



XI CONGRESSO DE DIREITO DE  
AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

# ESTUDOS DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Anais do XI CODAIP



# XI CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO

Eixo temático:

DIREITO DE AUTOR E  
EXPRESSÕES ARTÍSTICAS:  
Direitos Culturais e a Regulação  
dos Direitos Autorais

Título:

**PRECEDENTES JUDICIAIS  
E O PARADIGMA DAS  
LIMITAÇÕES AOS DIREITOS  
AUTORAIS**

**Alexandre de Serpa Pinto Fairbanks  
Allan Rocha de Souza**



## PRECEDENTES JUDICIAIS E O PARADIGMA DAS LIMITAÇÕES AOS DIREITOS AUTORAIS <sup>1</sup>

**Autores:** Alexandre de Serpa Pinto Fairbanks<sup>2</sup>; Allan Rocha de Souza<sup>3</sup>

**Instituição:** Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Instituto Três Rios.  
(UFRRJ-ITR), Curso de Direito

**Resumo:** A entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 trouxe novo fôlego ao papel dos precedentes, que ganharam novo status no ordenamento brasileiro. Antes disso, contudo, no que se refere às limitações aos direitos autorais, um dos fatos mais importante foi o enfrentamento da questão da interpretação pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial (REsp) 964.404, em 2011, quando decidiu por unanimidade em favor da interpretação extensiva e categorização das limitações expressas como exemplos sujeitos à analogia. Esta posição foi reiterada depois em algumas ocasiões que a sucederam, sem que houvesse qualquer outra dissonante. A convergência entre estes fatos ímpares nos obriga a refletir sobre seus efeitos na consolidação da interpretação extensiva das limitações aos direitos autorais, tema deste trabalho, que foi desenvolvido recorrendo-se ao método indutivo, a partir da análise das decisões e normas, da perspectiva de uma hermenêutica constitucionalizada e funcionalizada.

**Palavras-chave:** Precedentes Judiciais. Direitos Autorais. Função Social,

---

1 Este trabalho foi desenvolvido no âmbito e contou, em parte, com o apoio financeiro do INCT PROPRIETAS e do CNPq.

2 Pós-Graduando em Advocacia Empresarial na PUC/MG. Graduado em Direito pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Instituto Três Rios. Pesquisador do INCT PROPRIETAS. Advogado. E-mail: alexandre\_spf@hotmail.com. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8954789495709084>

3 Professor e Pesquisador de Direito Civil e Propriedade Intelectual no Curso de Direito da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro/Instituto Três Rios (UFRRJ/ITR). Professor e Pesquisador de Políticas Culturais e Direitos Autorais no Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento na UFRJ (PPED/IE/UFRJ). Pesquisador Visitante do Oxford Intellectual Property Research Centre (OIPRC), Faculty of Law, Oxford University. Vice Coordenador e Pesquisador do INCT PROPRIETAS. Integrante do NEDAC e do Núcleo de Pesquisa em Direitos Fundamentais, Relações Privadas e Políticas Públicas. Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado e Consultor Jurídico. E-mail: allansouza@gmail.com . CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5178459691896082>

Limitações.

## 1. INTRODUÇÃO

A discussão sobre o ponto e equilíbrio de harmonização entre os direitos autorais e os demais direitos fundamentais, como acesso à cultura, educação, conhecimento e informação são bastante antigos e remontam aos primeiros tratamentos jurídicos dados aos direitos sobre a criação artística, literária e científica. Nas últimas duas décadas foi bastante intensificada devido aos temores com o advento do mundo digital, no qual as empresas de conteúdo tentaram – e ainda tentam – manter sua posição de mercado e modelos de negócios.

No Brasil a discussão tomou vulto a partir do início do Fórum de Direitos Autorais, promovido pelo Ministério da Cultura a partir de dezembro de 2007. Antes havia alguns estudos questionando a interpretação restritiva das limitações aos direitos autorais e argumentando que a mais adequada e mesmo a única possível era a interpretação extensiva destas limitações, pois estas eram reflexo de direitos fundamentais, que com a exclusividade autoral devem ser coadunados.

Desde então, vimos o avanço das mudanças legislativas com relação à gestão coletiva, mas não sobre as limitações, cuja reforma no plano nacional continua necessária e urgente. No plano internacional houve a aprovação na OMPI do Tratado de Marrakesh, enquanto antes, na ONU, a Convenção de Nova York acertava o tom ao assegurar acessibilidade, inclusive cultural, a todas as pessoas com deficiência – ambos foram ratificados como Emenda Constitucional no Brasil.

Contudo, no que se refere às limitações aos direitos autorais, um dos fatos mais importante foi o enfrentamento da questão da interpretação pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial (REsp) 964.404, em 2011, quando decidiu por unanimidade em favor da interpretação extensiva e categorização das limitações expressas como exemplos sujeitos à analogia. Esta posição foi reiterada depois em algumas ocasiões que a sucederam, sem que houvesse qualquer outra dissonante.

Além disso, a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 trouxe novo fôlego ao papel dos precedentes, que ganharam novo status no ordenamento brasileiro. A convergência entre estes fatos ímpares nos obriga a refletir sobre seus efeitos na consolidação da interpretação extensiva das limitações aos direitos autorais, tema deste trabalho, que foi desenvolvido recorrendo-se ao método indutivo, a partir da análise das decisões e normas, da perspectiva de uma hermenêutica constitucionalizada e funcionalizada.

## 2. CLÁUSULAS GERAIS NO DIREITO BRASILEIRO

A tradição do Direito Civil (Civil Law) sempre foi pautada no texto normativo; o texto escrito, o texto da lei, as Códigos. Considerou-se, por muito tempo, que a lei seria suficiente para garantir a certeza e a segurança<sup>4</sup>, porém, o texto é a regra, não é a norma, e a partir de um mesmo texto legal podem ser extraídas diversas normas e comandos jurídicos, a depender do caso concreto<sup>5</sup>.

Deste modo, o modelo casuístico do positivismo jurídico foi se tornando reconhecidamente insuficiente diante dos fatos sociais, já que a inflexibilidade que o engessava não permitia a renovação e consequente adaptação do Direito ao fato social<sup>6</sup>. Vive-se, atualmente, um momento

---

4 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.19.

5 Em voto marcante do então Ministro Eros Grau, foi exposto que: “Texto normativo e norma jurídica, dimensão textual e dimensão normativa do fenômeno jurídico. O intérprete produz a norma a partir dos textos e da realidade. A interpretação do direito tem caráter constitutivo e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão. A interpretação/aplicação do direito opera a sua inserção na realidade; realiza a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção no mundo da vida.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/ DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Eros Grau, Brasília, 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiario/ano/anexo/adpf153.pdf>>. Acesso em 22 de setembro de 2017.

6 “O Direito que o legislador não pode criar arbitrariamente – insisto – é o direito positivo. O direito pressuposto condiciona a produção do direito posto (positivo). Mas o direito posto transforma, sua (dele) própria base. Isso significa – afirmo-o em outros termos – que o direito

de busca por mecanismos capazes de adaptar o Direito à realidade fática dos jurisdicionados.

É justamente desta necessidade de adaptação do Direito posto ao pressuposto que as cláusulas gerais recebem destaque e relevância<sup>7</sup>. Estas, que são dotadas de proposital indeterminação e flexibilidade, revelam conteúdo amplo, abrangente e extensivo, capazes de dar ao intérprete do Direito caminho mais fácil ou menos difícil<sup>8</sup> para facilitar a transposição dos preceitos e garantias fundamentais emanadas da Constituição Federal de 1988<sup>9</sup> às legislações infraconstitucionais<sup>10</sup>

Nesse caminho, as cláusulas gerais possuem três funções concomitantes que tocam diretamente a necessidade de fundamentação do magistrado e superveniente necessidade de recursos aos precedentes, quais

---

pressuposto condiciona a elaboração do direito posto (direito positivo), mas este modifica o direito pressuposto.” GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.65.

7 “Ao lado da técnica de legislar com normas regulamentares (ou seja, através de previsões específicas e circunstanciadas), coloca-se a técnica das cláusulas gerais. Legislar por cláusulas gerais significa deixar ao juiz, ao intérprete, uma maior possibilidade de adaptar a norma às situação de fato”. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução: Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 27.

8 “Um código não-totalitário tem janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que o ligam a outros corpos normativos – mesmo os extrajurídicos – e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais” MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como um “sistema em construção”: As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro*. Revista dos tribunais. V. 753. p. 24-48. jul. 1998, p. 26.

9 Sendo assim, “o intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis”, p. 12. BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*), p. 12. Disponível em: < [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf) >. Acesso em 22 de setembro de 2017.

10 Nesse sentido: “Parece indiscutível a necessidade de se desenvolver, por parte do legislador e do intérprete, a técnica das cláusulas gerais, cuja adoção evita profundas lacunas causadas pela evolução da sociedade; sendo impossível ao legislador acompanhar o passo dos acontecimentos, e infrutífera a tentativa de tentar tipificar a totalidade das situações jurídicas que, assim como os bens jurídicos do direito, multiplicam-se a cada momento”. TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil, os chamados microsistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa*, p. 8. Disponível em: < <http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca10.pdf> >. Acesso em 15 de maio de 2016.

sejam: a função de integração, de individualização, e de generalização.<sup>11</sup>

Através da *função de integração inter-sistêmica* há facilitação da “migração dos conceitos e valores entre o Código, a Constituição e as leis especiais”<sup>12</sup>, o que aproxima o direito material do constitucional. Já na *função individualizadora*, tem-se a análise preliminar dos elementos do caso concreto para, depois, determinar-se quais normas serão aplicadas. Deste modo, individualiza-se o sentido em decorrência das circunstâncias fáticas e da realidade sociocultural, isto é, o magistrado, ao deparar-se com o caso, deverá individualizá-lo, fundamentando-o para, a partir da individualização de muitos casos semelhantes, chegar-se à *função generalizante* das cláusulas gerais, ou seja, na medida em que se alcança a devida fundamentação o seu efeito concreto se torna generalizante para casos semelhantes, tornando possível a conversão em precedentes estáveis no conteúdo e previsíveis no sentido.

Portanto, em apertada síntese, uma cláusula geral da função social atua como ponte entre o conteúdo material, os preceitos e garantias fundamentais e a lei de direitos autorais para, com a decisão fundamentada do magistrado no caso concreto ser verificado seu alcance e sentido. E, na medida em que se individualiza a matéria ela passa a ser generalizante, tornando-se precedente para casos semelhantes.

### 3. A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES O CPC DE 2015

A grande questão contemporânea, que ganha renovado ânimo com o advento do Código de Processo Civil de 2015 (CPC), é como escapar do arbítrio do magistrado e ao mesmo tempo estabelecer parâmetros capazes de dar segurança, previsibilidade, coerência e estabilidade às cláusulas gerais, sem que, com isto, engesse e amesquinhe sua característica

---

11 MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como um “sistema em construção”: As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro*. Revista dos tribunais. V. 753. p. 24-48. jul. 1998, p. 34.

12 MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como um “sistema em construção”: As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro*. Revista dos tribunais. V. 753. p. 24-48. jul. 1998, p. 36.

essencial, a abertura semântica.

A normatividade da cláusula geral de limitações, que busca dar plena eficácia à função social dos direitos autorais, tanto em seu viés constitucional, como infraconstitucional, não é um fenômeno estático que pode ser definido e esvaziado aprioristicamente, muito pelo contrário, é dotada de proposital indeterminação e flexibilidade, com conteúdo amplo, abrangente e extensivo, necessitando, portanto, de concreção<sup>13</sup> para ser estabelecido o alcance e o sentido do caso – a *ethos* do caso concreto.

Em que pese a renovada esperança por dias melhores com a positivação das decisões do CPC, o tema ter recebido extraordinário destaque, com todos os holofotes voltados a si, o que, na verdade, é motivo de grande aflição, já que traz à tona problema crônico de parte da judicatura brasileira, ainda enraizada no Estado Moderno, que interpreta a Constituição Federal - quando o fazem - à luz da legislação infraconstitucional, enquanto o Estado Constitucional impõe o contrário como premissa básica de hermenêutica<sup>14</sup>.

Deste modo, o tema não é novo, e já deveria estar sendo aplicado há pelo menos 29 anos, pois encontra positivação no inciso IX do art. 93<sup>15</sup> da Constituição Federal, o que asseguraria, se respeitado,

a determinabilidade do caso concreto, bem como o direito

---

13 “A interpretação do Direito consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação.” GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 49.

14 Nesse sentido, o próprio legislador ordinário dispôs, como cartilha e de forma didática - e porque não, constrangedora-, o art. 1º do CPC, em que: “Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.”.

15 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 22 de setembro de 2017.

fundamental ao contraditório e consequente ampla defesa<sup>16</sup> (inciso LV, do art. 5º<sup>17</sup> da Constituição Federal).

Para reforçar o exposto, há uma curiosidade, que gera certa estranheza quanto aos padrões hermenêuticos, em regra, “adotados pelo poder judiciário”<sup>18</sup>. Isso porque o art. 11<sup>19</sup> do CPC de 2015 é reprodução *ipsis litteris* do supracitado inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Sendo assim, além de incongruente, dar atenção à fundamentação das decisões graças à “inovadora” previsão do CPC é, por si só, exemplo eloquente da arbitrariedade do poder judiciário, o que justifica ainda mais a obrigatoriedade da devida fundamentação<sup>20</sup>. Saindo do plano do

---

16 Em apertada síntese, para os efeitos do presente estudo, o contraditório pode ser definido em três palavras: informação, reação e participação. Assim, “a informação é indispensável, pois todos têm o direito de ter ciência de que um pedido de tutela jurisdicional foi em seu desfavor. A reação é eventual, ou seja, todos têm o direito de se defender de um pedido que possa atingir a sua esfera jurídica, mas eventualmente o exercício desse direito pode ser relegado para um momento posterior, dependendo dos valores em jogo. Já a participação é o terceiro elemento do contraditório e tem duplo endereço: as partes e o juiz. As partes participam do processo pedindo, alegando e provando. Os juízes participam do processo decidindo, exercendo os seus poderes instrutórios e gerenciando o processo”. SOUZA, André Pagani de. *Princípios Constitucionais e a Vedação das Decisões-Surpresa*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker da; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André (coord.). *Processo em Jornadas*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 44.

17 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 22 de setembro de 2017.

18 “Adotados pelo poder judiciário”, uma vez que esta não parece, data vênia, ser esta a opção adotada pelo legislador constituinte. Já que, no Estado Democrático de Direito, é a Constituição Federal que está topo do ordenamento jurídico, irradiando de forma plena e imediata sua normatividade para todo o ordenamento infraconstitucional. O que obrigaria uma leitura de cima para baixo e não de baixo para cima.

19 BRASIL. Código de Direito Processual Civil, lei nº 13.105 de 2016. “Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 22 de setembro de 2017.

20 “Justifica ainda mais a necessidade da devida de fundamentação”, porque a devida fundamentação é pontualmente um dos instrumentos capazes de prevenir o arbítrio do judiciário.

dever-ser, em que os magistrados fundamentariam à luz da Constituição Federal, retorna-se à realidade - ou à esperança, o CPC, como legislação que, talvez, os magistrados apliquem.

Assim sendo, por ser a função social um conceito jurídico indeterminado, a explicitação de seus sentidos encontra morada expressa no § 1º do art. 489 do CPC, em que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”, tem-se, por objetivo, dar coerência e segurança, visto que a concretude<sup>21</sup> das cláusulas abertas é vasto e perigoso espaço de criação pretoriana.

Muito além de aplicar a lei – isso é o mínimo<sup>22</sup>, fundamentar é: i) demonstrar a essência - o porquê daquela decisão; ii) é explicitar o caminho percorrido, ponto por ponto, questão por questão, até o final daquela estrada – a decisão<sup>23</sup>; iii) é evitar que o magistrado atue

---

21 “A concretude consubstanciaria, em síntese, a transformação da vontade social em comando jurídico. Uma vez estabelecida a normatividade, caberia ao aplicador do direito extrair seu conteúdo. A extração da normatividade constituiria, dessa forma, a atividade jurisdicional típica. Ocorre que, mesmo sem poder exercer normatividade – já que estaria, em tese, adstrito à extração da normatividade – o poder judiciário tem com cada vez mais frequência exercido a função política de concreção.”. VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. *Teoria do Estado e a Unidade do Direito Internacional - Domesticando o Rinoceronte*. Belo Horizonte: Arras Editores, 2016, p. 54.

22 A título de observação, ao fundamentar o magistrado estará aplicando a lei, seja a Constituição Federal (inciso IX do art. 93) ou o CPC (artigos 11 e 489). Deste modo, fundamentar é aplicar a lei (em sentido lato), bem como dizer o direito (em sentido estrito). De modo que não há escapatória, pois o princípio da legalidade além de disposto no caput dos artigos 5º e 37 da Constituição Federal, também está positivado, de forma idêntica, no art. 8º do CPC (para aqueles que ainda interpretam de baixo para cima). E, por fim, caso não seja suficiente, aplicar a lei é atuar em conformidade com o estatuto próprio da categoria destes funcionários públicos, conforme dispõe o art. 3º, I: “é função do magistrado judicial aplicar a lei, administrar a justiça e fazer executar as suas decisões” (BRASIL. Estatuto dos Magistrados Judiciais Lei nº 10/91 de 30 de Julho. Disponível em: < [http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/mocambique\\_emj.pdf](http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/mocambique_emj.pdf) >. Acesso em 22 de setembro de 2017).

23 “Ponto é toda afirmação de fato ou de direito feita pelas partes. Questão é um ponto controvertido pela parte adversária ou pelo próprio juiz. O que faz uma questão, portanto, é uma afirmação (ponto) controvertida”. SCHMITZ, Leonardo Ziesemer. *Fundamentação das Decisões Judiciais – a crise na construção de respostas no processo civil*. WAMBIER; Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 285.

com exacerbada discricionariedade, solipsismo, arbitrariedade<sup>24</sup>; iv) é traçar parâmetros condizentes com o ordenamento jurídico capazes de dar segurança e previsibilidade aos jurisdicionados, e repercussão para a orientação de outros julgamentos; e, por fim v) é permitir o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa.

Precisamente quanto à fundamentação das decisões que tem na função social o conteúdo do mérito, propõe-se que o magistrado decida pautado na axiologia, teleologia e sistemática constitucionais, e, para determinar o conteúdo e extensão da função social nos direitos autorais alguns padrões deverão ser seguidos, dentre eles o conteúdo e justificativa do Recurso Especial 964.404, paradigma no que se refere à interpretação das limitações – este assunto será especificamente tratado adiante.

Cabe enfatizar, por fim, que a decisão fundamentada não é sinônimo da qualidade ou preocupação do magistrado, mas, sim, requisito mínimo para que o ato deste servidor seja válido. De modo que, a indevida ou a total não fundamentação do conteúdo da função social ao caso concreto terá por consequência a nulidade da decisão, cabendo embargos de declaração<sup>25</sup> até que seja sanado o vício e explicitado o conteúdo.

#### 4. PRECEDENTES E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

---

24 “A obra do jurista é a luta contra o arbítrio, é a luta por saber qual é o direito e não cria-lo.

Tudo o que o jurista escreve contém em si um incitamento à ação futura. Interpretar a lei contra o que ela dispõe é um ato de sabotagem, um instrumento de ação revolucionária, mas não um método de busca científica. A humildade é um grande dote do jurista, pois o orgulho pode conduzi-lo a trocar a certeza do direito pelo resultado da sua genialidade inventiva, fazendo com que ele se esqueça de que por detrás das consequências de suas divagações circolino dentro, in ogni giuntura, le lacrime e il sangue degli uomini vivi”. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Responsabilidade da Doutrina e o Fenômeno da Criação do Direito Pelos Juízes*. FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e Constituição – estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 426.

25 BRASIL. Código de Direito Processual Civil, lei nº 13.105 de 2016. Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que: II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1o. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm) >. Acesso em 22 de setembro de 2017.

O fato é que, no alargamento deste maior espaço para criação pretoriana do Direito estabelecido com o CPC, foi criado rol mais significativo de precedentes judiciais<sup>26</sup> obrigatórios, alargando e dando densidade a este instituto que tem em seu âmago os ideais da Constituição Federal de garantir segurança jurídica<sup>27</sup> e permitir maior previsibilidade, coerência e racionalidade<sup>28</sup>.

Neste passo, o legislador em evidente preocupação com a racionalidade e a coerência positivou o art. 926<sup>29</sup> do Código de Processo Civil como forma horizontal de uniformização das decisões, “os tribunais devem uniformizar a sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Podemos entender a estabilidade como a “não surpresa”, a vinculação de julgados anteriores aos atuais; a coerência, por sua vez é uma garantia de isonomia, em que casos iguais devem ter igual decisão; ao passo que a integridade é a exigência que os magistrados recorram ao conjunto sistêmico do direito em seus argumentos.<sup>30</sup> E isso significa

---

26 “Com efeito, pode-se, sem dificuldade, reconhecer que, num quadro como o ora apontado, só a jurisprudência dos tribunais, coerente e estável – o que se busca alcançar principalmente por meio do regime de enunciados sumulares-, terá condições de resguardar a segurança jurídica e a confiança das ideologias pessoais, e na confusão da justiça programada pela norma legal com a justiça concebida no íntimo de seu puro subjetivismo” (JÚNIOR, Humberto Theodoro. *O Papel da Jurisprudência no Novo Código de Processo Civil*. In. JÚNIOR, Antônio Gaio Pereira; CÂMARA, Alexandre Freitas. (org.). Código de Processo Civil – Novas Reflexões e Perspectivas. Belo Horizonte: *DelRey*, 2016, p. 169.

27 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º, inciso XXXVI: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 12 de maio de 2016.

28 MACÊDO, Lucas Buril de. *Reclamação Constitucional Fundada em Precedentes Obrigatórios no CPC/15*. In. JÚNIOR, Antônio Gaio Pereira; CÂMARA, Alexandre Freitas. (org.). Código de Processo Civil – Novas Reflexões e Perspectivas. Belo Horizonte: *DelRey*, 2016, p. 207.

29 BRASIL. Código de Direito Processual Civil, lei nº 13.105 de 2016. “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm) >. Acesso em 22 de setembro de 2017.

30 Por todos, ver MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Ou ainda JÚNIOR, Antônio Pereira Gaio; MELLO, Cleyson de Moraes. *Novo Código de*

que, antes de termos uma verticalização das decisões, nós precisamos ter uma horizontalidade. As turmas devem respeitar seus julgadores, para evitarmos a “jurisprudência lotérica”<sup>31</sup>.

Já no que trata especificamente da verticalização das decisões, isto é, do efeito cascata que os precedentes judiciais possuem no ordenamento brasileiro, o legislador positivou o artigo 927<sup>32</sup> do Código de Processo Civil.

Não é suficiente, portanto, o advogado ou magistrado recitar ou remeter à súmula, como se aquele enunciado fosse a panaceia para todos os males, muito mais do que isso, será necessário fazer um estudo dos acórdãos que geraram aquela súmula. Isto porque o juiz deverá de aplicar a *ratio decidendi* daquela súmula ao caso concreto, para poder ter condições de dizer se vai ou não seguir. Ou seja, na fundamentação do magistrado ele terá que voltar nos acórdãos formadores daquele

---

Processo Civil Comentado. Belo Horizonte: DelRey, 2016

31 MACÊDO, Lucas Buril de. *Reclamação Constitucional Fundada em Precedentes Obrigatórios no CPC/15*. In. JÚNIOR, Antônio Gaio Pereira; CÂMARA, Alexandre Freitas. (org.). Código de Processo Civil – Novas Reflexões e Perspectivas. Belo Horizonte: DelRey, 2016, p. 208.

32 BRASIL. Código de Direito Processual Civil, lei nº 13.105 de 2016. Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm) >. Acesso em 22 de setembro de 2017.

entendimento. Não bastando colocar “com base em tal artigo”; “julgo com base na súmula tal”, pois agora há balizas a serem seguidas. Ele terá que explicar e fundamentar, com respaldo nos artigos art. 10<sup>33</sup> e no art. 489, § 1º do Código de Processo Civil<sup>34</sup>.

E, ademais, na análise do precedente o intérprete não poderá se furtar a dois fatores importantíssimos, a *Ratio Decidendi* e a *Obter Dictum*. *Ratio Decidendi*: A razão de decidir, é o principal conteúdo de um acórdão, é nela que se obtém a regulação do caso concreto e de onde são extraídas as diretrizes principais para identificar em uma decisão se assemelha à outra. Enquanto, do outro lado, a *Obter Dictum*, não decide conteúdo, não é vinculante, sendo tão somente matéria de fato, externa ao conteúdo necessário para a criação de precedentes.

## 5. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DOS DIREITOS AUTORAIS

Dito do exposto, para que o magistrado possa alcançar a *Ratio Decidendi* -a razão de decidir-, quando o assunto versar sobre função social, será necessário partir do núcleo do instituto, que tem por vértice a

33 BRASIL. Código de Direito Processual Civil, lei nº 13.105 de 2016. Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm) >. Acesso em 22 de setembro de 2017.

34 BRASIL. Código de Direito Processual Civil, lei nº 13.105 de 2016. Art. 10. Art. 489. São elementos essenciais da sentença: § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se restringem a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm) >. Acesso em 22 de setembro de 2017.

sistemática, teleologia e axiologia extraídos da Constituição Federal.

Nesse caminho, se faz necessário traçar um conteúdo, mesmo que mínimo, do sentido e alcance da função social da propriedade para, com isso, demonstrar diretrizes na árdua tarefa de condicionamento do concreto, em que o magistrado diante da necessidade da devida fundamentação de diversos textos legais ainda pautados na estrutura patrimonialista, deverá dar prevalência à normatividade constitucional com ênfase na prevalência da função - existencial.

Assim sendo, tendo em vista que estrutura e função são elementos que compõem quaisquer direitos subjetivos, 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 possível<sup>35</sup>, reconhecendo na propriedade um fim em si mesmo<sup>36</sup>. Conquanto, no Estado Social, que carrega para dentro do elemento funcional da propriedade a noção de ordem pública que é, em nosso tempo, pautada nas garantias existenciais do Estado Democrático de Direito a nova ordem jurídica impõe aos proprietários, a par dos direitos atribuídos, deveres, ônus e obrigações.

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. (TEPEDINO, 2011, pp. 242-243)

---

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

36 “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.

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. (PERLINGIERI, 2011, p. 121)

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”<sup>37</sup>, 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”<sup>38</sup>. 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”<sup>39</sup>.

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 função de promover”<sup>40</sup>. 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 coletividade. E, neste contexto, deve ser considerado que

---

37 SCHREIBER, Anderson. *Função Social da Propriedade na Prática Jurisprudencial Brasileira*.

Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 6, p.159-182, 2000.

38 Idem. Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 6, p.159-182, 2000.

39 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.

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

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. (PERLINGIERI, 2007, p. 226)

Quis o constituinte originário garantir no artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal, o direito fundamental à propriedade e, logo em seguida, no inciso XXIII, 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 é dinâmico e assume um papel decisivo no controle sobre os demais”<sup>41</sup>. 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. (FACHIN, 1988, pp. 19-20)

Neste dinamismo contemporâneo a função social da propriedade alcança diversas formas em atendimento às diversas situações fáticas, de modo que se torna elementar ao magistrado fundamentar para

---

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

determinar o conteúdo da função social aplicada ao caso concreto, atendendo, sob pena de nulidade da decisão, 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.

A funcionalização dos institutos proprietários não exclui nenhuma de suas formas da necessidade de compatibilização entre os direitos do titular e os direitos comunitários, extra proprietários. No caso dos direitos autorais os de maior incidência são, no plano coletivo ou social, os direitos de acesso à cultura, educação e conhecimento, alcançando também a inovação e a tecnologia, enquanto que, no plano individual a liberdade de expressão, o direito à privacidade, de consumidor e à informação. Todos estes devem ser compatibilizados com a exclusividade autoral, pois são todos direitos fundamentais de igual natureza, devendo ser harmonizados respeitando-se os elementos essenciais de cada qual. Esta fora a posição defendida por doutrina mais atenta as transformações da sociedade e também menos vinculada aos interesses encastelados em torno dos direitos dos autores, que falam como se autores fossem, enquanto são apenas mercadores de direitos sobre criações alheias. O STJ entendeu a dimensão da antissocial e antijurídica da proposição interpretativa de que as limitações deveriam ser interpretadas restritivamente, cingindo os usos livres permitidos à casuística legislativa, incompleta e insuficiente, como reiteradamente denunciada. E é justamente sobre este tópico que trataremos a seguir.

## **6. O PRECEDENTE PARADIGMÁTICO**

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 e,

desde então, a decisão é fonte obrigatória a ser enfrentada por todos aqueles que discutem o tema das limitações aos direitos autorais no Brasil.

O Recurso Especial (REsp) n 964.404, 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 9.610/98, 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.

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, VI<sup>42</sup>, 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

---

42 BRASIL. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9610.htm) >. Acesso em: 28 de abril de 2016.

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. (BRASIL, Resp. 964.404)

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. (BRASIL, Resp. 964.404)

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 Souza<sup>43</sup> e Leonardo Macedo Poli<sup>44</sup>, 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

43 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.

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

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. (BRASIL, Resp. 964.404)

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 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 possuíssem 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 Andrichi e Massami Ueyda seguiram o voto do Relator e, por unanimidade, a Turma deu parcial provimento ao recurso especial, funcionalizando o conteúdo direito de propriedade em razão dos direitos fundamentais.

Deste modo, a partir do REsp. 964.404 ficou evidenciado 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, manifestadas, no caso dos Direitos Autorais, por exemplo pela apropriação dos bens artístico-culturais e científicos protegidos por direitos autorais.

Portanto, toda vez que o Resp. 964.404 for utilizado como precedente em casos de proteção às limitações aos direitos autorais, o magistrado não poderá se furtar a julgar no sentido da interpretação extensiva, pois, se o fizer, a sentença será nula, salvo se conseguir provar que o entendimento foi modificado, ou que o caso litigioso é diverso do conteúdo do Resp. Assim, o inciso VI do § 1 do art. 489, dispõe:

Art. 489: São elementos essenciais da sentença: § 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, a nova hermenêutica que reflete a constitucionalização do direito atinge o âmago dos institutos de direitos privado, revestindo-lhes de uma nova densidade, no qual estrutura e função dialogam para dar-lhes o melhor sentido e aplicabilidade social. Os institutos proprietários foram especialmente atingidos, até por terem sido ícones das codificações modernas e sua pretensão de absolutismo dos institutos jurídicos. A funcionalização da propriedade obriga que todos os titulares

no exercício de suas faculdades e direitos respeite os limites impostos pelos interesses extra proprietários, que se projetam intrinsecamente para legitimar a própria proteção, e, neste sentido, são sua própria justificativa. Assim como os direitos autorais, os direitos de acesso à cultura, educação, informação, consumidor ou, dentre outros, liberdade de expressão são direitos fundamentais, e a sua harmonização é um dever contínuo e constante.

O estabelecimento de precedentes como vértices de aplicação da norma ao caso concreto contribui para a segurança jurídica e previsibilidade, ao mesmo tempo que a flexibilidade necessária para a adequação da norma ao caso concreto, permanentemente substituindo – enterrando, esperamos - a lógica da subsunção, pela qual os fatos devem se adequar a norma, numa completa inversão de valores.

O precedente paradigmático aqui analisado foi reiterado em decisões posteriores pelo mesmo Tribunal. Esperamos que o estabelecido neste precedente seja respeitado no enfrentamento de outros casos por este e demais tribunais inferiores – conforme determina o CPC e a razoabilidade.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**, p. 12. Disponível em: < [http://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf) >. Acesso em 22 de setembro de 2017.

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

BRASIL. **Código de Direito Processual Civil**, lei nº 13.105 de 2016. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-)

2018/2015/lei/l13105.htm >. Acesso em 22 de setembro de 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 22 de setembro de 2017.

BRASIL. **Estatuto dos Magistrados Judiciais** Lei nº 10/91 de 30 de Julho. Disponível em: < [http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/mocambique\\_emj.pdf](http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/mocambique_emj.pdf) >. Acesso em 22 de setembro de 2017.

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&sequencial=1027365&n\\_um\\_registro=200701444505&data=20110523&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1027365&n_um_registro=200701444505&data=20110523&formato=PDF)>. Acesso em: 26 de setembro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/ DF**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Eros Grau, Brasília, 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf153.pdf> >. Acesso em 22 de setembro de 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

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 *jus*Podivm, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **O Papel da Jurisprudência no Novo Código de Processo Civil**. In. JÚNIOR, Antônio Gaio Pereira; CÂMARA, Alexandre Freitas. (org.). *Código de Processo Civil – Novas Reflexões e Perspectivas*. Belo Horizonte: *DelRey*, 2016.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Reclamação Constitucional Fundada em Precedentes Obrigatórios no CPC/15**. In. JÚNIOR, Antônio Gaio Pereira; CÂMARA, Alexandre Freitas. (org.). *Código de Processo Civil – Novas Reflexões e Perspectivas*. Belo Horizonte: *DelRey*, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARTINS-COSTA, Judith. **O direito privado como um “sistema em construção”**: As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. Revista dos tribunais. V. 753. p. 24-48. jul. 1998.

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

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Responsabilidade da Doutrina e o Fenômeno da Criação do Direito Pelos Juízes**. FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e Constituição – estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito 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, p. 81.

SCHMITZ, Leonardo Zieseemer. **Fundamentação das Decisões Judiciais – a crise na construção de respostas no processo civil**. WAMBIER; Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

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. **Os direitos culturais no Brasil**. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2012.

SOUZA, Allan Rocha de; FAIRBANKS, Alexandre de Serpa Pinto- **A propriedade privada no Brasil: reflexos a partir da Constituição Federal de 1988**. In Anais do Congresso, Nova York: Latin American Studies Association, 2016.

SOUZA, Allan Rocha de; FAIRBANKS, Alexandre de Serpa Pinto. **The Marrakesh treaty ratification in Brazil: immediate effects**. In: **Panorama of Brazilian Law**, v.4, pp. 328-346, 2016.

SOUZA, André Pagani de. **Princípios Constitucionais e a Vedação das Decisões-Surpresa**. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker da; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André (coord.). *Processo em Jornadas*. Salvador: JusPodivm, 2016.

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

TEPEDINO, Gustavo. **O Código Civil, os chamados microsistemas e Constituição: premissas para uma reforma legislativa**, p. 8.

Disponível em: < <http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca10.pdf> >. Acesso em 22 de setembro de 2017.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. **Teoria do Estado e a Unidade do Direito Internacional - Domesticando o Rinoceronte**. Belo Horizonte: Arras Editores, 2016.