revisão e atualização das regras internacionais de propriedade intelectual, com vistas em compensar as condições de desigualdade dos países em desenvolvimento em relação aos países desenvolvidos.

p.519), acrescentou, dentre outros dispositivos, o § 3º ao art. 5º¹¹ da Constituição Federal de 1988, que estabelece o procedimento necessário para estes tratados obterem o status de direitos fundamentais constitucionais.

Desde então, equivalem a emendas constitucionais aqueles tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que internalizados de acordo com os seguintes trâmites: (1) celebração pelo Presidente da República (art. 84, VIII¹² da Constituição Federal de 1988); (2) aprovação pela Câmara dos Deputados e Senado Federal, em dois turnos, em cada Casa, por três quintos dos votos da totalidade dos respectivos membros, com a edição do correspondente decreto legislativo (art. 5º, § 3º¹³, c/c art. 49, I¹⁴ da Constituição Federal de 1988), (3) ratificação pela Presidência da República; e, por último, (4) a promulgação e publicação de seu texto via decreto do Presidente da República.

Ocorre que, segundo algumas correntes doutrinárias, o referido § 3º do artigo 5º acrescenta apenas eficácia formal a esses tratados, uma vez que o art. 5º, § 2º¹⁵ da Constituição Federal de 1988 estabelece a abertura para o "Bloco de Constitucionalidade", isto é, não se pode considerar que os Direitos e Garantias Fundamentais devem estar taxativamente enumerados no título II da Constituição para que possuam eficácia (CANOTILHO [et al.], 2013, pp. 513-523). Deste modo, os tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil têm status materialmente constitucional independente de quórum, posto que, como são corolários da própria à dignidade da pessoa humana, “em vista da sua importância, não podem ser deixados à disponibilidade do legislador ordinário” (MENDES, 2012, p. 195).

Cabe afirmar, que, há poucos anos atrás, todos os tratados ratificados e internalizados no ordenamento jurídico brasileiro estavam em mesmo grau hierárquico da legislação ordinária, fazendo com que os tratados de direitos humanos não possuíssem primazia quando

¹¹ BRASIL. Constituição Federal da República do Brasil. Art. 5º § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

¹² BRASIL. Constituição Federal da República do Brasil. Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: “VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”.

¹³ BRASIL. Constituição Federal da República do Brasil. Art. 5º § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

¹⁴ BRASIL. Constituição Federal da República do Brasil. Art. 49: “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

¹⁵ BRASIL. Constituição Federal da República do Brasil. Art. 5º § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

comparados à legislação infraconstitucional¹⁶. O marco teórico para a mudança de paradigma foi o Recurso Extraordinário 466.343 impetrado no Supremo Tribunal Federal (STF) em 12 de março de 2008, de relatoria do então Ministro Cezar Peluso e capitaneado pelos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, que considerou, majoritariamente¹⁷, revertendo a jurisprudência anteriormente estabelecida por este mesmo Tribunal, que os tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil antes da EC 45/04, que versam sobre direitos humanos, têm eficácia supralegal.

Cabe por bem ressaltar, que há quatro propostas teóricas divergentes acerca do status dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico nacional. A primeira reconhece a natureza supraconstitucional destes tratados, atribuindo-lhes valor hierárquico acima da Constituição; a segunda proposição reconhece estes instrumentos como constitucionais, independente dos procedimentos para sua ratificação; uma terceira proposta atribui-lhes o caráter de lei ordinária; e, por fim, a posição que considera o status supralegal destes tratados, que embora abaixo da Constituição encontram-se acima das normas infraconstitucionais.

Para resolver o conflito, que consistia em decidir com base em qual das teorias supracitadas o Pacto de San Jose da Costa Rica e demais Tratados de Direitos Humanos deveriam ser internalizados no ordenamento jurídico pátrio, duas delas se sobressaíram: a proposta de supralegalidade baseada no voto do Min. Gilmar Mendes, e a proposta de equivalência constitucional, defendida no voto do Min. Celso de Mello. A primeira afirmando o caráter hierárquico supralegal e a segunda o caráter constitucional. O STF, então, reconheceu que, por versar sobre direitos e garantias fundamentais, este tratado (assim como os demais da mesma natureza) encontra-se em posição hierarquicamente superior à legislação infraconstitucional, mas não no mesmo nível da constituição¹⁸, em razão dos procedimentos

¹⁶ Até então, a jurisprudência dominante previa que os tratados internacionais que fossem incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro continham o mesmo nível hierárquico das leis federais comuns. O caso paradigmático foi o Recurso Extraordinário n. 80.004, julgado em 01 de junho de 1977. Esta posição – de equivalência entre os tratados internacionais em geral e as leis federais ordinárias – fora reiterada após o advento da Constituição de 1988, na ADI nº 1.480-3-MC/DF de 18 de maio de 2001, de relatoria do Min. Celso de Mello. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 fev. 2016.

¹⁷ Em decisão apertada, por cinco votos a favor, quatro contrários e uma abstenção, a maioria decidiu votar pela supralegalidade dos tratados que versam sobre direitos humanos, acompanharam o voto do Ministro Gilmar Mendes os Ministros: Carlos Ayres Britto; Carmén Lúcia; Menezes Direito e o Ricardo Lewandowski. Do outro lado, acompanhando o Ministro Celso de Mello, sustentaram a tese da qualificação constitucional destes tratados os Ministros: Cesar Peluso; Ellen Gracie e Eros Grau. Votação disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 fev. 2016.

¹⁸ O Ministro Gilmar Mendes ressaltou em seu voto que os tratados não poderiam ser equiparados às emendas enquanto não fossem aprovados nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, já o Ministro

estabelecidos pela EC 45/04. A decisão, ao final, foi no sentido da incompatibilidade da norma que estabelece a prisão do depositário infiel com o sistema jurídico brasileiro por inconstitucionalidade. Nas palavras do relator para o Acórdão, Min. Gilmar Mendes,

Diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.¹⁹

E conclui que

Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. É o que ocorre, por exemplo, com o art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002).²⁰

Em síntese, o Decreto Federal nº 678²¹ de novembro de 1992, de incorporação ao ordenamento pátrio o Pacto de San Jose da Costa Rica, não permitia a prisão do depositário infiel, conflitando, então, com o art. 652²² do Código Civil vigente. E, em decorrência desta decisão, foi editada a Súmula Vinculante n. 25²³, entendendo, no caso em questão, que a liberdade e a dignidade da pessoa humana são valores que normativamente se sobrepõem à garantia de crédito, paralisando, com isso, a eficácia jurídica da norma ordinária e tornando inócuo a previsão do art. 5º, LXVII²⁴, da Constituição Federal.

No ano de 2008, o Brasil ratificou o Tratado da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência²⁵, bem como seu protocolo facultativo, que reconhece o direito do indivíduo ou grupo de indivíduos apresentarem queixa ao Comitê

Celso de Mello, no voto vencido, afirmava, que, devido ao fato do tratado versar sobre garantia de direitos humanos, este deveria ser equiparado materialmente, em seu conteúdo, independente do quórum de votação, aos Direitos Fundamentais em decorrência do § 2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343/SP. Tribunal Pleno. Relator: Min. Cezar Peluso, Brasília, 12 de março de 2008, pg. 55. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 fev. 2016.

²⁰ Ibid.

²¹ BRASIL. Decreto n. 678 de 1992. Ratifica o Pacto de San Jose da Costa Rica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 13 fev. 2016.

²² BRASIL. Código Civil. Art. 652. Seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos.

²³ BRASIL. Súmula 25: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 13 fev. 2016.

²⁴ BRASIL. Constituição Federal da República do Brasil. Art. 5º LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

²⁵ BRASIL. Decreto Federal nº 6.949. Ratifica o Tratado da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 13 fev. 2016.

dos Direitos das Pessoas com Deficiência. Por versar sobre direitos humanos com aprovação de três quintos dos membros de cada casa do Congresso Nacional, conforme procedimento estabelecido pela EC 45/04, este tratado foi internalizado com status de emenda constitucional, sendo incorporado como cláusula pétrea, isto é, devido a sua importância no Estado Democrático de Direito, limitam o legislador ordinário “assegurando a imutabilidade de certos valores” (MENDES, 2012, p. 139), tendo por base legal o art. 60 § 4º²⁶ da Constituição Federal de 1988.

Relacionado ao Tratado de Marraqueche em razão de seu conteúdo, o Tratado da ONU estabelece em seu artigo 30 a obrigação de garantir a disponibilidade de bens culturais em formatos acessíveis, e, nesse sentido, estabelece deveres que vão além das metas restritas do Tratado de Marraqueche, uma vez que não se limita nem ao material impresso nem em benefício unicamente das pessoas com deficiência visual, mas alcança, basicamente, pessoas portadoras de qualquer deficiência e todos os tipos de expressões culturais.

Após a aprovação do Tratado da ONU, sua efetivação ocorreu com a promulgação de lei federal para a ampla inclusão de pessoas com deficiência, que entrou em vigor a partir de 04 de janeiro de 2016, atingindo os domínios cultural e tecnológico. A Lei n. 13.146²⁷ estabelece, em seu artigo 42, garantias com relação ao direito de acesso aos produtos culturais em formatos acessíveis. E, ainda mais interessante, em seu parágrafo 1º, afirma que "é vedada a recusa de oferta de obras intelectuais em formatos acessíveis às pessoas com deficiência, sob qualquer argumento, incluindo a alegação de proteção dos direitos de propriedade intelectual".

Em 04 de novembro de 2014, logo após as eleições presidenciais, assegurando o segundo mandato da Presidenta Dilma Rousseff, foi enviado o texto do Tratado de Marraqueche ao Congresso Nacional para apreciação. Na Câmara dos Deputados (513 assentos) o tratado foi apresentado às Comissões de Relações Exteriores; Pessoas com deficiência; Cultura; e de Constituição e Cidadania, onde recebeu recomendação de aprovação como Emenda Constitucional. Na primeira das duas rodadas de votação, em 20 de Agosto, 2015, alcançou 341 votos a favor e apenas um contra. Ele foi finalmente aprovado por

²⁶ BRASIL. Constituição Federal da República do Brasil. Art. 60: “A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais”.

²⁷BRASIL. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm Acesso em: 13 fev. 2016.

unanimidade pelos 452 representantes em 08 de setembro, na segunda rodada de votação²⁸.

Uma vez no Senado (81) assentos, foi enviado à Comissão de Relações Exteriores, cujo parecer foi aprovado. Em 24 de novembro, 2015, o Tratado foi aprovado por unanimidade na primeira rodada por 57 senadores e por 52 no segundo turno²⁹. Em primeiro de dezembro de 2015, o presidente assinou a ratificação do Tratado, com o estatuto de Emenda Constitucional. Este é um importante passo no respeito e na valorização da dignidade, liberdade e autonomia individual, pois, intentando a máxima inclusão dos deficientes, acaba por forçar os entes federativos a criar políticas públicas capazes de reprimir a discriminação e fomentar um progresso social isonômico que permita, não de forma meramente formal, o pleno desenvolvimento de todos.

O Tratado de Marraqueche e os direitos autorais: considerações finais

Os direitos fundamentais compõem o núcleo central e irrevogável da Constituição Federal de 1988, espalhando seus efeitos por todo o ordenamento jurídico nacional, afetando a interpretação e aplicação de todas as demais normas jurídicas, afetando seus significados, e pautando as ações e políticas públicas e institucionais.

Incorporados como Emendas Constitucionais, tanto o Tratado de Marraqueche como o Tratado da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, passam então a fazer parte deste núcleo essencial e, necessariamente seus efeitos irão reverberar por todo o ordenamento. Dentre os efeitos principais relacionados ao objeto deste trabalho estão seus efeitos sobre a lei de direitos autorais, em especial no que diz respeito às limitações a estes direitos que determinam os usos livres que podem ser feitos de obras protegidas sem necessidade de autorização prévia ou remuneração.

As limitações aos direitos autorais são um ponto de equilíbrio entre os interesses dos titulares, sejam autores ou organizações empresariais, e o interesse público, da sociedade e dos cidadãos. Elas representam a ponderação entre os diversos direitos fundamentais. São essenciais para a viabilidade e saúde do sistema. Exemplo claro desta posição é o julgamento

²⁸ Para uma visão mais detalhada de todo o processo legislativo na Câmara dos Deputados ver: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao.jsessionid=08E717E21A4E2AEEAFBD274F67703651.proposicoesWeb1?idProposicao=1228455&ord=0> Acesso em 12 fev. 2015.

²⁹ Para uma visão mais detalhada de todo o processo legislativo no Senado Federal ver: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123103> Acesso em 12 fev. 2015.

do Recurso Especial n. 964.404 ³⁰ em 2011 pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), que enfrentou a questão das limitações dos direitos autorais, firmando uma diretriz para a padronização da interpretação da legislação federal, tendo sustentado sua decisão justamente na necessidade de harmonização entre os direitos fundamentais constitucionais de proteção aos direitos autorais e os demais direitos humanos, em especial os referentes à educação e cultura.

Reconheceu o tribunal que a interpretação de qualquer norma deve considerar o conjunto normativo e não as regras especificamente aplicadas e, neste sentido, indicou que o ministro relator reconheceu que a efetividade da proteção do artigo em comento só seria possível após o “reconhecimento das restrições e limitações a ela opostas pela própria lei especial”, pois

O âmbito efetivo de proteção do direito à propriedade autoral (art. 5º, XXVII, da CF) surge somente após a consideração das restrições e limitações a ele opostas, devendo ser consideradas, como tais, as resultantes do rol exemplificativo extraído dos enunciados dos artigos 46, 47 e 48 da Lei 9.610/98, interpretadas e aplicadas de acordo com os direitos fundamentais.

Deste modo, sobre as limitações aos direitos autorais – arts. 46, 47 e 48 da Lei 9.610/98 –, entendeu o Tribunal que essas possuem necessariamente caráter exemplificativo. Aduziu que as limitações são representações da importância e da valorização de direitos e garantias fundamentais pelo legislador ordinário em face dos direitos autorais, pois, afinal, “valores como a cultura, a ciência, a intimidade, a privacidade, a família, o desenvolvimento nacional, a liberdade de imprensa, de religião e de culto devem ser considerados quando da conformação do direito à propriedade autoral”.

Nesta perspectiva, as limitações são o “resultado da ponderação destes valores em determinadas situações, não se pode considerá-las a totalidade das limitações existentes” e que a adoção de entendimento contrário ao caráter exemplificativo das limitações aos direitos do autor, conduziria, em determinados casos, à violação de direito ou garantia fundamental e “ao desrespeito do dever de otimização dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §1º, da CF), que vinculam não só o Poder Legislativo, mas também o Poder Judiciário”. Daí a

Necessidade de interpretação sistemática e teleológica do enunciado normativo do art. 46 da Lei n. 9610/98 à luz das limitações estabelecidas pela própria lei especial, assegurando a tutela de direitos fundamentais e

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 964.404 – ES. Terceira Turma. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 15 de março de 2011. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 10 fev. 2015.

princípios constitucionais em colisão com os direitos do autor, como a intimidade, a vida privada, a cultura, a educação e a religião.

O processo de inclusão cultural é um reflexo do direito à igualdade, sendo instrumento promocional da cidadania e democracia cultural e sustentáculo da dignidade humana. A ampliação e concretização do direito de acesso à cultura é o elemento chave para realização da desejada inclusão cultural. Com a ratificação dos novos tratados, conforme exposto neste artigo, o direito de acesso à cultura adquire um novo e renovado fôlego, demandando que as ações e políticas públicas e legislativas se adequem e correspondam ao status qualificado deste Direito.

Uma das formas de assegurar a efetividade do acesso à cultura é pela expansão das limitações aos direitos autorais que, como visto, é resultado da ponderação entre os direitos fundamentais em potencial colisão. As limitações são utilizações legais de obras protegidas que não precisam de remuneração nem autorização prévia dos titulares. No sentido de otimização do direito de acesso à cultura são exigidas ações de todos os poderes, pois os deveres de otimização obrigam os poderes executivo, legislativo e judiciário.

Aos poderes executivos, em especial o federal, cabe a liderança na efetiva aplicação e persecução dos objetivos e ações previstos no Plano Nacional de Cultura, mormente (1) a expansão das limitações com vistas ao equilíbrio entre os interesses privados dos autores e titulares; (2) a ampla digitalização e disponibilização do domínio público; (3) a inclusão de licenças abertas nas produções financiadas pelo Poder Público; (4) a exigência de disponibilidade de formatos acessíveis. Ao Poder Legislativo cabe principalmente emendar a legislação pertinente de forma a assegurar a objetivação legislativa do direito de acesso à cultura, com a ampliação das limitações e, principalmente, inclusão de uma cláusula geral de limitações, tão necessária à sustentabilidade do próprio sistema de proteção aos direitos autorais.

Por fim, cabe ao Judiciário promover uma interpretação consistente com a necessária ponderação entre a exclusividade autoral e o acesso à cultura, reafirmando a jurisprudência encampada pelo STJ e STF, consolidando a interpretação sistemática e teleológica das limitações e, com isso, solidificando o entendimento de que estas limitações não de ser interpretadas extensivamente e os usos livres expressos na legislação são apenas exemplos de usos livres, e não a totalidade deles.

Referências Bibliográficas

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da internet na sociedade de informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O Direito Intelectual em Metamorfose. In *Revista de Direito Autoral*, ano II, n. 4. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ASCENSÃO, José Oliveira. *Direito do Autor como Direito da Cultura*. In *Cadernos de Pós-graduação*, ano I, n.1, set., 1995, pp. 57-66. Rio de Janeiro: UERJ, 1995.

BRASIL. Decreto Federal nº 6.049. Ratifica o Tratado da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 13 fev. 2016.

BRASIL. Lei n. 12.343, de 02 de dezembro de 2010. Plano Nacional de Cultura. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/documents/10907/963783/Lei+12.343++PNC.pdf/e9882c97-f62a-40de-bc74-8dc694fe777a> Acesso em 10 fev. 2015.

BRASIL. Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm Acesso em: 13 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 964.404 – ES. Terceira Turma. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 15 de março de 2011. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 10 fev. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466.343/SP. Tribunal Pleno. Relator: Min. Cezar Peluso, Brasília, 12 de março de 2008. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 13 fev. 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; Streck, Lenio Luiz [et al.], *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

GEIGER, Christophe. Constitutionalising intellectual property law? The influence of fundamental rights on intellectual property in the European Union. In: *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 37, n. 4, Munique, Alemanha: Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Vasco Pereira. *A cultura a que tenho direito*. Coimbra: Almedina, 2007.

SOUZA, Allan Rocha de. *A Função Social dos Direitos Autorais: uma interpretação civil-constitucional das limitações*. Rio de Janeiro: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2006.

SOUZA, Allan Rocha. *Direitos Culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2012.

VARELLA, Guilherme. *Plano Nacional de Cultura: direitos e políticas culturais no Brasil*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2014.

MARRAKESH TREATY RATIFICATION IN BRAZIL: TO WHAT EFFECTS?

Allan Rocha de Souza ¹

Alexandre de Serpa Pinto Fairbanks²

Abstract:

The main objective of this paper is to examine the likely effects of the ratification of the Marrakesh Treaty in Brazil on copyright limitations, specifically regarding their interpretation by Courts and private organizations, as well as on public policy and for legal change. Thus, we structure the paper in three parts. First we show how the Brazilian Constitution governs the reception of human rights international treaties and conventions and expose their effects throughout the system. We follow by the presentation of the Marrakesh Treaty's ratification process in Brazil, concentrating on the justifications and results of the legislative procedures. The limitations and exceptions in the Brazilian Copyright Act and their contemporary judicial interpretation are laid out on the third part of this work. Finally, we consider the likely and possible effects on public policy, legal change and the judicial interpretation of the limitations. We choose to use primary official sources to present the questions for analyses. Therefore we extensively use legislative records and legal decisions arguments to elaborate on the processes and legal rationales of the political and judicial powers.

Key-words: Fundamental Rights; Copyright; Limitations; Marrakesh Treaty; Brazil

Introduction: Fundamental Rights and private relations in Brazil

Since the Constitution of 1988 entered into force, fundamental rights have the highest status among all norms within the legal system; being at the top of the legal hierarchy. In fact there cannot even be a legislative project to suppress any established fundamental rights. Furthermore, international human rights treaties are incorporated into the Brazilian legal system and their provisions enjoy a special place as well.

¹ Professor and Researcher on Copyright and Cultural Policy at Rio de Janeiro Federal University (UFRJ) and on Civil law and Intellectual Property at UFRRJ/ITR Law School . Author of the books "The Social Function of Copyright" and "Cultural Rights in Brazil". e-mail: allansouza@gmail.com.

² Law School Student and Junior Researcher on Fundamental Rights and Private Relations at UFRRJ/ITR Law School. e-mail: alexandre_spf@hotmail.com

During the following decade Brazil witnessed a phenomenon called by some the “Constitutionalization of the Law”, whereby the entire system and all its legal rules are progressively affected and directly impregnated with constitutional reasoning and references, and their interpretation and meanings are bound by the possibilities and constraints of the constitutional principles and rules.³

It is significant and interesting to note that the legal textbooks from different areas of law published from mid and late 1990s incorporated explicit references to the Constitution, something that was very exceptional in prior times. The legal penetrability of the fundamental rights has reached beyond the traditional areas of public law and exercised its influence on to private relations in general. No legal area was shielded from the renewed influence of constitutional fundamental rights: from family to company law, from the regime of civil capacities to property law, from contracts to inheritance.

It was no different with intellectual property in general and copyright specifically, especially considering that both industrial and author rights are included among the fundamental right in the constitution. At the same time it is true that this was a late arrival, for which we credit two main reasons: the restricted circle where intellectual property and copyright are (were?) confined⁴ and the preeminence of the debate on the ‘constitutionalization of civil law’⁵.

³ One of the key scholars and legal thinkers to defend such review and renewal of Brazilian legal thinking under these terms is the now Supreme Court Judge Luiz Roberto Barroso. His understanding are especially stated in the following works: *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003; *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 7. ed., atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; *O novo direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Fórum, 2012. On this last book the author puts together a selection of the most influential writings as well as a detailed description of the key constitutional cases he worked on during his years in practice.

⁴ It is noticeable that until this century there was only one university (Universidade de São Paulo) which had regular courses and research on intellectual property and copyright. However, since last decade such areas have experienced constant expansion, which changed the reflexive and critical landscape on the issues, likely because of growing perception of the restrictive effects of the 1990s intellectual property and copyright legal norms.

⁵ The process of ‘constitutionalization of civil law’ may be summarized by the concept of direct efficacy of fundamental rights to private relations. The application and practice of such paradigm has deeply changed the interpretation and application of private law, as it has progressively being accepted and applied by courts in all different areas, from family law to contracts, from privacy to property law including IP and copyright. The turning point was the advent of the new Civil Code in 2002, when the debate reached its height. The main proponents and defendants of such paradigm are, among others, Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barbosa, Maria Celina Bodin de Moraes and Luis Edson Fachin (now Supreme Court Judge).

The fact is that there has been a constant influx of influence from the constitutional rights towards the different sectors of the legislation and an ever more presence of fundamental rights reasoning in judicial cases, both from the parties' arguments as well as in the decisions themselves. We believe that this may be the single most important change that happened within the system in the last three decades. All those changes brought the questions and theoretical issues surrounding the application and effectiveness of fundamental rights to the center stage. The hot issues include (of course) questions about collisions between rights of equal strength, the necessity of intermediary legislation for their efficacy and its application to private relations.

It is fair to expect that fundamental rights terms would eventually frame copyright issues. And the 21st century has made it true. The Brazilian Supreme Court has faced a couple of cases regarding the application of fundamental rights to collective management issues.

One interesting case that reached the Supreme Court challenged the exclusivity of the Brazilian music collective management bureau – named Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) – based on the fundamental rights of free association⁶ and (secondarily) of free initiative⁷. It was argued that its exclusivity unconstitutionally restricted the association possibilities of authors, because they had to join one of the associations within the structure in order to exercise collective management over their works.⁸

⁶ BRAZIL. FEDERAL CONSTITUTION OF 1988. Article 5, XVII-XXI: “XVII – freedom of association for lawful purposes is fully guaranteed, any paramilitary association being forbidden; XVIII – the creation of associations and, under the terms of the law, that of cooperatives is not subject to authorization, and State interference in their operation is forbidden; XIX – associations may only be compulsorily dissolved or have their activities suspended by a judicial decision, and a final and unappealable decision is required in the first case; XX – no one shall be compelled to become associated or to remain associated; XXI – when expressly authorized, associations shall have the legitimacy to represent their members either judicially or extra judicially. Available at: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStfSobreCorte_en_us/anexo/constituicao_ingles_3ed2010.pdf

⁷ BRAZIL. FEDERAL CONSTITUTION OF 1988. Article 1. The Federative Republic of Brazil, formed by the indissoluble union of the states and municipalities and of the Federal District, is a legal democratic state and is founded on: IV – the social values of labour and of the free enterprise; Article 170: The economic order, founded on the appreciation of the value of human work and on free enterprise, is intended to ensure everyone a life with dignity, in accordance with the dictates of social justice, with due regard for the following principles (...). Available at: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStfSobreCorte_en_us/anexo/constituicao_ingles_3ed2010.pdf

⁸ BRAZIL. SUPREME COURT. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2054-4, 2003. Available at <http://www.stf.jus.br/portaStf/InteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=2054&classe=ADI>

Considerations on the case were centered on the freedom of association, specifically whether the restriction imposed by copyright law on the association for collective management by authors was constitutional or not. The final majority decision (9-2) concluded that the fundamental rights of free association contained within them the negative aspect of not being obliged to associate. In view of this finding, and because of the need to establish viable means for collective management, which was seen as means to making authors' fundamental rights concrete, the infra-constitutional legislation was allowed to limit the exercise of the freedom of association right by imposing a central office that any associations should then join in, especially because authors could still collect fees for the public performance of their musical works on their own. The decision was only decisive on the possibility of an exclusive collective management society, while all other subjects on its conduct are still unresolved at the constitutional level.

A second copyright case referred to one of the associations that compose the collective management society. The Brazilian Union of Composers (UBC – *União Brasileira de Compositores*) was accused and condemned of having arbitrarily excluded one of its members from the association without attending to the fundamental rights of due process and the right of defense.⁹ In its findings, the Supreme Court expressly states that fundamental rights violations occur in relation to the State as well as among private organizations and or individuals, and that no one, private or public, is allowed to act in violation of the fundamental rights. The decision also stress that

private associations that perform dominant functions in a certain economic or social area, keeping their associates in a relationship of social and or economic dependency, assimilate what is called public space, although non-state. The UBC assimilates the structure of the ECAD [the collective management society] and therefore assumes a privileged position to determine the extent and enjoyment of copyrights [returns] by the associates. The non-recognition of the fundamental rights of 'due process' interferes with the professional freedom of the associates. The public character of the activity performed by the society and the dependency on the associative link for the professional exercise of its associates, in the case in question, calls for the direct application of the fundamental rights of due process, opposition and defense.¹⁰

⁹ BRAZIL. SUPREME COURT. Recurso Extraordinário n. 201.819-8, 2005. Available at <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=201819&classe=RE>

¹⁰ BRAZIL. SUPREME COURT. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2054-4, 2003. Available at

<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=2054&classe=ADI>

Most recently we are waiting for a decision on the limits of the State to regulate the collective management¹¹. The organization is challenging the recent law¹² that changed the collective management procedures and allowed for regulation, as well as created a bureau to promote such regulation. Although we are yet to see a case on copyright limitations at the Supreme Court from a fundamental rights perspective, the examples above show the direct application of fundamental rights to copyright issues.

The main goal here is to examine the likely effects of the ratification of the Marrakesh Treaty in Brazil on copyright limitations, specifically regarding their interpretation by Courts and private organizations, as well as on public policy and for legal change. For such, we structure the paper in three parts. First we show how the Brazilian Constitution rules on the reception of human rights international treaties and conventions and expose their effects throughout the system. We follow by the presentation of the Marrakesh Treaty ratification process in Brazil, concentrating on the justifications and results of the legislative procedures. The limitations and exceptions in the Brazilian Copyright Act and their contemporary judicial interpretation are laid out on the third part of this work. At last, we draw preliminary considerations of likely and possible effects for public policy and legal change and on the judicial interpretation of the limitations.

International Treaties in the Brazilian Legal System

The Marrakesh Treaty, first to establish mandatory limitations, enters into force three months after the deposit of the instruments of ratification or accession by 20 eligible countries. By the end of 2015, thirteen countries have done so. Brazil, which was one of the leading proponent and negotiators of this Treaty at the World Intellectual Property Organization (WIPO), deposited its ratification on December 11, 2015, following a year internal legislative process. Relevant and interesting in this process of

¹¹ BRAZIL. SUPREME COURT. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.062 and 5.065, 2013. There are two Constitutional challenges to the legislation that altered the Copyright Act pending at the Supreme Court. Both challenges were made by the Collective Management Organization and one of its associations. The proceedings are available at <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5062&classe=ADI&origem=A&recurso=0&tipoJulgamento=M>

¹² BRAZIL. Law n. 13.146/15. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12853.htm

ratification is the fact that it has been ratified as a Constitutional Amendment, in line with the contemporary provisions of the Federal Constitution. However, before we proceed to verify the legislative process of ratification of the Marrakesh Treaty in Brazil it will be important to face the question of the role played within the national legal system of the international human rights treaties.

The Constitutional Amendment n. 45 of December 2004 (EC 45/04), in order to settle the doctrinal and jurisprudential debate about the hierarchy of international human rights treaties in the Brazilian legal system¹³, among other changes to the Constitution, added a 3rd paragraph to art 5 of the Brazilian Federal Constitution¹⁴. It established the procedures for granting these treaties the status of fundamental constitutional rights. Since then, are equivalent to constitutional amendments those international human rights treaties and conventions internalized in accordance with the following procedure:

- (1) Signing of the Treaty by the President (Article 84, VIII of the Constitution)¹⁵;
- (2) Approval by the House of Representatives and the Senate, in two rounds, in each House, by three-fifths of the votes of all its members, with the enactment of the corresponding Legislative Decree (Art. 5, § 3, and art . 49, I¹⁶ of the Constitution);
- (3) Ratification by the President; and finally,
- (4) Promulgation and publication of the Treaty via Presidential Decree.

¹³CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; Streck, Lenio Luiz [et al.], *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 519.

¹⁴BRAZIL.FEDERAL CONSTITUTION OF 1988. Article 5: All persons are equal before the law, without any distinction whatsoever, Brazilians and foreigners residing in the country being ensured of inviolability of the right to life, to liberty, to equality, to security and to property, on the following terms: § 3º: International human rights treaties and conventions which are approved in each House of the National Congress, in two rounds of voting, by three-fifths of the votes of the respective members shall be equivalent to constitutional amendments. Available at: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfSobreCorte_en_us/anexo/constituicao_ingles_3ed2010.pdf

¹⁵BRAZIL.FEDERAL CONSTITUTION OF 1988. Article 84. The President of the Republic shall have the exclusive power to: VIII – conclude international treaties, conventions and acts, ad referendum of the National Congress. Available at: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfSobreCorte_en_us/anexo/constituicao_ingles_3ed2010.pdf

¹⁶BRAZIL.FEDERAL CONSTITUTION OF 1988. Article 49. It is exclusively the competence of the National Congress: (I) to decide conclusively on international treaties, agreements or acts which result in charges or commitments that go against the national property. Available at: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfSobreCorte_en_us/anexo/constituicao_ingles_3ed2010.pdf

It turns out that, according to doctrinal understanding, that § 3 of Article 5 only adds formal effects to these treaties, since art. 5, § 2¹⁷ of the Federal Constitution already provides for what is known as the "block of constitutionality"¹⁸ and, therefore, one cannot consider that the constitutional fundamental rights and guarantees are only those exhaustively listed under Title II of the Constitution.¹⁹ And, from this perspective, international human rights treaties ratified by Brazil are materially constitutional regardless of the quorum for its approval and, since fundamental rights are corollaries of the very dignity of the person, it "cannot be left to the convenience the ordinary legislator."²⁰

In that being so, the Constitution already assigns to human rights treaties materially constitutional status and, as a consequence, bring into play art 5, § 1²¹, that guarantees to all fundamental rights "immediate applicability at the national and international levels, from the act of ratification, eliminating the need for any legislative intermediation".²² Having that in mind, the qualified quorum required by art. 5, § 3 of only adds a "formal constitutional stature to those treaties, providing for the 'formal constitutionalisation' of human rights treaties in the domestic legal framework."²³ Such understanding is supported by four main arguments:

¹⁷ BRAZIL. FEDERAL CONSTITUTION OF 1988. Art. 5º § 2º The rights and guarantees expressed in this Constitution do not exclude others deriving from the regime and from the principles adopted by it, or from the international treaties in which the Federative Republic of Brazil is a party. Available at: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStfSobreCorte_en_us/anexo/constituicao_ingles_3ed2010.pdf

¹⁸ On this matter Justice Celso de Melo states that: "International Treaties and Conventions on Human Rights assume, in the internal legal order, Constitutional qualification and must be accentuated that International Treaties and Conventions on Human Rights ratified before the Constitutional Amendment 45/04 are materially constitutional, composing, under this perspective, the conceptual notion of block of constitutionality." BRAZILIAN SUPREME COURT. Recurso Extraordinário n. 466.343/SP, 2008. Opinion of Justice Celso de Melo. p. 129. Available at <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>

¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; Streck, Lenio Luiz [et al.], Comentários à Constituição do Brasil, São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, pg 513-523.

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7º ed., São Paulo: Saraiva, 2012, pg. 195.

²¹ BRAZIL. FEDERAL CONSTITUTION OF 1988. Art. 5º § The provisions defining fundamental rights and guarantees are immediately applicable. Available at: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStfSobreCorte_en_us/anexo/constituicao_ingles_3ed2010.pdf

²² BRAZIL. SUPREME COURT. Recurso Extraordinário n. 466.343/SP, 2008. Opinion of Justice Celso de Melo. p. 136. Available at <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>

²³ BRAZIL. SUPREME COURT. Recurso Extraordinário n. 466.343/SP, 2008. Opinion of Justice Celso de Melo. p. 136. Available at <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>

- (1) The systematic interpretation of the Constitution in order to engage the §§ 2 and 3 of art. 5, since the latter has not revoked the first, but, in reverse, should be interpreted in the light of the constitutional system;
- (2) The logic and rationality of materiality that should guide the hermeneutics of human rights;
- (3) The need to avoid interpretations that point to acute anachronisms of the legal order; and
- (4) The general theory of reception of international human rights treaties within the Brazilian system.²⁴

Until recently, however, the ratified international treaties were considered by the Supreme Court to have the same hierarchical level of any ordinary federal legislation. As a consequence human rights treaties did not have primacy over infra-constitutional legislation²⁵ and could even be revoked by them. It did not seem plausible to attribute to such treaties status of ordinary federal law, given that, in a democratic state, whose founding value is the prevalence of human dignity, the material guarantees expressed in the legislation shall prevail over formal ones, so that “the hierarchy of values must match a hierarchy of norms, and not the other way around. That is to say that material preponderance of a legal right - as is the case of fundamental rights - shall condition the formalities, and not be conditioned by it.”²⁶ Nevertheless, the Supreme Court position with respect to the status of international human rights treaties was reinforced in several cases²⁷, even after the new Constitution was enacted, in 1988.

This position was reviewed in the face of a new case filed in the Supreme Court in 2008. The decision on the appeal n. 466.343 was led by the Judges Gilmar Mendes - rapporteur - and Celso de Mello, and reversed the understanding previously held by the Court, now establishing that international human rights treaties shall have a supra-legal status within the national legal system, in which it is situated under the Constitutional

²⁴PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7º ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 73.

²⁵ Until this case the prevailing understanding was that such treaties were akin to ordinary federal legislation. This position is based on the paradigmatic case at the Brazilian Supreme Court *Recurso Extraordinário* n. 80.004, decided in 1977. Available at <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>

²⁶ BRAZIL. SUPREME COURT. *Recurso Extraordinário* n. 466.343/SP, 2008. Opinion of Justice Celso de Melo, p. 136. Available at <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>

²⁷ Until the outcome of *Recurso Extraordinário* n. 466.343/SP, 2008, which reversed the standard position, other Supreme Court decisions maintained the position held by *Recurso Extraordinário* 80.004, such as HC n° 72.131/RJ, 2003; ADI-MC n° 1.480/DF, 2001; HC n° 79.870/SP, 2000; HC n° 77.053/SP, 1998; RE n° 206.482/SP, 2003; RHC n° 80.035/SC, 2001.

norms but above all infra-constitutional legislation. It was a tight decision, with five votes for the supra-legal status and four in favor of a constitutional status for such treaties.²⁸

The equivalent position of international human rights treaties to ordinary legislation was gradually abandoned by the Court, while its general direction and perspective turned mainly to protect the human being as such above all other values. The understanding that international treaties and conventions on human rights play a key role in consolidating the humanitarian rights and guarantees was essential to overcome the prior position by the Court, since to attribute to such treaties the same rank as ordinary federal legislation would in fact reduce the level of the protection given to the persons within the legal system.

It is noteworthy to notice that there are four different theoretical proposals about the status of international human rights treaties within the national system. The first recognizes the supra-constitutional nature of these treaties. The second proposal adopts the understanding of their constitutional status. A third position considers such treaties to hold a supra-legal status, which although positioned under the Constitution, are ranked above the infra-constitutional norms. Finally, a fourth position advocates for their equivalence to federal ordinary law.

The first of these approaches defends that the international human rights treaties and conventions should hold a hierarchical value above the Constitution, possessing therefore a supra-constitutional nature. However this position confronts the most basic founding principle of the Brazilian legal system, which is the formal and material supremacy of the Federal Constitution over all other norms. Thus, the acceptance of this model would preclude the Supreme Court from exercising the constitutionality control of the international instruments and if the Constitution is the precondition of validity of all international treaties they could not supersede it.

The second proposition, which attributes constitutional status to these international instruments, is primarily based on the system opening given by § 2 of art 5 of the Constitution, prescribing their automatic inclusion within the scope of core

²⁸ Voted for the supralegal status of the International Treaties on Human Rights the Justices Gilmar Mendes (majority opinion leader), Carlos Ayres Britto, CarménLúcia, Carlos Alberto Menezes Direito and Ricardo Lewandowski. Supporting the constitutional equivalence were Justices Celso de Mello (minority opinion leader), Cesar Peluso, Ellen Gracie and Eros Grau.

fundamental rights and, therefore, with constitutional status.²⁹ It is noteworthy that, in this perspective, if there is a direct conflict between a constitutional norm and the human rights treaty, the ideal hermeneutic solution would be to apply the more favorable provision to the victim, thus "domestic law and international law would be in constant interaction in the realization of the convergent and common purpose of protecting the rights and interests of human beings."³⁰

The third theoretical suggestion assigns supra-legal status to such instruments. It makes the assertion based on the argument that that they are submitted to the Constitution and therefore cannot be on the same hierarchical level, but, because of their special content, they ought to be positioned above all other infra-constitutional laws. So, these treaties would be in an intermediary position within the Brazilian legal system and qualified as "legal diplomas superior to domestic laws in general, nonetheless subordinated to the Constitution authority"³¹, or, in other words, "the human rights treaties could not defy the supremacy of the Constitution, but would have special place within the legal system. Making them akin to ordinary legislation would underestimate its special value in the context of the system of protection of the rights of the human beings."³²

The fourth and last of doctrinal proposals only recognizes the status of ordinary law to such international documents, and if it were to occur, there would be the possibility of a treaty or human rights convention have its effects suspended by a "simple ordinary law" enacted in the future. As explained above, it is worth emphasizing that this position has been overcome by the Supreme Court, since international treaties on human rights are forms of protection of the human beings at the international level and, therefore, when internalized by ratification in the Brazilian legal system, should be given the higher constitutional status of fundamental right, which is the internal way to protect the most valuable legal rights, related to human existence, pillars of a contemporary democratic state.

²⁹ Such understanding is valid only for Human Rights Treaties and Conventions, and are not extensive to other subject matters.

³⁰ BRAZIL. SUPREME COURT. Recurso Extraordinário n. 466.343/SP, 2008. Opinion of Justice Gilmar Mendes.p. 37. Available at <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>

³¹ BRAZIL. SUPREME COURT. Recurso Extraordinário n. 466.343/SP, 2008. Opinion of Justice Celso de Melo.p. 125. Available at <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>

³² BRAZIL. SUPREME COURT. Recurso Extraordinário n. 466.343/SP, 2008. Opinion of Justice Gilmar Mendes.p. 49. Available at <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>.

To resolve the conflict of under which paradigm the San Jose Pact and other human rights treaties should be internalized within the Brazilian legal system, two schools of thought stood out: the proposed supra-legal status, based on the vote of Min. Gilmar Mendes, who wrote the majority opinion on the case, and the proposed constitutional equivalence, defended the vote Min. Celso de Mello, responsible for the minority opinion. The Supreme Court, at the end, recognized that for being about fundamental rights and guarantees, this treaty (as well as others of the same nature) shall be hierarchically superior to the ordinary legislation, but not at the same level of the constitution, because of the procedures established by EC 45/04.

The decision of the case, in the end, was for the incompatibility of the rule establishing the arrest of an ‘unfaithful’ trustee within the Brazilian legal system as unconstitutional because, in the rapporteur's words, Justice Gilmar Mendes, “faced with an unequivocal special character of international treaties that focus on human rights protection, it is not difficult to understand that their internalization in the legal system, through the ratification procedure of the Constitution, has the power to paralyze the legal force of any infra normative discipline that conflicts with it”³³, and goes on to conclude that “in view of the supra-legal character of these international instruments, the subsequent infra-constitutional legislation with them is in conflict also has its paralyzed effectiveness. This is what happens, for example, with art. 652 of the new Civil Code (Law n. 10.406 / 2002).”³⁴

Finally, the Federal Decree n. 678 of November 1992, incorporating the Pact of San Jose of Costa Rica, did not allow for the arrest of an ‘unfaithful’ trustee, being in conflict with art. 652 of the current Civil Code. As a result of this decision was issued the ‘Súmula’ (a binding precedent directive) n. 25 forbidding definitely the imprisonment of the unfaithful trustee based on the understanding that, in this case, freedom and human dignity are values that normatively overlap credit guarantees and property rights, paralyzing, therefore, the legal effectiveness of ordinary legislation and

³³ BRAZIL. SUPREME COURT. Recurso Extraordinário n. 466.343/SP, 2008. Opinion of Justice Gilmar Mendes.p. 55.Available at <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>.

³⁴ BRAZIL. SUPREME COURT. Recurso Extraordinário n. 466.343/SP, 2008. Opinion of Justice Gilmar Mendes.p. 55.Available at <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>.

turning ineffectual the provision of art 5 LXVII³⁵ of the Federal Constitution, which would exceptionally allow for the imprisonment of the 'unfaithful' trustee.³⁶

The combination between the Constitutional Amendment 45/04, which establishes procedures for the internalization of international human rights treaties as core constitutional rights, and the decision on the case above described, which sets as supra-legal all human rights treaties ratified before 2004, reinforce the strength of the fundamental rights within the legal system and their content is expected to spread through the entire system, affecting all legislation and relations, including copyright.

The Marrakesh Treaty and its internalization in Brazil

On January 16, 2014, it was forwarded to the Presidency a joint memoir by the Ministries of Foreign Affairs, of Culture and by the Human Rights Secretariat of the Presidency containing the justifications and exposing the need for ratification of the

³⁵BRAZIL.FEDERAL CONSTITUTION OF 1988.Art. 5º LXVII – there shall be no civil imprisonment for indebtedness except in the case of a person responsible for voluntary and inexcusable default of alimony obligation and in the case of an unfaithful trustee. Available at: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfSobreCorte_en_us/anexo/constituicao_ingles_3ed2010.pdf

³⁶ It is interesting to note that during the debate, one of the issues was how the exceptions established in the Federal Constitution allowing for civil imprisonment are to be understood, since the decision ruled for its inefficacy. As pointed out: "It is clear from all the observations I have been making the international treaties and conventions play a significant leading role in terms of affirmation, consolidation and expansion of the basic rights of the human person, of which looms large for its extraordinary importance, the right not to suffer imprisonment for debt, especially if one considers that the civil prison institute for debt is being phased out under the scope of comparative law. (...) We see, then, that the Constitution has legally viable – at the ordinary law level - the possibility of the ordinary legislators, even in the face of only two exceptions provided for in the Constitution, consider the institution of this exceptional instrument of procedural coercion, indicating therefore that it is fully legitimate in the infra-constitutional level for the National Congress, so long as it deems appropriate, to restrict or even suppress the civil prison in our legal order. (...) This current constitutional model in Brazil, therefore, does not impose the common legislature the regulation of the civil prison institute, with the necessary projection and scope of the two exceptional circumstances referred to in the Constitution. (...) It is clear, therefore, that the decision-making autonomy provided, albeit in a limited way, to the common legislator by the Constitution, may be legitimately filled by the emerging normativity of international treaties on human rights, even if given, as stated in his scholarly vote, the eminent Minister GILMAR MENDES, "supralegality" status, or, with much greater reason, as some authors defend, constitutional hierarchy." BRAZIL. SUPREME COURT. Recurso Extraordinário n. 466.343/SP, 2008. Opinion of Justice Celso de Melo. p. 118-123. Available at <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>

Marrakesh Treaty, “which has, from the political and legal perspectives, being based on the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities”.³⁷

It was emphasized that this treaty is meant to reduce the shortage of works distributed in accessible formats for people with visual disabilities, a problem that prevents the supportive social growth and is known as "hunger for books," since “less than 5% of published works are available in accessible formats for the use of those people. In developing countries - where, according to the World Health Organization (WHO), home to more than 90% of the 314 million people with visual impairment - this percentage is only 1%.”³⁸

In order to facilitate the availability of works in accessible formats, the Treaty establishes two exceptions to copyright: (1) free production and distribution of works in accessible formats and (2) its cross-border exchange. According to this President message to Congress, the cross-border exchange will contribute to expand significantly the access to knowledge for the visually impaired, since it allows for the sharing of accessible formats between parties.³⁹

Finally, arguing that the Treaty aims to "promote the full realization of the rights of persons with disabilities, in line with international standards of human rights"⁴⁰, the Presidency suggested to Congress the ratification of the Marrakesh Treaty with status of a constitutional amendment, pursuant to Constitutional Amendment n. 45 of December 8, 2004, and along the lines of the UN Convention.

Related to the Marrakesh Treaty in terms of its content, the United Nations Convention on the Rights of People with Disabilities⁴¹ (UN Convention) was the first to be ratified as a constitutional amendment following the procedures established on the Constitution. And the UN Convention, on the article 30, obliges the parties to ensure access to cultural material in accessible formats, and, in this sense, establishes duties that go beyond the restricted goals of the Marrakesh Treaty, since it does not limit itself

³⁷BRASIL.President Office. Message nº 344 from the President to the National Congress requesting the ratification of the Marrakesh Treaty.p.1-2.

³⁸BRASIL. President Office. Message nº 344 from the President to the National Congress requesting the ratification of the Marrakesh Treaty.p.1-2.

³⁹BRASIL. President Office. Message nº 344 from the President to the National Congress requesting the ratification of the Marrakesh Treaty.p.1-2.

⁴⁰BRASIL. President Office. Message nº 344 from the President to the National Congress requesting the ratification of the Marrakesh Treaty.p.1-2.

⁴¹UNITED NATIONS.Convention on the Rights of People with Disabilities. Available at: <http://www.un.org/disabilities/convention/conventionfull.shtml>

neither to printed material nor to the benefit of the visually impaired only, but includes basically all sorts of cultural expressions and disabilities. The UN Convention was the first to be submitted and ratified according to the constitutional amendment process⁴² and will necessarily interact with the Marrakesh Treaty in promoting its goals.

On the one hand, the UN Convention provides for the higher goals of comprehensive inclusion of people with disabilities, from physical access to technological, educational, political and cultural access. On the other, the Marrakesh Treaty details the proceeding for the specific cases of printed material for the visually impaired. Furthermore, the federal legislation enacted to assure the full implementation of the UN Convention puts boundaries on IPR maximalism arguments and imposes accessible formats for all cultural products in relation to all sorts of disabilities.

Back on the Marrakesh Treaty, once in the House of Representatives, the process for its adoption took the form of Legislative Decree n. 57/2015, and included the presentation of the project in the Committees on Foreign Relations and National Defense (CRE); Persons with Disabilities (CPD); Culture (CCULT) and Constitution, Justice and Citizenship (CCJC).

On May 25, 2015, in its opinion report on the Committee on the Persons with Disabilities (CPD), the Federal Representative Mr. Aelton Freitas suggested and voted for the adoption of Legislative Decree n. 57/15, noting that the ratification implies the adherence of Brazil to the founding principles of the Convention on the Rights of people with Disabilities, which, in his words, are those of “non-discrimination; respect for the inherent human dignity; individual autonomy, including the freedom to make their own choices and for their independence; full and effective participation and inclusion in society; equal opportunities and accessibility.”⁴³

The report also highlights the discrimination and historical exclusion suffered by people with visual impairments and other disabilities that affect reading, due to the shortage in the production and distribution of works in accessible format, noting as well that people with disabilities are not claiming for privileges or special treatment, but

⁴² BRAZIL. Decree n. 6949/07. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm

⁴³ BRASIL. House of Representatives. Report by the Committee on Persons with Disabilities. Rapporteur Representative Aelton Freitas, pp.5-6. Available at: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=54F81D3EBEF0552939869CD5F57E2476.proposicoesWeb1?codteor=1340006&filename=Tramitacao-PDC+57/2015

"aim, in fact, that society allows them the conditions for the exercise of their citizenship rights on an equal basis with all others."⁴⁴

The Treaty is one way to realize the principle of equality and to provide access to printed text and publications in accessible format, as such, it offers disabled people more opportunities in the pursuit of individual improvement and consequent inclusion in more qualified professional demands, reducing thereby the so-called "hunger for books,"⁴⁵ and therefore "puts an end to the heinous discrimination that keeps these people from accessing the knowledge that can contribute to improving their living conditions, as well expand their autonomy and conditions for the exercise of their right of choice on the publications they want to access."⁴⁶

Once approved at the Committee on the Persons with Disabilities (CPD), the proposal moved on to be analyzed by the Committee on Culture (CCULT), where it was reported by Congressman Leo Brito on May 29, 2015. The Congressman also suggested and voted for the adoption of Marrakesh Treaty which, above all, "recognizes the right of persons with disabilities to participate in cultural life on an equal basis with others."⁴⁷

He stressed the "notorious relevance of books in the dissemination of information and culture," claiming the primary objective of the Treaty is to combat the so-called "hunger for books" caused by the lack or restriction of access to printed materials for the visually impaired, which unfairly enhances the "social and economic constraints that people with disabilities face, creating a socio-economic exclusion."⁴⁸

⁴⁴BRASIL.House of Representatives. Report by the Committee on Persons with Disabilities. Rapporteur Representative Aelton Freitas, pp.5-6. Available at: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=54F81D3EBEF0552939869CD5F57E2476.proposicoesWeb1?codteor=1340006&filename=Tramitacao-PDC+57/2015

⁴⁵BRASIL.House of Representatives. Report by the Committee on Persons with Disabilities. Rapporteur Representative Aelton Freitas, pp.5-6: "there are about 285 million blind or visually impaired people around the world, and less than 10% of the published books are available in accessible format". Available at: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=54F81D3EBEF0552939869CD5F57E2476.proposicoesWeb1?codteor=1340006&filename=Tramitacao-PDC+57/2015

⁴⁶BRASIL.House of Representatives. Report by the Committee on Persons with Disabilities. Rapporteur Representative Aelton Freitas, pp.5-6. Available at: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=54F81D3EBEF0552939869CD5F57E2476.proposicoesWeb1?codteor=1340006&filename=Tramitacao-PDC+57/2015

⁴⁷BRASIL.House of Representatives. Report by the Committee on Culture. Rapporteur Representative Leo de Brito, p. 4. Available at: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=54F81D3EBEF0552939869CD5F57E2476.proposicoesWeb1?codteor=1342276&filename=Tramitacao-PDC+57/2015

⁴⁸BRASIL.House of Representatives. Report by the Committee on Culture. Rapporteur Representative Leo de Brito, p. 4. Available at:

On the report, one of the important questions raised concerns the barriers copyright laws cause in the production and distribution of works in accessible format, since the insufficiency of copyright limitations and exceptions in Brazilian Law "hinders the expansion of access to cultural materials by persons with visual impairments", generating disparity in relation to people who do not have disabilities or difficulty. Interestingly noted on the report is that in Brazil "there are only two civic institutions that make accessible formats available. Unsurprisingly all reading material available (to the visually impaired) accounted for mere 2.000 works in 2009." ⁴⁹

Another key point of the Treaty, as reported by on the Committee on Culture, is the trans-border exchange issue that promises to facilitate the international movement of free copies, but find obstacles on the principle of territoriality of copyright, so, under such circumstances, the "specialized agencies of different countries who share the same language must go through the same process of transforming the same work in an accessible format" ⁵⁰, generating a duplication of costs and efforts in the transformation of the work.

At the end, the report states that the ratification of the treaty is a key step in improving the copyright law, as it will bring greater balance between the public and author interests, since "the rights granted to authors are not only ends in themselves but also aims to promote cultural and artistic progress of society." It concludes by stating that "on the one hand, the Treaty contributes to the cultural development, as it enables the amplification of access to intellectual works for people who are unjustly deprived of them in the present situation. Secondly, the text of the Treaty also presents a series of norms which safeguard the rights of the authors. Its approval is, therefore, fundamental to the balance and the democratization of (the right of) access to culture." ⁵¹

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=54F81D3EBEF0552939869CD5F57E2476.proposicoesWeb1?codteor=1342276&filename=Tramitacao-PDC+57/2015

⁴⁹BRASIL.House of Representatives. Report by the Committee on Culture. Rapporteur Representative Leo de Brito, p. 4. Available at:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=54F81D3EBEF0552939869CD5F57E2476.proposicoesWeb1?codteor=1342276&filename=Tramitacao-PDC+57/2015

⁵⁰BRASIL.House of Representatives. Report by the Committee on Culture. Rapporteur Representative Leo de Brito, p. 5. Available at:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=54F81D3EBEF0552939869CD5F57E2476.proposicoesWeb1?codteor=1342276&filename=Tramitacao-PDC+57/2015

⁵¹BRASIL.House of Representatives. Report by the Committee on Culture. Rapporteur Representative Leo de Brito, p. 6. Available at:

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=54F81D3EBEF0552939869CD5F57E2476.proposicoesWeb1?codteor=1342276&filename=Tramitacao-PDC+57/2015

The report also explicitly highlights the links between the Marrakesh Treaty and the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities⁵², arguing that the first is a consequence of the second since, according to article 30.3 of the UN Convention, "States Parties shall take all appropriate steps, in accordance with international law, to ensure that laws protecting intellectual property rights do not constitute an unreasonable or discriminatory barrier to access by persons with disabilities to cultural materials."⁵³

The last to tackle the Treaty in the House of Representatives was the Committee on Constitution, Justice and Citizenship (CCJC). On August 18, 2015, under the Rapporteur of the Congresswoman Mrs. Soraya Santos, succinctly and without bringing about any new arguments for approval of the Treaty, proposed and voted for its constitutionality, because "the subject matter of the project does not contradict with any of the norms of our higher legal diploma"; for its legality since "(she) did not detect any breach of the general principles of law that inform the Brazilian legal system" and for the good legislative technique, since the drafting and legislative technique "received no suggestion for language change."⁵⁴

Finally, the House of Representatives, which is composed by 513 federal representatives, as provided in the Constitution, voted the Treaty in two rounds. On the first round, on August 20, 2015, it was reached 341 votes in favor and only one against. On September 8, 2015, on the second round of voting, the Legislative Decree Bill No. 57 of 2015 was finally approved unanimously by the 452 lawmakers present.

Once in the Senate, after approval at the House of Representatives, the proposal was sent to the Committee on Foreign Relations and National Defense. The rapporteur was Mrs. Marta Suplicy, Minister of Culture as of the conclusion of the Treaty. In her report, the Senator suggested the adoption of such Treaty as Constitution Amendment,

⁵²BRASIL. House of Representatives. Report by the Committee on Culture. Rapporteur Representative Leo de Brito, p. 4. Available at: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=54F81D3EBEF0552939869CD5F57E2476.proposicoesWeb1?codteor=1342276&filename=Tramitacao-PDC+57/2015

⁵³UNITED NATIONS. Convention on the Rights of People with Disabilities. Available at: <http://www.un.org/disabilities/convention/conventionfull.shtml>

⁵⁴BRASIL. House of Representatives. Report by the Committee on Constitution, Justice and Citizenship Rapporteur Representative Soraya Santos, p.3. http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=54F81D3EBEF0552939869CD5F57E2476.proposicoesWeb1?codteor=1350426&filename=Tramitacao-PDC+57/2015.

in order to give it greater effectiveness and access to "reading, education, personal development and work on an equal basis" for the visually impaired.⁵⁵

The report emphasized the great diplomatic effort made by Brazil on the WIPO Standing Committee on Copyright and Related Rights and its main goals, since the Marrakesh Treaty "seeks not only to meet the historical demand of people with visual impairments, but also aims to promote an increasing production and distribution of works in accessible formats to the beneficiaries of the agreement."⁵⁶

It also highlights that, for this purpose, it is provided for in Article 4 a few limitations and exceptions relating to copyright to be implemented by States parties in their national legislation, in order to facilitate the availability of works in accessible formats. These limitations reach the rights of reproduction, distribution and making the works available to the public, "as defined in WIPO Copyright Treaty."⁵⁷

The Senator stresses as well that the provisions in the Marrakesh Treaty have the intention of diminishing the importance of the copyright protection, but to create a balance between copyright protection and the general public interest, "establishing limitations and exceptions to copyright, so as to provide access for people with visual disabilities or other difficulties to the printed texts and works in accessible format."⁵⁸ It is also clear that this Treaty is a significant milestone in the conquest of rights by persons with visual impairment, since copyright restrictions "prevents them from reading, and also compromises their personal development, access to education and, as a result, to qualified professional work as well."⁵⁹

On November 24, 2015, the Marrakesh Treaty ratification was approved at the Senate, which holds 81 seats. On the first round it was unanimously approved by 57

⁵⁵BRASIL.Federal Senate. Report by the Committee on Foreign Relations and National Defense. Rapporteur Senator Marta Suplicy, p.2. Available at: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/182434.pdf>.

⁵⁶BRASIL.Federal Senate. Report by the Committee on Foreign Relations and National Defense. Rapporteur Senator Marta Suplicy, p.4. Available at: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/182434.pdf>.

⁵⁷BRASIL.Federal Senate. Report by the Committee on Foreign Relations and National Defense. Rapporteur Senator Marta Suplicy, pp.2-3. Available at: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/182434.pdf>.

⁵⁸BRASIL.Federal Senate. Report by the Committee on Foreign Relations and National Defense. Rapporteur Senator Marta Suplicy, p.5. Available at: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/182434.pdf>.

⁵⁹BRASIL.Federal Senate. Report by the Committee on Foreign Relations and National Defense. Rapporteur Senator Marta Suplicy, p.4. Available at: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/182434.pdf>.

senators and by 52 on the second round. Finally, on December 1, 2015, the President signed the ratification of the Treaty with the Constitutional Amendment status.

Copyright Limitations and Exceptions in the Legislation and its Judicial Interpretation

Copyright protection is given the status of fundamental rights on the Brazilian Constitution. It is established in art 5, XXVII and XXVIII, and reads as follows:

XXVII – the exclusive right of use, publication or reproduction of works rests upon their authors and is transmissible to their heirs for the time the law shall establish;

XXVIII – under the terms of the law, the following are ensured:

- a) protection of individual participation in collective works and of reproduction of the human image and voice, sports activities included;
- b) the right to authors, interpreters, and respective unions and associations to monitor the economic exploitation of the works which they create or in which they participate;

However, their wording is not beyond criticism. No moral rights are expressly guaranteed to authors, but these rights are widely recognized as being protected, although indirectly, based on the principle of human dignity, which is one of the bases of the entire system, as stated in the Constitution.⁶⁰ Besides, there are other applicable constitutional provisions to the exercise of the author rights and to guide its interpretation and application by the Courts, such as educational⁶¹, cultural⁶²

⁶⁰ BRAZIL.FEDERAL CONSTITUTION OF 1988. Article 1: The Federative Republic of Brazil, formed by the indissoluble union of the states and municipalities and of the Federal District, is a legal democratic state and is founded on: III – the dignity of the human person. Available at: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStfSobreCorte_en_us/anexo/constituicao_ingles_3ed2010.pdf

⁶¹ BRAZIL.FEDERAL CONSTITUTION OF 1988. Article 6: Education, health, food, work, housing, leisure, security, social security, protection of motherhood and childhood, and assistance to the destitute are social rights, as set forth by this Constitution; Article 205: Education, which is the right of all and duty of the State and of the family, shall be promoted and fostered with the cooperation of society, with a view to the full development of the person, his preparation for the exercise of citizenship and his qualification for work; Article 206: Education shall be provided on the basis of the following principles: II – freedom to learn, teach, research and express thought, art and knowledge. Available at: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStfSobreCorte_en_us/anexo/constituicao_ingles_3ed2010.pdf

⁶² BRAZIL.FEDERAL CONSTITUTION OF 1988. Article 215. The state shall ensure to all the full exercise of the cultural rights and access to the sources of national culture and shall support and foster the appreciation and diffusion of cultural expressions; Article 216. The Brazilian cultural heritage consists of the assets of a material and immaterial nature, taken individually or as a whole, which bear reference to the identity, action and memory of the various groups that form the Brazilian society, therein included: I – forms of expression; II – ways of creating, making and living; III – scientific, artistic and technological

and consumer rights⁶³, as well as competition⁶⁴, freedom of expression⁶⁵, access to information⁶⁶ and the social function of property⁶⁷, as we will see further down.

The current Brazilian Copyright Act - Law n. 9610, from 1998⁶⁸ - covers both author's rights and neighboring rights. It derives from a Senate Proposal started in 1989, which, after substantial changes, was approved in both houses in December 1997, sanctioned by the President on February 19, 1998, and came into effect on June 20, 1998, 120 days after publication.

Although a long time passed from the first proposal until its entry into force, for the most part the proposal laid dormant on the shelves of Congress. Apparently it was on hold waiting for the conclusion of the Uruguay Round of GATT and the TRIPS Agreement, which was ratified by Brazil on December 31, 1994. It was also seconded by the review of the Industrial Patents Act (Law 9.679) in 1996, which came into effect in 1997.

After this dormant period, the Act was approved in a surprisingly short four months, in both houses, after the designation of a Special Commission Reporter of the

creations; IV – works, objects, documents, buildings and other spaces intended for artistic and cultural expressions; V – urban complexes and sites of historical, natural, artistic, archaeological, paleontological, ecological and scientific value. Available at: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfSobreCorte_en_us/anexo/constituicao_ingles_3ed2010.pdf

⁶³BRAZIL. FEDERAL CONSTITUTION OF 1988. Article 5, XXXII – the State shall provide, as set forth by law, for the defense of consumers. Available at: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfSobreCorte_en_us/anexo/constituicao_ingles_3ed2010.pdf

⁶⁴BRAZIL. FEDERAL CONSTITUTION OF 1988. Article 170. The economic order, founded on the appreciation of the value of human work and on free enterprise, is intended to ensure everyone a life with dignity, in accordance with the dictates of social justice, with due regard for the following principles: (...) II – private property; III – the social function of property; IV – free competition; V – consumer protection; (...). Available at: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfSobreCorte_en_us/anexo/constituicao_ingles_3ed2010.pdf

⁶⁵BRAZIL. FEDERAL CONSTITUTION OF 1988. Article 5, IX – the expression of intellectual, artistic, scientific, and communications activities is free, independently of censorship or license. Available at: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfSobreCorte_en_us/anexo/constituicao_ingles_3ed2010.pdf

⁶⁶BRAZIL. FEDERAL CONSTITUTION OF 1988. Article 5, XIV – access to information is ensured to everyone and the confidentiality of the source shall be safeguarded, whenever necessary to the professional activity. Available at: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfSobreCorte_en_us/anexo/constituicao_ingles_3ed2010.pdf

⁶⁷BRAZIL. CONSTITUTION. Article 5, XXIII – property shall observe its social function. Available at: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfSobreCorte_en_us/anexo/constituicao_ingles_3ed2010.pdf

⁶⁸BRAZIL. Copyright Act. Law n. 9610/1998. Available in Portuguese at http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm. Available in English at http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=125393.

House of Representatives. All this left very little room for public debate and may be at the source of the discontent shown by society with the results achieved and the perceived high level of social illegitimacy the Act faces nowadays. And one of the results is the restrictiveness and scarcity of limitations and exceptions that made their way into the legislation.

The limitations and exceptions in the Brazilian Copyright Act are set forth on Title III, Chapter IV, under the term “Limitations”. The legislation expressly sets out, in Articles 46 to 48, a series of situations in which users may use copyrighted works free of charge and without authorization.

Article 46 states that “The following shall not constitute violation of copyright” and expressly allows for:

1. The reproduction for the dissemination of news, crediting the source (“Art. 46, I, a: [the reproduction] in the daily or periodical press of news or informative articles, from newspapers or magazines, with a mention of the name of the author, if they are signed, and of the publication from which they have been taken.”);
2. The reproduction of public speeches on the news (“Art. 46, I, b: [the reproduction] in newspapers or magazines of speeches given at public meetings of any kind.”);
3. The reproduction of photos or visual representations made for hire by the contractor – as long as there is no opposition by the person represented (“Art. 46, I c: [the reproduction] of portraits or other forms of representation of a likeness, produced on commission, where the reproduction is done by the owner of the commissioned subject matter and the person represented or his heirs have no objection to it.”);
4. The reproduction of works for personal use by the blind, for non-commercial purposes (“Art. 46, I d: [the reproduction] of literary, artistic or scientific works for the exclusive use of the visually handicapped, provided that the reproduction is done without gainful intent, either in Braille or by means of another process using a medium designed for such users.”);
5. Partial reproduction of any work for private use, without intent of profit (“Art. 46, II: the reproduction in one copy of short extracts from a work for the private use of the copier, provided that it is done by him and without gainful intent.”);

6. Citations for purposes of study, criticism, or controversy, crediting the source, and in the amount necessary for the purpose (“Art. 46, III: the quotation in books, newspapers, magazines or any other medium of communication of passages from a work for the purposes of study, criticism or debate, to the extent justified by the purpose, provided that the author is named and the source of the quotation is given.”);
7. Class notes by students – not including the reproduction of such notes (“Art. 46, IV: notes taken in the course of lessons given in teaching establishments by the persons for whom they are intended, provided that their complete or partial publication is prohibited without the express prior authorization of the person who gave the lessons.”);
8. Reproduction in commercial establishments for demonstration of the equipment being sold (“Art. 46, V: the use of literary, artistic or scientific works, phonograms and radio and television broadcasts in commercial establishments for the sole purpose of demonstration to customers, provided that the said establishments market the materials or equipment that make such use possible.”);
9. Dramatic representation and music execution in homes and within classrooms (“Art. 46, VI: stage and musical performance, where carried out in the family circle or for exclusively teaching purposes in educational establishments, and where devoid of any profitmaking purpose.”);
10. Reproduction to produce administrative and judicial proof (“Art. 46, VII: the use of literary, artistic or scientific works as proof in judicial or administrative proceedings.”);
11. Partial reproduction of any protected work, full copy of visual art works, to include it in a new work, as long as the reproduction is not the main purpose of the new work, does not harm the normal exploitation of the reproduced work, or cause unjust prejudice to the legitimate interests of the authors (“Art. 46, VIII: the reproduction in any work of short extracts from existing works, regardless of their nature, or of the whole work in the case of a work of three-dimensional art, on condition that the reproduction is not in itself the main subject matter of the new work and does not jeopardize the normal exploitation of the work reproduced or unjustifiably prejudice the author’s legitimate interests.”).

Article 47 allows for parodies, as long as they are not simple reproductions of the original work and do not discredit it (“Art. 47: Paraphrases and parodies shall be free where they are not actual reproductions of the original work and are not in any way derogatory to it.”).

Article 48 makes room for the representation of works located in public spaces (“Art. 48: Works permanently located in public places may be freely represented by painting, drawing, photography and audiovisual processes.”).

Set on a different chapter, the Copyright Act also establishes a limitation for temporary or ephemeral reproduction done in the course of a use permitted by the right holders. It reads as follows: “Art. 30. In the exercise of the right of reproduction, the owner of copyright may make the work available to the public in whatever form and place and for whatever time that he considers appropriate, either for a consideration or free of charge. (1) The exclusive right of reproduction shall not be applicable where the reproduction is temporary and done for the sole purposes of making the work, phonogram or performance perceptible by means of an electronic medium, or where it is transitory or incidental, provided that it is done in the course of the use of the work that has been duly authorized by the owner.”

One important consideration for restriction and scarcity of limitations on the current Brazilian Copyright Act is the intellectual ambience the surrounded their making. Until the end of the 1990s, starting in the 1970s, most academic work was highly influenced by two poles of academic discourse (the Brazilian states São Paulo⁶⁹ and Rio Grande do Sul⁷⁰) and one concentrating the industry advocacy (Rio de Janeiro). All these sources had been explicitly influenced by the 1957 French law perspectives and by the writings of Henri Debois. The proposed view was one of restrictive interpretation of user’s rights. Such perspective caught on people’s minds as the truth on copyright and became an almost homogeneous song played over and over.

Interestingly, though, a decision by the Supreme Court in 1989 held a different view. The case n. 113.505⁷¹ was reported and conducted by Justice José Carlos Moreira Alves – the same person who conducted the final writing of the 1973 legislation, the bases from which the current Act derived. The case was about the fixation, video-taping and transmission by a national broadcaster of parts of programs of another, competing national broadcaster, in relation to a program of criticism and prize distribution to elected winners by a heterogeneous jury. There were diverse citations, all of less than

⁶⁹ This was primarily led by Professor Antônio Chaves, of University of Sao Paulo Law School.

⁷⁰ This was primarily led by Professor Bruno Hammes, of UNISINOS (Universidade do Vale do Rio dos Sinos) Law School.

⁷¹ BRAZIL. SUPREME COURT. Recurso Extraordinário n. 113.505, 1989. Available at <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?classe=RE&numero=113505>

three minutes, a length considered common, adding up to about 25% of the total program. Article 11bis of the Berne Convention as well as broadcaster and limitation rights in favor of the public were called upon for interpretation.

As for the international treaty, the issue was resolved considering the possibilities of each country to restrict the internal limitations to what is set out in the Berne Convention - but there was no direct mention whatsoever of the three-step-test, although it may be inferred from its rationale. The case was then restricted to the main aspect, which was the transmission by one broadcaster of parts of audiovisual programs of another broadcaster, incorporated into a larger program, for citation purposes. This aspect basically concerns the nature of the interpretation of the internal limitations set forth by the Brazilian Act of 1973.

The arguments for the vote started by stating that the limitations are referred to as recollections of the social nature implicit in copyright, referring to the German Federal Supreme Court (*Bundesgerichtshof*) decision of December 6, 1955, which held that “absolute rights are restricted, in the interest of society, in part through express rules, in part by exceptions intrinsic to the [right’s] content”. Finally, the arguments are concluded with the statement that the interpretations must take into account the technological modifications under way, in order to accommodate the possibilities they bring about, as long as the justifications for the relevant user rights stand, which, in this case, were the right to information and criticism. Nonetheless, this precedent has been largely ignored in copyright traditional circles – exactly because it contradicts the desired interpretation of the industries and the established academic tradition.

However, with the advent of new centers of study, the growing perception of the consequences of an unbalanced copyright to society’s primal interests, the renewal of copyright legal thinking has been under way. In this century, new research groups have been formed, fresh voices are starting to be heard, and innovative thinking tackling local problems within the national legal system has been put forward. They are now playing an important role in influencing both public policy and legal decisions. As a result, the legislation is now perceived by most as being rather unbalanced and somewhat outdated – for unsuitable to today’s digital challenges.

We may also find some hope for balance within the current Act from the Courts. In 2011, the Superior Court of Justice (STJ), responsible for the harmonization of the interpretation on federal legislation, faced an interesting and relevant case on the

interpretation of the limitations on the current copyright law.⁷² The official summary of the decision reads as follows:

I – The Controversy resides on the possibility of charging musical public performance fees for the school year opening ceremony in a religious institution educational facility: religious event, not for profit and free admission;

II – Need for systematic and teleological interpretation of article 46 of Law 9.610,1998 (copyright act) under the light of the established limitations in the law, ensuring the satisfaction of fundamental rights and constitutional principles in collision with author rights, such as intimacy, privacy, cultural, educational and religious rights;

III – The effective scope of author rights are made clear only after consideration of its restrictions (exceptions) and limitations, considered as such the resulting from the examples stated in articles 46, 47 and 48 of the Copyright Act, interpreted and applied according to the fundamental rights;

IV – The use, as criteria for the identification of the exceptions and limitations, of the three step test, disciplined by Berne Convention and TRIPS Agreement;

V - Recognizing, in the case, under the international treaties conditions, that the limitation ‘does not harm the normal commercial exploration of the work’ and ‘does not unjustifiably damages author’s interests’.”

In short, when facing the case, the Judges decided unanimously that the limits contained in the legislation are not to be interpreted restrictively, and that analogy must be applied to cases equivalent to those expressed in the law in order to account for the balance between rightholders’ interests and those of society, making explicit reference to other fundamental rights such as education, culture, and privacy, which must be considered in order to reach the proper balance. The Court also stated that the content of copyright protection cannot be revealed until the protection is confronted with its restrictions, meaning that the scope of the protection cannot be revealed until the proper consideration of its prescribed limitations. At the end of the day the Court decided that the use of musical works at a religious school-year opening event, free of charge, does not conflict with the three-step test and, at the same time, reflects the incidence of other fundamental rights with which copyright must be harmonized.

⁷² BRAZIL. Superior Court of Justice. Recurso Especial n. 964.404, 2011. Available at https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200701444505&dt_publicacao=23/05/2011

Since then, there have been other decisions by the same Court restating the principles set forth on the first precedent. It is expected to influence State Court decisions to follow in the same direction. It seems clear at this stage that the Courts have turned into checking the balance of rights incorporated into author rights legislation and is seeking to harmonize the conflicting interests, recurring to fundamental right for guidance and the three-step-test as an international limit on the national limitations.

Closing remarks: International HR Treaties, Cultural inclusion and Copyright

As shown, since human rights are the core of the Brazilian Constitution and of the entire legal system, both the UN Convention and the Marrakesh Treaty are constitutional amendments of a special kind - as it is unconstitutional to even have a legislative projects to restrict or abolish any of the established rights (art. 60, § 4º, IV⁷³). They will necessarily interact and reinforce each other, enhancing the normative power of both. Furthermore, as constitutional amendments with immediate application within the legal system they will directly impact any federal legislation, including copyright law, deeming unconstitutional norms and interpretations that conflict with it.

One example of such legal interaction was, following the approval of the UN Convention, the enactment of legislation for the broad inclusion of people with disabilities that entered into force as of January 04th, 2016, and reaches the cultural and technological realms as well. The Law n. 13.146/15⁷⁴ guarantees on article 42 the right of access to cultural products in accessible formats and, even more interestingly, on paragraph 1 it states that “it is forbidden the refusal to offering intellectual works in accessible formats to people with disabilities, under any argument, including under the allegation of intellectual property rights protection.”

⁷³ BRAZIL. CONSTITUTION. Article 60. The Constitution may be amended on the proposal of: § 4: No proposal of amendment shall be considered which is aimed at abolishing: I – the federative form of State; II – the direct, secret, universal and periodic vote; III – the separation of the Government Powers; IV – individual rights and guarantees. Available at: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStfSobreCorte_en_us/anexo/constituicao_ingles_3ed2010.pdf

⁷⁴ BRAZIL. Law n. 13.146/15. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm

The reading of both international instruments, in different passages as well as in their principles and motifs, show the upgrading - in terms of its recognition - of the right of access to culture to a fundamental rights status. Not that, broadly speaking, it could not or was not conceived as such, but its inscription on the texts, even if indirectly, helps to gather normative strength for its application by the Courts. The preamble of the Marrakesh Treaty at once makes an explicit link to the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities and to the Universal Declaration of Human Rights⁷⁵. It also stresses the relevance of the limitations and the restrictions imposed on other fundamental rights, such as education and freedom of expression, by copyright. It emphasizes the importance of “enhancing opportunities for everyone, including persons with visual impairments or with other print disabilities, to participate in the cultural life of the community, to enjoy the arts and to share scientific progress and its benefits.” The Treaty recognizes the relevance of access to culture for the development of one’s personality as well. All those converge within Brazilian legal system structure to assure a fundamental status to the right of access to culture and, by consequence, of the limitations to copyright as infra-constitutional expression of such right, obliging therefore an equal balance in the face of copyright protection.

Not only have the combined instruments prompted the right of access to culture to a new status within the system, as they are prone to affect judicial interpretation. The first likely impact will be on the interpretation of copyright limitations by Courts. It is fair to expect the consolidation of the judicial interpretation establishing that copyright limitations in Brazil must be interpreted extensively, since they represent a balance between copyright exclusivity and other fundamental human rights. There has not been a case at the Supreme Court under this Constitution to face the question of the interpretation of the limitations. At the current formation, the consideration of balancing opposing fundamental rights are central to decisions, with a tendency of opting for the freedom instead of the restrictions. So, the probabilities of having the interpretation set forth by the Superior Court of Justice from 2011 on, and by the Supreme Court itself at an earlier phase – before fundamental rights were central to the system are high, even if only for coherence’s sake.

⁷⁵WIPO.Marrakesh Treaty.Preamble.“Recalling the principles of non-discrimination, equal opportunity, accessibility and full and effective participation and inclusion in society, proclaimed in the Universal Declaration of Human Rights and the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities”. Available at http://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file_id=301019

One of the key issues that could arise to Courts regards the larger possibility of format shifting for the benefit of the disabled as an implicit limitation, even without any change to current copyright law. The arguments need go no further than the established paradigmatic decision: where the limits were assumed to be a reflex of the constitutional fundamental rights in collision with author's exclusivity. Assuming that this repeated view is kept, there should be no reason to stop third parties from making available works in accessible format, as long as non-profit and primarily for the benefit of people with disabilities.

Likewise, the copyright contracts may be affected by the legal incorporation of such Treaties. Contracts are regulated very softly by the Copyright Act. Nonetheless there are general principles set in the Civil Code - such as 'good faith' and 'social function of contracts' and 'contractual balance' - that apply to all private contracting. Considering the established on above mentioned article 42 of the legislation for the inclusion of people with disabilities, in combination with the private contracts principles on the Civil Code and the hierarchical level of the Treaties, contractual clauses that prevail the making available of works in accessible formats shall be deemed null as well as deals that don't predict that possibility shall be interpreted as to include such permission.

There is also a chance that it will spark greater awareness of the important role limitations play in balancing copyright exclusivity and, hopefully, lead to a more comprehensive reform of Brazilian copyright limitations, excessively restrictive in its terms. The movement for copyright reform was launched in 2007, with the 'Copyright Forum'. There were six national public seminars where participants holding different perspectives were called in to comment on the legislation and possible changes. There have been representatives of all sorts. The results have been made public. Following the 'Copyright Forum', the preliminary results were subjected to a 75 days public consultation, during which it received more than 8,000 individual and corporate contributions, where their interests were undressed.

That was the first time in Brazilian history copyright was so widespread discussed and occupied a good slot on the traditional and social media. Among the three main objectives of the proposed copyright reform one has been achieved: the regulation of the collective management organizations. There are two still pending: the review of the limitations and of the contractual rules. With the upcoming opening of the

discussion of digital copyright – left over from the Internet Bill – the issues will expectantly be back to the central stage, and hopefully foster further awareness of the need for balance.

Whatever is the case to come, the approval of both UN Convention and Marrakesh Treaty as Constitutional Amendments and their consolidation as fundamental rights is historical. The right of access to culture, and copyright limitations thereof, gained new, precious and solid ground. The arguments should focus on the immediate application of such right to the interpretation of the existing limitations and the urgent need to review and expand copyright limitations established in the Copyright Act. One could counter argue that the implementation of access to culture rights would require ordinary legislation in order to be implemented. However, Courts, especially the Supreme Court, are much inclined to deem all fundamental rights directly and immediately applicable, including the balance between them. Whatever it turns out to be, the fact is that the grounds for balance in copyright are much stronger now in Brazil than they were before the Treaties, and public interest organizations and advocates as well as academics must explore these new possibilities while they are fresh.

It is clear that Brazil has embraced the broad social development goals of supporting and providing for cultural inclusion of all people with disabilities. What is not so clear is how the cultural industry lobby is going to react and how successful they will be in restraining, through regulation and ordinary legislation, the access to cultural products and expressions in accessible formats, as well as the expansion of the limitations, therefore reducing the practical scope of the Treaties and its effects. But, in any case, we believe - and hope - that the new legal and judicial landscape will foster and hopefully consolidate the understanding that limitations are representation of the fundamental right of access to culture and are needed to balance out the restrictions imposed by copyright exclusivity, but that is yet to be confirmed. But what we can foresee for sure are the interesting times ahead!

REFERENCES

Bibliography

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direitos de autor e direitos conexos. Portugal, Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 7. ed., atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Fórum, 2012.

BOBBIO, Norberto. A função promocional do direito. Da Estrutura à Função: Novos Estudos de Teoria do Direito. Rio de Janeiro: Manole, 2007.

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

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; Streck, Lenio Luiz [et al.], Comentários à Constituição do Brasil, São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

DAVIES, Gillian. *Copyright and the public interest*. Londres: Sweet & Maxwell, 2002.

GEIGER, Christophe. Constitutionalising intellectual property law? The influence of fundamental rights on intellectual property in the European Union. In: *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 37, n. 4. Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7º ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *A caminho de um direito civil constitucional*. Revista de direito civil Vol. 65, 1993.

PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 7º ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

SELL, Susan K. *Private power, public law - the globalization of intellectual property rights*. New York: Cambridge University Press, 2003.

SOUZA, Allan Rocha de. A Função Social dos Direitos Autorais: uma interpretação civil-constitucional das limitações. Rio de Janeiro: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2006.

SOUZA, Allan Rocha de. A Função Social dos Direitos Autorais: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica : Brasil: 1988-2005. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2006.

SOUZA, Allan Rocha de. Direitos Culturais no Brasil. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil*. Temas de direito civil. Vol. 3, 1999.

Legislation:

BRAZIL. FEDERAL CONSTITUTION OF 1988. Available at: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfSobreCorte_en_us/anexo/constituicao_ingles_3ed2010.pdf

BRAZIL. Decree n. 6949/07. Ratification of Convention on the Rights of People with Disabilities. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm

BRAZIL. Copyright Act. Law n. 9610/1998. Available in Portuguese at http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm. Available in English at http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=125393.

BRAZIL. Law n. 13.146/15. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12853.htm

BRASIL. FEDERAL SENATE. Report by the Committee on Foreign Relations and National Defense. Rapporteur Senator Marta Suplicy. Available at: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/182434.pdf>

BRASIL. HOUSE OF REPRESENTATIVES. Report by the Committee on Constitution, Justice and Citizenship Rapporteur Representative Soraya Santos. http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=54F81D3EBEF0552939869CD5F57E2476.proposicoesWeb1?codteor=1350426&filename=Tramitacao-PDC+57/2015

BRASIL. HOUSE OF REPRESENTATIVES. Report by the Committee on Culture. Rapporteur Representative Leo de Brito, p. 4. Available at: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=54F81D3EBEF0552939869CD5F57E2476.proposicoesWeb1?codteor=1342276&filename=Tramitacao-PDC+57/2015

BRASIL. HOUSE OF REPRESENTATIVES. Report by the Committee on Persons with Disabilities. Rapporteur Representative Aelton Freitas, Available at: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=54F81D3EBEF0552939869CD5F57E2476.proposicoesWeb1?codteor=1340006&filename=Tramitacao-PDC+57/2015

BRASIL. PRESIDENT OFFICE. Message nº 344 from the President to the National Congress requesting the ratification of the Marrakesh Treaty.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. Marrakesh Treaty. Available at http://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file_id=301019

UNITED NATIONS. Convention on the Rights of People with Disabilities. Available at: <http://www.un.org/disabilities/convention/conventionfull.shtml>

Judicial cases:

BRAZIL. SUPREME COURT. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2054-4, 2003. Available at

<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=2054&classe=ADI>

BRAZIL. SUPREME COURT. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.062 and 5.065, 2013.

Available at

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5062&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>

BRAZIL. SUPREME COURT. Recurso Extraordinário n. 80.004, decided in 1977. Available at

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>

BRAZIL. SUPREME COURT. Recurso Extraordinário n. 113.505, 1989. Available at

<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?classe=RE&numero=113505>

BRAZIL. SUPREME COURT. Recurso Extraordinário n. 201.819-8, 2005. Available at

<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=201819&classe=RE>

BRAZIL. SUPREME COURT. Recurso Extraordinário n. 466.343/SP, 2008. Available at

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>

BRAZIL. Superior Court of Justice. Recurso Especial n. 964.404, 2011. Available at

https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200701444505&dt_publicacao=23/05/2011

01

