

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**DIREITO, INOVAÇÃO, PROPRIEDADE
INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA**

MARALUCE MARIA CUSTÓDIO

JOÃO MARCELO DE LIMA ASSAFIM

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito, inovação, propriedade intelectual e concorrência [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Maraluce Maria Custódio, João Marcelo de Lima Assafim – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-122-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Inovação. 3. Propriedade Intelectual. 4. Concorrência. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC
/DOM HELDER CÂMARA**

**DIREITO, INOVAÇÃO, PROPRIEDADE INTELECTUAL E
CONCORRÊNCIA**

Apresentação

Apresentação não realizada pelos Coordenadores do GT.

A INTERPRETAÇÃO DAS LICENÇAS CREATIVE COMMONS DE VEDAÇÃO DE USO COMERCIAL DIANTE DO MOVIMENTO CULTURA LIVRE

THE INTERPRETATION OF THE NONCOMMERCIAL CREATIVE COMMONS LICENSES IN THE CONTEXT OF THE FREE CULTURE MOVEMENT

Samory Pereira Santos

Resumo

Com a crescente proliferação de obras publicadas e licenciadas sob termos Creative Commons, tal sistema de licenciamento tem se tornado cada vez mais onipresente no cotidiano dos usuários e criadores de produtos culturais. As licenças que preveem a vedação do uso comercial tem gozado grande, mas decrescente, popularidade. Surge, com isto, a necessidade de estabelecer-se critérios hermenêuticos para a sua interpretação, contextualizando essa interpretação nos valores que informaram e estruturam estas licenças. Desta forma, teve-se como objeto deste trabalho inserir as licenças Creative Commons de vedação comercial no contexto axiológico do Movimento Cultura Livre, com fim de solucionar problemas interpretativos quanto a extensão desta vedação.

Palavras-chave: Creative commons, Movimento cultura livre, Licença pública, Vedação de uso comercial

Abstract/Resumen/Résumé

With the increasing proliferation of works published and licensed under Creative Commons licenses, such licensing scheme has become increasingly ubiquitous in everyday life of users and creators of cultural products. The licenses that provide for the sealing of commercial use has enjoyed wide, but decreasing, popularity. Emerges with this popularity the need to establish criteria for the legal interpretation of these licenses, contextualizing this interpretation on the values which informed and structured them. Thus, the object of this paper is to establish the NonCommercial Creative Commons licenses in the axiological context of the Free Culture Movement, in order to solve interpretive problems about the extension of this restriction.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Creative commons, Free culture movement, Public license, Non commercial use

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo analisar a compatibilidade das licenças *Creative Commons* com restrição de uso comercial no Movimento Cultura Livre e a função social da propriedade aplicada ao Direito Autoral. Observa-se que as licenças *Creative Commons* têm ganhado especial relevância na medida em que se prolifera obras licenciadas sob seus termos.

Hodiernamente, a cifra de obras licenciadas chegou a 882 milhões de trabalhos, apenas no meio digital¹, sendo que o Brasil responde por aproximadamente 4% deste universo². A onipresença desta licença no Brasil se verifica em sítios governamentais, tal como da Empresa Brasil de Comunicação³, bem como o seu uso prevalente em publicações científicas eletrônicas.

As licenças *Creative Commons* se tornaram uma realidade consolidada no cenário do tratamento jurídico dispensado às obras no Brasil e no Mundo. Todavia, permanece-se como polêmico uma destas licenças, a de restrição de uso comercial, ora vista como excessivamente restritiva ora como garantidora dos rendimentos dos autores.

Adotou-se como hipótese que a cláusula de vedação de uso comercial não é recebida pelo Movimento Cultura Livre como uma restrição razoável. Este movimento foi a justificativa ideológica-filosófica da criação das licenças *Creative Commons*, esta oposição deverá ser levada em consideração quando da interpretação das licenças. Desta forma, o alcance da restrição de uso comercial deve, apesar de respeitados os limites semânticos do texto, ser sempre interpretado em favor da liberação do uso, do que de sua restrição.

Metodologicamente, o trabalho foi desenvolvido através da abordagem do raciocínio interdisciplinar. Para o desenvolvimento do trabalho foi feita análise de informações e dados de diversos ramos do conhecimento, preponderadamente de natureza política, jurídica e estatística. A técnica de pesquisa utilizada foi a denominada pesquisa teórica, com enfoque zetético. Valeu-se de um estudo crítico-reflexivo, através de análise de conteúdo de livros, periódicos, sítios eletrônicos e legislação.

1 CREATIVE COMMONS. *State of the Commons*. Disponível em: <<https://stateof.creativecommons.org/report/>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

2 HARMON, Elliot. *wherelicensesareused.csv*. Disponível em: <<https://github.com/creativecommons/stateofthe>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

3 EMPRESA BRASIL DE COMUNICAÇÃO. *EBC*. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

O trabalho foi dividido em três partes, excluindo esta introdução, conclusão e referências. Na primeira parte se expõe a história do Movimento Cultura Livre, sua ideologia, valores e sua relação com as licenças *Creative Commons*. Em sequência, se faz uma análise panorâmica das licenças *Creative Commons*, sua natureza jurídica e espécies em uso, bem como as não mais recomendadas. Por fim, se realiza um estudo sobre as licenças de vedação ao uso comercial, seus problemas interpretativos, críticas e perspectivas jurídicas que se deve levar em consideração quando de sua interpretação, contextualizada no Movimento Cultura Livre.

2. O MOVIMENTO CULTURA LIVRE

O Movimento Cultura Livre surgiu como derivação, fora do cenário restrito da tecnologia da informação, do Movimento do *Software Livre*⁴. Se pretendeu, neste movimento, generalizar-se o pensamento daquele movimento a um espectro maior de mídias e aplicações. Por conta disso, boa parte da ideologia do Movimento do *Software Livre*, com seus parâmetros de o que consiste em liberdade, seus objetivos e base filosófica é compartilhada com o Movimento Cultura Livre⁵.

Historicamente, o Movimento *Software Livre* foi sistematizado por Richard Stallman, inserido no contexto da *Free Software Foundation* e o Projeto GNU. Tratava-se como uma política do projeto, delineado em seus principais documentos constitutivos e licenças específicas. Contudo, inicialmente o trabalho de Stallman esteve restrito a seu projeto e, portanto, não ganhou tanta relevância. Com Eric Raymond, todavia, se removeu as referências ao projeto de Stallman, formando o que atualmente é conhecido como *Open Source*⁶.

O Movimento do *Software Livre*, portanto, é delimitado pela obediência a determinados critérios. Pela definição de *Open Source*, um *software* é livre quando sua redistribuição é livre, isto é, incondicionada; o programa acompanhe seu código-fonte,

4 LESSIG, Lawrence. *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*. Nova Iorque: Penguin, 2004, p. XV.

5 MORIGI, Valdir; SANTIN, Dirce Maria. Reflexões sobre os valores do Movimento Software Livre na criação de novos movimentos informacionais. *Informação & Informação*, v. 12, n. 1, 15 jul. 2007, p. 12.

6 PERENS, Bruce. The Open Source Definition. In: STONE, Mark; OCKMAN, Sam; DIBONA, Chris (Org.). *Open Sources: Voices from the Open Source Revolution*. 1. ed. Sebastopol, EUA: O'Reilly Media, 1999. Disponível em: <<http://www.oreilly.com/openbook/opensources/book/perens.html>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

permitindo o estudo de como funciona; permita a criação de obras derivadas; se restringir a modificação do código-fonte, permita que seja distribuído um programa que altere a execução de outro; não discrimina pessoas ou grupos; não discrimine a área de aplicação do programa; sua licença seja executada independentemente de outra; sua licença não é restrita a um produto/sua licença não condicione a distribuição do *software* conjuntamente com outros programas, nem o proíba; e, por fim, sua licença deve ser tecnologicamente neutra⁷.

Inspirado por esse movimento, Lessig generalizou e adaptou os seus conceitos para abarcar qualquer tipo de bem imaterial. Para ele, a estratégia adotada pelo Movimento *Software* Livre, em que se utilizou as regras de direitos autorais usuais para benefício de um ideal de expansão do conhecimento de livre acesso, poderia ser aplicado a cultura em geral⁸. Como Stallman construiu uma ideologia e um aparato técnico para libertar o *Software*, Lessig fez o mesmo como a cultura em geral.

Com efeito, as licenças *Creative Commons* surgiram no seio do Movimento Cultura Livre, pretendendo-se afirmar como um instrumento de liberação de obras intelectuais, de forma voluntária por seus titulares, do regime geral dos direitos autorais. Viu-se que o regime geral dos direitos autorais havia sido desvirtuado por interesses corporativos particulares, em prejuízo da maioria dos titulares dos direitos autorais, bem como da sociedade em geral⁹. Espelhando-se no experimento da GNU *Free Documentation License*¹⁰, que impactou a distribuição de documentação no contexto do *Software* Livre, se formulou estas licenças com o fim de simplificar a libertação da cultura, de forma voluntária, por seus titulares¹¹.

Por conta disso, a ideologia do Movimento Cultura Livre deve servir como norte hermenêutico na interpretação das licenças *Creative Commons*. Ocorre que estas licenças possuem como objetivo a viabilização técnico-jurídico do Movimento Cultura Livre no seu objetivo de alterar o regime dos direitos autorais. Desta forma, analisar-se-á, na próxima seção, quais são os critérios que tornam uma obra livre.

7 OPEN SOURCE INITIATIVE. *The Open Source Definition*. Disponível em: <<http://opensource.org/osd>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

8 LESSIG, Lawrence. *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*. Nova Iorque: Penguin, 2004, p. 282.

9 LESSIG, Lawrence. *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*. Nova Iorque: Penguin, 2004, p. 146 e 216.

10 MORIGI, Valdir; SANTIN, Dirce Maria. Reflexões sobre os valores do Movimento Software Livre na criação de novos movimentos informacionais. *Informação & Informação*, v. 12, n. 1, 15 jul. 2007, p. 13.

11 LESSIG, Lawrence. *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*. Nova Iorque: Penguin, 2004, p. 282 – 283.

2.1. A CRÍTICA AO REGIME DE PERMISSÕES

A principal crítica do Movimento Cultura Livre a forma que se regulamentou os direitos intelectuais consiste no que se denominou de cultura da permissão¹². Trata-se do sistema hodiernamente prevalente no mundo, em que se pressupõe que dada obra tem seus direitos de uso, reprodução, execução etc., bem como os direitos autorais conexos, reservados a seu titular. Para se fazer uso desta obra, o terceiro deverá possuir autorização expressa do titular.

Internacionalmente, a Convenção da União de Berna, que regula internacionalmente os direitos autorais, estabeleceu como padrão a restrição completa por terceiros ao uso de obras intelectuais, em seu artigo 9º, item 1, que “1) Os autores de obras literárias e artísticas protegidas pela presente Convenção gozam do direito exclusivo de autorizar a reprodução destas obras, de qualquer modo ou sob qualquer forma que seja.”¹³

De igual maneira, a Convenção Universal de Direitos do Autor, de Genebra, revista em Paris, de 1971, estabeleceu regramento no sentido de conferir ao autor o uso exclusivo de sua obra. Neste instrumento normativo, estabelece-se que, no artigo IV que

1. Os direitos mencionados no Artigo I compreendem os direitos fundamentais que asseguram o proteção dos interesses patrimoniais do autor, em particular o direito exclusivo de autorizar a reprodução por um meio qualquer que seja, a representação e a execução públicas e a radiodifusão. As disposições do presente Artigo aplicar-se-ão às obras protegidas pela presente Convenção, que sob sua forma original, que, de modo reconhecível, sob uma forma derivada da obra original.¹⁴

No Brasil, a lei 9.610/98, em seu artigo 49, consolidou este posicionamento, devendo o terceiro que fizer uso contar com instrumento específico para fazer prova de que está autorizado a fazer uso da obra, o licenciamento, concessão, cessão ou outro negócio jurídico¹⁵. Desta forma, qualquer utilização da obra que não possua autorização expressa de seu criador é uma violação aos direitos autorais.

12 LESSIG, Lawrence. *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*. Nova Iorque: Penguin, 2004, p. 8.

13 BRASIL. Decreto nº 75.699, de 6 de maio de 1975. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. *Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D75699.htm. Acesso em: 15 ago. 2015.

14 BRASIL. Decreto 76.905, de 24 de dezembro de 1975. Promulgada a convenção Universal sobre Direito de Autor, revisão de Paris, 1971. *Secretaria de Informação Legislativa do Senado Federal*. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=99317&norma=123194&anexos=>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

15 BRASIL. Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. *Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm. Acesso em: 15 ago. 2015.

O regime atual de direitos autorais se revela, para este movimento, incompatível com a dinamicidade proporcionado pelas novas tecnologias e, a longo prazo, se revelou deletério para a produção intelectual. Com efeito, obras raras, produzidas por autores cujos descendentes são desconhecidos acabam por serem perdidas, por conta da insegurança jurídica na sua reprodução. Nesta situação, observa-se que, apesar do aumento da criação de obras nos últimos 100 anos, aquelas que ficam no período intermediário entre o que se considera domínio público – quando os direitos patrimoniais do autor caducaram – e se deixou de ser economicamente interessante para a indústria relacionada, acabam esquecidos e inutilizados¹⁶.

Ademais, autores que querem ver suas obras utilizadas livremente pela comunidade se viam sem instrumentos jurídicos confiáveis e facilmente disponíveis para fazê-lo¹⁷. Sem essa instrumentalização jurídica da crítica ao regime jurídico dos direitos autorais, o Movimento Cultura Livre ficaria apenas no plano político. Foi assim, com esta finalidade, que se criou a Fundação *Creative Commons*¹⁸, e, nela, se gestou as licenças que são objeto deste trabalho.

2.2. AS LIBERDADES CULTURAIS

O Movimento da Cultura Livre, assimilando conceitos estabelecidos pelo Movimento do *Software* Livre, reconhece como “liberdades fundamentais”, isto é, as liberdades necessárias para se reconhecer dada licença, contrato de cessão de uso, termos de uso, ou qualquer outro meio de acesso e distribuição de propriedade intelectual como “livre”, as seguintes liberdades: de uso; de estudar a obra; de criar e redistribuir cópias; e de criar obras derivadas¹⁹.

A liberdade de uso consistiria na autorização de qualquer um ter acesso, executar e, de qualquer forma que seja, usufruir dos benefícios da obra intelectual. Um requisito desta liberdade é a inexistência de barreiras artificiais, isto é, não derivadas da mídia em que esteja

16 LESSIG, Lawrence. *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*. Nova Iorque: Penguin, 2004, p. 221 – 222.

17 LESSIG, Lawrence. *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*. Nova Iorque: Penguin, 2004, p. 282 – 283.

18 CREATIVE COMMONS. *About*. Disponível em: <<http://creativecommons.org/about>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

19 DEFINITION OF FREE CULTURAL WORKS. *Definition*. Disponível em: <<http://freedomdefined.org/index.php?title=Definition&oldid=19268>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

a obra, bem como limitações tecnológicas do usuário²⁰. Do contrário, estar-se-á falando de uma liberdade de uso condicionada, o que corresponderia ao regime geral de direito autoral.

A liberdade de estudo da obra, que poderia, a primeira vista, ser abrangida pela liberdade de uso, não se confunde com esta última pois se trata de uma liberdade muito mais específica. Com efeito, se aplica especialmente em obras cuja uso não permita, em primeiro momento, a visualização do seu processo de construção e elaboração. É o caso da obra musical, em que a ouvir não permite, de forma plena, a análise de como se deve ser executada a obra para poder reeditá-la.

Por sua vez, a liberdade de criar e redistribuir cópias se revela especialmente importante na contemporaneidade diante da digitalização das mídias e, portanto, proliferação de oportunidades de criação e distribuição de cópias, bem como a economicidade desta prática. Com efeito, as obras autorais hodiernamente podem assumir como suporte simples bits que podem ser reproduzidos e distribuídos praticamente sem nenhum custo²¹. Há, portanto, de se garantir o usufruto desta tecnologia.

Por fim, a liberdade de criar obras derivadas visa possibilitar que um segundo autor inove com base na obra licenciada, sem a necessidade de permissão expressa do autor originário, tampouco da obediência de regras restritivas da execução do novo trabalho.

3. AS LICENÇAS *CREATIVE COMMONS*

Com efeito, as licenças *Creative Commons* visam possibilitar que obras sejam reproduzidas, usadas e derivadas sem a necessidade particular e casuística de autorização expressa e escrita do autor originário. Trata-se, com efeito, de uma licença pública geral²². Pretende-se, através delas, dinamizar a circulação, reprodução e derivação de obras de forma a preservar os interesses dos seus criadores e oportunizar que a comunidade usufrua desta produção cultural.

Apesar de ser, atualmente, o conjunto de licenças públicas de uso geral mais popular em aplicação, sendo largamente usada em publicação governamental e científica, há um

20 DEFINITION OF FREE CULTURAL WORKS. *Definition*. Disponível em: <<http://freedomdefined.org/index.php?title=Definition&oldid=19268>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

21 TRIDENTE, Alessandra. *Direito Autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 54.

22 BRANCO, Sérgio. *O domínio público no direito autoral brasileiro*. Rio de Janeiro: LumenJuris Editora, 2011, p. 235.

crescente número de licenças públicas gerais. Elas não serão objeto de estudo neste trabalho, tendo em vista que ora não possuem o mesmo suporte filosófico, a Cultura Livre – cuja interpretação ou legitimidade é motivo da própria elaboração destas licenças – ora não possuem a mesma popularidade e, portanto, relevância quanto às licenças *Creative Commons*.

Exemplo destas licenças são: *Against DRM*²³, *FreeBSD Documentation License*²⁴, Licença da Arte Livre²⁵, *GNU Free Documentation License*²⁶, *GNU General Public License*²⁷, *MirOS License*²⁸, *MIT License*²⁹ e *Open Publication License*³⁰. A esmagadora maioria destas foram criadas tendo o fim específico o licenciamento de documentação de *software*, cuja influência é inegável.

3.1. A NATUREZA JURÍDICA DAS LICENÇAS *CREATIVE COMMONS*

A natureza jurídica das licenças públicas, gênero do qual as licenças *Creative Commons* se revelam como espécie, é um tema preliminar para o presente estudo, devendo ser vencido antes de se adentrar em estudo pormenorizado.

Doutrina estrangeira tem cuidado de discutir a natureza jurídica deste instrumento. Comparou-se o instrumento com a dedicação parcial ao domínio público, abandono, servitude ou doação³¹. Hietanen questiona a natureza contratual de uma licença na medida que consistiria em um documento que não necessita de aceitação para produzir seus efeitos, constituindo mero ato unilateral³², se distinguindo dos contratos unilaterais na medida em que

23 FREE CREATIONS. *Against DRM 2.0*. Disponível em: <http://www.freecreations.org/Against_DRM2.html>. Acesso em: 15 ago. 2015.

24 THE FREEBSD PROJECT. *The FreeBSD Documentation License*. Disponível em: <<https://www.freebsd.org/copyright/freebsd-doc-license.html>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

25 COPYLEFT ATTITUDE. *Licença da Arte Livre 1.3*. Disponível em: <<http://artlibre.org/licence/lal/pt/>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

26 FREE SOFTWARE FOUNDATION. *GNU Free Documentation License*. Disponível em: <<http://www.gnu.org/licenses/fdl-1.3.html>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

27 FREE SOFTWARE FOUNDATION. *GNU General Public License*. Disponível em: <<http://www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.en.html>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

28 OPEN SOURCE INITIATIVE. *MirOs License*. Disponível em: <<http://opensource.org/licenses/MirOS>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

29 OPEN SOURCE INITIATIVE. *The MIT License*. Disponível em: <<http://opensource.org/licenses/MIT>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

30 OPEN CONTENT. *Open Publication License*. Disponível em: <<http://www.opencontent.org/openpub/>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

31 HIETANEN, Herkko A. *A License or a Contract, Analyzing the Nature of Creative Commons Licenses*. SSRN Scholarly Paper, nº ID 1029366. Rochester, NY: Social Science Research Network, 12 nov. 2007, p. 6. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=1029366>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

32 HIETANEN, Herkko A. *A License or a Contract, Analyzing the Nature of Creative Commons Licenses*. SSRN Scholarly Paper, nº ID 1029366. Rochester, NY: Social Science Research Network, 12 nov. 2007, p.

não haveria dois polos na licença pública³³.

Entre nós, todavia, apesar da larga utilização do termo “licença” para designar documentos que visam regular o direito autoral e conexos pelos seus titulares perante terceiros, tal figura não é definida na legislação brasileira de direitos autorais. Com efeito, na Lei de Direitos Autorais, menciona-se o licenciamento como meio de transferir a terceiro o direito de autor:

Art. 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito [...]³⁴

Como se vê, não houve uma caracterização do que consistiria um licenciamento. Apenas observa-se que é um meio, diferente da concessão ou da cessão, para se transferir os direitos autorais a terceiro. Licença não incluiria, com efeito, aqueles instrumentos que transferem definitivamente e completamente os direitos autorais do autor, tendo em vista que estes são, por definição legal, contratos de cessão³⁵. Desta forma, a licença é um negócio jurídico que visa regular a forma em que se dá o uso, distribuição, bem como outros direitos patrimoniais do autor, sem cedê-los.

O que diferencia, primordialmente, os contratos de cessão autorais tipicamente experimentados e assim nominados das denominadas licenças públicas é o polo passivo. Com efeito, o polo passivo de um típico contrato de cessão de direitos autorais é uma ou mais pessoas individualizadas e qualificadas. Por outro lado, a licença pública não cuida de individualizar nem qualificar o polo passivo, tratando-o de forma genérica, pretendendo-se produzir efeito àquele que resolver explorar os direitos autorais e conexos da obra tutelada.

A publicidade que se extrai da locução adjetiva “pública” não se refere a natureza do instrumento, isto é, não se trata de um documento público. A licença é pública na medida que é ofertada para uma gama indeterminada de pessoas, produzindo efeitos a esta coletividade que utiliza a obra em massa ou de forma dinâmica. Trata-se de uma autorização prévia³⁶.

9. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=1029366>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

33 HIETANEN, Herkko A. *A License or a Contract, Analyzing the Nature of Creative Commons Licenses*. SSRN Scholarly Paper, nº ID 1029366. Rochester, NY: Social Science Research Network, 12 nov. 2007, p. 11. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=1029366>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

34 BRASIL. Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. *Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 15 ago. 2015.

35 BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 125.

36 BRANCO, Sérgio. *O domínio público no direito autoral brasileiro*. Rio de Janeiro: LumenJuris Editora, 2011, p. 235.

Não é possível afirmar que restou desnaturada a natureza jurídica contratual do que se denomina de licença pública. Estas possuem a natureza jurídica de contrato de cessão de direitos autorais.

3.2. AS LICENÇAS *CREATIVE COMMONS* EM ESPÉCIE

As licenças *Creative Commons* são formatadas de forma modular, isto é, são combinadas de forma a incluir e excluir determinadas cláusulas. Foram elaboradas cinco versões das licenças *Creative Commons*: 1.0, 2.0, 2.5, 3.0 e, a mais recentemente, 4.0³⁷.

São espécies de licenças *Creative Commons* atualmente endossadas pela Fundação *Creative Commons* as seguintes: Atribuição (CC BY), Atribuição-CompartilhaIgual (CC-SA), Atribuição-SemDerivações (CC BY-ND), Atribuição-NãoComercial (CC BY-NC), Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual (CC BY-NC-SA) e Atribuição-NãoComercial-SemDerivados (CC BY-NC-ND)³⁸. Além disso, há um instrumento para tornar a obra autoral voluntariamente de domínio público³⁹.

A licença de mera atribuição cuida de preservar o direito moral do autor a nomeação da obra, bem como a sua paternidade, abrindo-se mão dos seus direitos patrimoniais. Equivaleria a uma dedicação plena ao regime de domínio público como vislumbrado no Direito pátrio⁴⁰.

As licenças de compartilhamento igual, conhecidas como *copyleft*⁴¹, obrigam o autor de obra derivada a licenciar nos mesmos termos que a obra originária. Por outro lado, as licenças que vedam derivações impedem que outros autores construam sobre a obra originária, mesmo que licenciando nos mesmos termos. Por fim, as licenças de vedação de uso comercial são marcadas por imprecisão semântica, no sentido de não haver, em primeira vista, uma precisa definição do que seja uso comercial. Esta última licença que será o principal objeto de análise deste trabalho.

37 CREATIVE COMMONS. *License Versions*. Disponível em: <https://wiki.creativecommons.org/wiki/License_Versions>. Acesso em: 15 ago. 2015.

38 CREATIVE COMMONS. *Sobre as licenças*. Disponível em: <<http://creativecommons.org/licenses/>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

39 CREATIVE COMMONS. *About CC0 - "No Rights Reserved"*. Disponível em: <<https://creativecommons.org/about/cc0>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

40 BRANCO, Sérgio. *O domínio público no direito autoral brasileiro*. Rio de Janeiro: LumenJuris Editora, 2011, p. 236 – 237.

41 LESSIG, Lawrence. *Remix: making art and commerce thrive in the hybrid economy*. Londres: Bloomsbury Academic, 2008, p. 157.

Ainda há licenças já expedidas e atualmente não recomendadas pelo mantenedor das licenças foram: para países em desenvolvimento⁴²; para amostragem (*Sampling*)⁴³; para amostragem plus (*Sampling Plus*)⁴⁴ e para amostragem plus não-comercial (*NonCommercial Sampling Plus*)⁴⁵. O primeiro limitava-se geograficamente aos países em desenvolvimento assim definidos pelo Banco Mundial. Já os demais eram restritos a obras sonoras.

Hare compreendia que as licenças para países em desenvolvimento seriam um artifício útil para permitir que criadores e consumidores de conteúdo nestes países obtivessem inspiração, matéria-prima ou informação elaborado nos países desenvolvidos. A instituição de tratados internacionais de direitos autorais prejudicam o desenvolvimento daqueles países, já debilitados. Haveria uma importância em especial para a criação e manutenção desta licença, sob os auspícios de uma justiça social⁴⁶.

Entretanto, em 2007, por falta de interesse da comunidade, e tendo em vista que a simples opção de outras licenças repercutiria em aumento da complexidade na escolha da licença a ser utilizada pelo criador do conteúdo, a *Creative Commons* deixou de recomendar esta e outras licenças⁴⁷. Cabe mencionar, também, que definir a abrangência territorial das licenças em um documento de terceiro – uma lista publicada pelo Banco Mundial – poderia trazer insegurança jurídica para os usuários, tendo em vista que esta lista muda com o tempo, podendo, de uma hora para a outra deixar de ser aplicável em seu território.

Assim, tendo em vista que não são mais utilizadas em qualquer escala, tampouco um dia foram, estas não foram objeto de análise deste artigo.

4. AS LICENÇAS DE VEDAÇÃO DE USO COMERCIAL (NC)

As licenças de vedação de uso comercial são aquelas que possuem como cláusula de

42 CREATIVE COMMONS. *Creative Commons Legal Code Developing Nations 2.0*. Disponível em: <<http://creativecommons.org/licenses/devnations/2.0/legalcode>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

43 CREATIVE COMMONS. *Creative Commons Legal Code Sampling 1.0*. Disponível em: <<http://creativecommons.org/licenses/sampling/1.0/legalcode>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

44 CREATIVE COMMONS. *Creative Commons Legal Code Sampling Plus 1.0*. Disponível em: <<http://creativecommons.org/licenses/sampling+/1.0/legalcode>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

45 CREATIVE COMMONS. *Creative Commons Legal Code Noncommercial Sampling Plus 1.0*. Disponível em: <<http://creativecommons.org/licenses/nc-sampling+/1.0/legalcode>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

46 HARE, Candace. Copyright: Creative Commons, Open Licensing, Bringing Information to the People (and letting them use it). *Dalhousie Journal of Interdisciplinary Management*, v. 3, n. 1, 2007. Disponível em: <<https://ojs.library.dal.ca/djim/article/view/2007vol3Hare>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

47 LESSIG, Lawrence. *Retiring standalone DevNations and one Sampling license*. Disponível em: <<http://creativecommons.org/weblog/entry/7520>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

excepcionalidade o uso da obra em questão com proveito econômico. Hodiernamente, representam 42% das licenças *Creative Commons* em circulação⁴⁸. A redação da cláusula de vedação de uso comercial foi constante objeto de debate e controvérsia, se tratando de um tema cuja discussão é interminável. Apesar disso, não houve nenhuma mudança significativa da redação desta cláusula, mantendo-se inalterada nas versões 1.0, 2.0, 2.5 e 3.0. Na mais nova edição das licenças *Creative Commons*, alterou-se a posição da cláusula, somente⁴⁹. Basta-se, portanto, reportar-se a uma dessas versões para se ter uma visão plena da extensão desta restrição em qualquer licença de vedação de uso comercial *Creative Commons*.

Pega-se, como paradigma, a adaptação brasileira da Licença de Atribuição-NãoComercial 3.0. Apesar de não ser a licença mais recente, é a única versão das licenças *Creative Commons* que foi objeto de tradução e adaptação com foco no ordenamento jurídico brasileiro. As demais normalmente não estão disponíveis em português ou, quando traduzidas, não foram adaptadas para o Direito brasileiro, tendo em vista a pretensão de aplicabilidade internacional. Veja-se, portanto, a redação da restrição em análise, nesta licença:

4. Restrições. A licença concedida na Seção 3 acima está expressamente sujeita e limitada pelas seguintes restrições:

[...]

b. Você não poderá exercer nenhum dos direitos acima concedidos a Você na Seção 3 de qualquer maneira que seja predominantemente intencionada ou direcionada à obtenção de vantagem comercial ou compensação monetária privada. A troca da Obra por outros materiais protegidos por direito autoral através de compartilhamento digital de arquivos ou de outras formas não deverá ser considerada como intencionada ou direcionada à obtenção de vantagens comerciais ou compensação monetária privada, desde que não haja pagamento de nenhuma compensação monetária com relação à troca de Obras protegidas por direito de autor.⁵⁰

Por vedação ao uso comercial, nesta licença, utilizou-se como conceitos-chaves “vantagem comercial” ou “compensação monetária privada”. Ocorre que, apesar de o segundo conceito ser facilmente identidade – compensação monetária privada corresponde ao pagamento pecuniário (monetário) a uma entidade particular (privada) por conta da entrega da obra (compensação) – vantagem comercial esbarra em problemas semânticos.

Primeiramente, cabe definir vantagem como uma situação econômica benéfica acima do que se esperaria do que na condição pretérita. Observa-se como vantagens comuns, neste contexto, o uso de obras para a composição de publicidade, propaganda, produtos e serviços.

48 CREATIVE COMMONS. *State of the Commons*. Disponível em: <<https://stateof.creativecommons.org/report/>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

49 CREATIVE COMMONS. *Creative Commons Legal Code Attribution-NonCommercial 4.0 International*. Disponível em: <<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

50 CREATIVE COMMONS. *Atribuição-Uso não-comercial 3.0 Brasil Licença*. Disponível em: <<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/3.0/br/legalcode>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

A obra em si não é objeto da transação, não sendo essas atividades abrangidas pela locução “compensação monetária privada”. Parte-se, portanto, para a conceituação de “comercial”.

Com efeito, o conceito de comércio e comerciante no Direito pátrio sempre foi marcado por polêmicas e imprecisões. Observa-se, em tempos pretéritos, a utilização do critério de matrícula em corporações de ofício, dentro do contexto do direito comercial subjetivo⁵¹. No Brasil, com a publicação do Código Comercial do Império⁵², este critério foi sucedido pela teoria dos atos de comércio, uma teoria objetiva que pretende qualificar como comerciantes aqueles que desenvolve determinadas atividades tipificadas em instrumento normativo⁵³, no caso, pelo art. 19 do Decreto 737 de 1850⁵⁴.

Com o advento do Código Civil de 2002, as teorias do direito comercial subjetivo e objetivo foram superadas pela teoria da empresa⁵⁵. Assim, não é mais possível afirmar que a atividade comercial seja restrita aqueles que configuram atos de comércio, incluindo-se atividades empresárias de toda ordem. Basta-se, em verdade, que a atividade econômica privada, excetuando-se a atividade intelectual, de natureza científica, literária ou artística, salvo aquelas que componha elemento de empresa⁵⁶.

Portanto, quando se lê *vantagem comercial*, deve-se interpretar a restrição dentro do contexto da teoria da empresa. Refere-se, cá, a vantagem empresarial, em verdade, sendo o termo comercial resquício das teorias subjetiva e objetiva do Direito ora Comercial, que ainda é praticado no estrangeiro, a exemplo da França, como se observa no art. L 121-1, *in verbis* em sua tradução em inglês: “Traders are those who carry out commercial acts and who make this their usual profession.”⁵⁷

51 SANTOS JÚNIOR, Clélio Gomes dos. Evolução do Direito de Empresa e Elemento de Empresa. In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009, São Paulo. *Anais de São Paulo – SP*, 2009, p. 3877.

52 BRASIL. Lei 556, de 25 de junho de 1850. Código Comercial. *Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm>. Acesso em: 15 ago. 2015.

53 SANTOS JÚNIOR, Clélio Gomes dos. Evolução do Direito de Empresa e Elemento de Empresa. In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009, São Paulo. *Anais de São Paulo – SP*, p. 3878,

54 BRASIL. Decreto 737, de 25 de novembro de 1850. Determina a ordem do Juízo em Processo Commercial. *Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm>. Acesso em: 15 ago. 2015.

55 SANTOS JÚNIOR, Clélio Gomes dos. Evolução do Direito de Empresa e Elemento de Empresa. In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009, São Paulo. *Anais de São Paulo – SP*, p. 3879.

56 SANTOS JÚNIOR, Clélio Gomes dos. Evolução do Direito de Empresa e Elemento de Empresa. In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009, São Paulo. *Anais de São Paulo – SP*, p. 3880.

57 LEGIFRANCE. *Commercial code*. Trad. Martha Fillastre, Amma Kyeremeh, Miriam Watchorn p. 3. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/8016/107146/version/3/file/code_commerce_part_L_EN_20130701.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2015. Em tradução livre: “São comerciantes aqueles que realizam atos de comércio e que fazem disso sua profissão usual.”

Poder-se-á questionar a possibilidade de se obter uma vantagem de natureza econômica, não estando inserida no contexto de atividade empresária. Para efeito ilustrativo, imagine-se um *banner* eletrônico de autopromoção de um escritor literário cujo elemento principal seja uma fotografia licenciada com esta restrição. A atividade intelectual de natureza literária é, por definição, não-empresária. Indubitavelmente escritor será beneficiado economicamente pela composição. Todavia, como não houve compensação monetária decorrente desta aplicação, a vantagem que ele obteve não estaria abrangida pela restrição de vedação de uso comercial.

4.1. A INTERPRETAÇÃO DA VEDAÇÃO DE USO COMERCIAL

Apesar de se tratar de um instrumento jurídico, as licenças de vedação de uso comercial não foram objeto de análise jurisdicional no Brasil. Com efeito, as licenças *Creative Commons* foram tratadas em quatro decisões⁵⁸, até 16 de agosto de 2015. Contudo, em nenhum dos processos houve o enfrentamento do texto da licença, porquanto não houve prova de que objeto do suposto licenciamento foi, efetivamente, licenciado pelo titular da obra.

Há notícias, em jurisprudência estrangeira, no sentido de interpretar-se as licenças de vedação de uso comercial da forma mais restritiva possível. O Tribunal de Colonia, na Alemanha, compreendeu que esta licença impediria o uso da obra em qualquer contexto se não fosse de uso pessoal⁵⁹. Este posicionamento, novel e, portanto, paradigmático, não levou em consideração o contexto axiológico em que as licenças foram produzidas.

Com efeito, a Lei de Direitos Autorais vigente no Brasil estabelece, em seu art. 4º, que os negócios jurídicos que tratam da disposição dos direitos autorais devem ser interpretados restritivamente⁶⁰. Como se viu na seção 3.1, as licenças públicas possuem a natureza jurídica de negócios jurídicos. Desta forma, deve-se aplicar o comando hermenêutico contido na legislação que regula a matéria. Não é difícil imaginar que tal interpretação resultaria no

58 As decisões foram: EMD1 201301117195371 do TJ-DF, APC 20130111719537 do TJ-DF, AI 20130020309046 do TJ-DF e APL 140689820128260562 do TJ-SP.

59 HADDOUTI, Christiane Schulzki. Verstoß gegen CC-Lizenz: Deutschlandradio muss zahlen. *heise online*, Hanouver, 20 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.heise.de/newsticker/meldung/Verstoss-gegen-CC-Lizenz-Deutschlandradio-muss-zahlen-2151308.html>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

60 BRASIL. Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. *Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 15 ago. 2015.

mesmo entendimento expresso pelo tribunal teutônico, ora comentado.

Entretanto, quando se realiza a interpretação de negócios jurídicos de direitos autorais, deve-se ter em mente a vontade expressa no texto jurídico em análise, buscando as intenções das partes⁶¹, cujos valores estão expressos na avença. As licenças *Creative Commons* foram elaboradas dentro de um contexto político-axiológico expresso pelo Movimento Cultura Livre e seus atores, que foram uma comunidade. Ao licenciar a obra sob os termos da *Creative Commons*, o autor subscreve a este projeto ideológico. Deve-se, portanto, estar atento ao que estes atores reconhecem como uso comercial, para, então, se observar o alcance pretendido.

Em pesquisa encomendada pela *Creative Commons* buscou-se descobrir qual é o entendimento dos usuários do que consistiria na vedação comercial. O estudo teve como escopo a população dos Estados Unidos da América usuária de internet⁶². Entrevistou-se mil criadores de conteúdo e mil e cinco usuários de conteúdo⁶³, tratando-se de uma verdadeira pesquisa qualitativa. 73% dos criadores de conteúdo compreenderam que uso comercial é aquele em que há geração de dinheiro⁶⁴.

Quando se posicionou cenários exemplificativos, contudo, a concepção do que seja uso comercial se revelou movediça. Em síntese, os entrevistados compreenderam, em maioria que publicidade eletrônica com lucro, publicidade eletrônica sem lucro, venda de cópia da obra, lucro advindo do uso da obra, obra usada em empresa e uso em sites zombies, se tratariam de uso comercial⁶⁵. De outro lado, a maioria dos criadores de conteúdo compreenderam que, se houvesse uso econômico da obra para cobrir despesas, por uma empresa sem obter-se lucro, pelo governo, uso integral da obra, em filantropia ou que nenhum dinheiro seria arrecadado com o uso da obra, não consistiria em uso comercial⁶⁶.

Observa-se que a comunidade de criadores de obras, os titulares dos direitos autorais, possuem uma visão extremamente restritiva do que consistiria em atividade empresária. Ademais, as liberdades do Movimento Cultura Livre demandam uma interpretação destas cláusulas que seja focada no aumento das possibilidades de uso pelos usuários.

61 BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 113 – 114.

62 NETPOP RESEARCH. *Defining “Noncommercial”*: A Study of How the Online Population Understands “Noncommercial Use”. San Francisco: Creative Commons Corporation, 2009, p. 18.

63 NETPOP RESEARCH. *Defining “Noncommercial”*: A Study of How the Online Population Understands “Noncommercial Use”. San Francisco: Creative Commons Corporation, 2009, p. 27.

64 NETPOP RESEARCH. *Defining “Noncommercial”*: A Study of How the Online Population Understands “Noncommercial Use”. San Francisco: Creative Commons Corporation, 2009, p. 50.

65 NETPOP RESEARCH. *Defining “Noncommercial”*: A Study of How the Online Population Understands “Noncommercial Use”. San Francisco: Creative Commons Corporation, 2009, p. 54.

66 NETPOP RESEARCH. *Defining “Noncommercial”*: A Study of How the Online Population Understands “Noncommercial Use”. San Francisco: Creative Commons Corporation, 2009, p. 54.

Desta forma, observa-se que as licenças de vedação de uso comercial devem ser interpretadas de forma a aumentar a possibilidade de uso lícito das obras, dentro das limitações semânticas de sua cláusula. Com efeito, percebe-se que apenas atividades que seriam diretamente associadas a atividade econômica de empresa configuraram-se como uso comercial, incluindo-se publicidade de produtos e serviços.

4.2. AS CRÍTICAS ÀS LICENÇAS DE VEDAÇÃO DE USO COMERCIAL

As licenças de vedação de uso comercial são duramente criticadas dentro da comunidade de cultura livre.

Talvez o mais conhecido ensaio de oposição a licença de vedação de uso comercial é o escrito de Erik Möller, *The Case for Free Use: Reasons Not to Use a Creative Commons -NC License* (O Caso para Uso Livre: Razões para não Usar uma Licença *Creative Commons* -NC). Para Möller, os principais problemas das licenças de vedação de uso comercial é (I) a sua incompatibilidade com o conteúdo livre, mesmo que permitem a criação derivada ou combinações, (II) inviabiliza usos básicos e benéficos, (III) estão a serviço da manutenção do atual sistema de direitos autorais, bem como (IV) improvavelmente aumentam o lucro do criador sobre suas obras⁶⁷.

Hagedorn *et al* observam que as incertezas jurídicas sobre o que consiste ou não uso comercial, sobretudo em um contexto global, requer uma análise do risco jurídico da utilização de determinada obra em um projeto de longo prazo⁶⁸. Igualmente, as licenças com restrição de uso comercial não possibilitam um ambiente ágil, sinérgico e colaborativo proporcionado por licenças livres, em projetos como a Wikipédia⁶⁹. Por conta disso, diversos projetos desta natureza aboliram, gradualmente, o uso de obras licenciadas com esta restrição, a exemplo da ViBRANT, mantido pela União Europeia⁷⁰.

Segundo Klimpel, as licenças de vedação de uso comercial acabam por prevenir o uso comercial de obras por empresas e indivíduos que respeitam os direitos autorais, bem como

67 MÖLLER, Erik. *The Case for Free Use: Reasons Not to Use a Creative Commons -NC License*. Disponível em: <<http://freedomdefined.org/index.php?title=Licenses/NC&oldid=2464>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

68 HAGEDORN, Gregor *et al*. *Creative Commons licenses and the non-commercial condition: Implications for the re-use of biodiversity information*. *ZooKeys*, v. 150, 150, 28 nov. 2011, p. 134.

69 HAGEDORN, Gregor *et al*. *Creative Commons licenses and the non-commercial condition: Implications for the re-use of biodiversity information*. *ZooKeys*, v. 150, 150, 28 nov. 2011, p. 140.

70 HAGEDORN, Gregor *et al*. *Creative Commons licenses and the non-commercial condition: Implications for the re-use of biodiversity information*. *ZooKeys*, v. 150, 150, 28 nov. 2011, p. 141.

projetos e bancos de dados de código aberto⁷¹. Para ele, as licenças CompartilhaIgual possui a vantagem de prevenir a apropriação comercial das obras, posto que obriga o usuário a disponibilizá-lo de forma igualmente livre, atingindo o mesmo efeito desejável que as licenças de vedação comercial, mas permitindo que a comunidade usufrua da obra em questão⁷². A única vantagem na aplicação desta licença, para Klimpel, é a facilitação distribuição de dado conteúdo por canais em que uma dada empresa não possui interesse ou habilidade de competir com os meios tradicionais⁷³.

A *Free Culture Foundation* tem sido uma voz explicitamente contrária no sentido da remoção destas licenças da *Creative Commons*. Para essa fundação, a cláusula de vedação comercial não atende as liberdades do Movimento Cultura Livre, já discutidas na seção 2.2, por manter o monopólio comercial sobre seus trabalhos. As licenças de vedação de uso comercial mantêm o tratamento dispensado aos direitos autorais como se propriedade privada fossem⁷⁴.

Vollmer, em resposta a posição da *Free Culture Foundation*, reconhece que a licenças de vedação de uso comercial faz parte de uma questão apresentada pela comunidade no decorrer dos anos. Como representante da *Creative Commons*, ele defendeu a manutenção da cláusula com base na ideia de que esta licença sinalizam uma abertura para alternativas ao regime de todos os direitos reservados, bem como que aqueles que a adotarem tenderão a migrar para licenças menos restritivas⁷⁵.

Observa-se, portanto, que a discussão sobre a própria existência destas licenças é contencioso e prolífero. O operador do direito autoral deverá levar em consideração a permanente tensão entre a restrição posta no texto das licenças de vedação comercial e o plexo ideológico-valorativo no qual foram gestadas.

71 KLIMPEL, Paul. *Free Knowledge based on Creative Commons Licenses: Consequences, risks and side-effects of the license module “non-commercial use only – NC”*. Berlim: Wikimedia Germany, 2012, p. 14 – 15.

72 KLIMPEL, Paul. *Free Knowledge based on Creative Commons Licenses: Consequences, risks and side-effects of the license module “non-commercial use only – NC”*. Berlim: Wikimedia Germany, 2012, p. 13.

73 KLIMPEL, Paul. *Free Knowledge based on Creative Commons Licenses: Consequences, risks and side-effects of the license module “non-commercial use only – NC”*. Berlim: Wikimedia Germany, 2012, p. 19.

74 FREE CULTURE FOUNDATION. *Stop the inclusion of proprietary licenses in Creative Commons 4.0*. Disponível em: <<http://freeculture.org/blog/2012/08/27/stop-the-inclusion-of-proprietary-licenses-in-creative-commons-4-0/>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

75 VOLLMER, Timothy. *Ongoing discussions: NonCommercial and NoDerivatives*. Disponível em: <<http://creativecommons.org/weblog/entry/33874>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

5. CONCLUSÃO

Concluiu-se, em derradeiro, que as licenças *Creative Commons* que vedam o uso comercial possuem, tanto por conta de sua redação, passando pela interpretação popular dada a vedação, terminando pela rara interpretação jurisdicional encontrada, problemas em situar o limite da restrição. Com efeito, observou-se que a própria existência destas licenças é questionada na comunidade em que elas foram gestadas, devendo o intérprete do Direito conduzir a uma interpretação que visa reduzir as hipóteses de restrição, sem, contudo, negar-lhe o efeito que se pretendia ter.

Para chegar a essa conclusão, se observou que as licenças *Creative Commons* foram construídas dentro do contexto do Movimento Cultura Livre, com a finalidade de instrumentalizar os criadores de conteúdo para que suas obras fossem acessadas à comunidade de forma mais livre do que o Direito Autoral normalmente permite. Por sua vez, o Movimento Cultura Livre se revelou um desdobramento lógico do Movimento do *Software* Livre, mas expandido para alcançar obras culturais, não somente programas de computador.

Passou-se a visualizar as licenças *Creative Commons* como espécies, inseridas dentro do gênero de licenças públicas. Estas licenças, por sua vez, foram definidas como negócios jurídicos unilaterais cujo polo passivo é indeterminado. Tratam-se de autorizações prévias. Há uma verdadeira diversidade de licenças *Creative Commons*, cada qual com suas particularidades.

As licenças com vedação de uso comercial se tornaram uma das mais utilizadas licenças *Creative Commons*, respondendo por quase metade das obras licenciadas em circulação. Apesar de sua popularidade, tal licença possui incertezas conceituais que dificultam a sua interpretação e, portanto, a visualização de seu alcance normativo. A locução “vantagem comercial” se revela em descompasso com a legislação brasileira, que já superou a teoria objetiva e subjetiva do Direito Comercial, passando a utilizar da teoria da empresa. Desta forma, dever-se-á interpretar vantagem comercial como “vantagem empresarial”.

De igual forma, observou-se que as interpretações feitas pelos criadores de conteúdo são bem diversas, e ainda mais restritivas, devendo ser levados em consideração quando da interpretação jurídica do instrumento. Por fim, observou-se que diversos autores demonstraram que as licenças em discussão possuem uma diversidade de problemas práticos e ideológicos, recomendando-se sua não adoção.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BRANCO, Sérgio. *O domínio público no direito autoral brasileiro*. Rio de Janeiro: LumenJuris Editora, 2011.

BRASIL. Decreto 737, de 25 de novembro de 1850. Determina a ordem do Juízo em Processo Commercial. *Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República*.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm>. Acesso em: 15 ago. 2015.

_____. Decreto nº 75.699, de 6 de maio de 1975. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. *Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República*.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D75699.htm.

Acesso em: 15 ago. 2015.

_____. Decreto 76.905, de 24 de dezembro de 1975. Promulgada a convenção Universal sobre Direito de Autor, revisão de Paris, 1971. *Secretaria de Informação Legislativa do Senado Federal*. Disponível em:

<<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=99317&norma=123194&anexos=>>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

_____. Lei 556, de 25 de junho de 1850. Código Comercial. *Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm>. Acesso em: 15 ago. 2015.

_____. Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. *Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 15 ago. 2015.

COPYLEFT ATTITUDE. *Licença da Arte Livre 1.3*. Disponível em:

<<http://artlibre.org/licence/lal/pt/>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

CREATIVE COMMONS. *About CC0 - "No Rights Reserved"*. Disponível em:

<<https://creativecommons.org/about/cc0>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

_____. *Atribuição-Uso não-comercial 3.0 Brasil Licença*. Disponível em:

<<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/3.0/br/legalcode>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

_____. *Creative Commons Legal Code Attribution-NonCommercial 4.0 International*.

Disponível em: <<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

_____. *Creative Commons Legal Code Developing Nations 2.0*. Disponível em:

<<http://creativecommons.org/licenses/devnations/2.0/legalcode>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

_____. *Creative Commons Legal Code Noncommercial Sampling Plus 1.0*. Disponível em: <<http://creativecommons.org/licenses/nc-sampling+/1.0/legalcode>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

_____. *Creative Commons Legal Code Sampling 1.0*. Disponível em: <<http://creativecommons.org/licenses/sampling/1.0/legalcode>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

_____. *Creative Commons Legal Code Sampling Plus 1.0*. Disponível em: <<http://creativecommons.org/licenses/sampling+/1.0/legalcode>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

_____. *License Versions*. Disponível em: <https://wiki.creativecommons.org/wiki/License_Versions>. Acesso em: 15 ago. 2015.

_____. *Sobre as licenças*. Disponível em: <<http://creativecommons.org/licenses/>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

_____. *State of the Commons*. Disponível em: <<https://stateof.creativecommons.org/report/>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

DEFINITION OF FREE CULTURAL WORKS. *Definition*. Disponível em: <<http://freedomdefined.org/index.php?title=Definition&oldid=19268>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

EMPRESA BRASIL DE COMUNICAÇÃO. *EBC*. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

FREE CREATIONS. *Against DRM 2.0*. Disponível em: <http://www.freecreations.org/Against_DRM2.html>. Acesso em: 15 ago. 2015.

FREE CULTURE FOUNDATION. *Stop the inclusion of proprietary licenses in Creative Commons 4.0*. Disponível em: <<http://freeculture.org/blog/2012/08/27/stop-the-inclusion-of-proprietary-licenses-in-creative-commons-4-0/>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

FREE SOFTWARE FOUNDATION. *GNU Free Documentation License*. Disponível em: <<http://www.gnu.org/licenses/fdl-1.3.html>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

HADDOUTI, Christiane Schulzki. Verstoß gegen CC-Lizenz: Deutschlandradio muss zahlen. *heise online*, Hanouver, 20 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.heise.de/newsticker/meldung/Verstoss-gegen-CC-Lizenz-Deutschlandradio-muss-zahlen-2151308.html>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

HAGEDORN, Gregor *et al.* *Creative Commons licenses and the non-commercial condition: Implications for the re-use of biodiversity information*. *ZooKeys*, v. 150, 150, p. 127–149, 28 nov. 2011.

HARE, Candace. Copyright: Creative Commons, Open Licensing, Bringing Information to the People (and letting them use it). *Dalhousie Journal of Interdisciplinary Management*, v. 3, n. 1, 2007. Disponível em: <<https://ojs.library.dal.ca/djim/article/view/2007vol3Hare>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

HARMON, Elliot. *wherecclicensesareused.csv*. Disponível em: <<https://github.com/creativecommons/stateofthe>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

HIETANEN, Herkko A. *A License or a Contract, Analyzing the Nature of Creative Commons Licenses*. SSRN Scholarly Paper, nº ID 1029366. Rochester, NY: Social Science Research Network, 12 nov. 2007. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=1029366>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

KLIMPEL, Paul. *Free Knowledge based on Creative Commons Licenses: Consequences, risks and side-effects of the license module “non-commercial use only – NC”*. Berlim: Wikimedia Germany, 2012.

LEGIFRANCE. *Commercial code*. Trad. Martha Fillastre, Amma Kyeremeh, Miriam Watchorn p. 3. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/8016/107146/version/3/file/code_commerce_part_L_EN_20130701.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2015.

LESSIG, Lawrence. *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*. Nova Iorque: Penguin, 2004.

_____. *Remix: making art and commerce thrive in the hybrid economy*. Londres: Bloomsbury Academic, 2008.

_____. *Retiring standalone DevNations and one Sampling license*. Disponível em: <<http://creativecommons.org/weblog/entry/7520>>. Acesso em: 17 ago. 2015.

MÖLLER, Erik. *The Case for Free Use: Reasons Not to Use a Creative Commons -NC License*. Disponível em: <<http://freedomdefined.org/index.php?title=Licenses/NC&oldid=2464>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

MORIGI, Valdir; SANTIN, Dirce Maria. Reflexões sobre os valores do Movimento Software Livre na criação de novos movimentos informacionais. *Informação & Informação*, v. 12, n. 1, p. 5–18, 15 jul. 2007.

NETPOP RESEARCH. *Defining “Noncommercial”*: A Study of How the Online Population Understands “Noncommercial Use”. San Francisco: Creative Commons Corporation, 2009.

OPEN CONTENT. *Open Publication License*. Disponível em: <<http://www.opencontent.org/openpub/>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

OPEN SOURCE INITIATIVE. *MirOs License*. Disponível em: <<http://opensource.org/licenses/MirOS>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

_____. *The MIT License*. Disponível em: <<http://opensource.org/licenses/MIT>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

_____. *The Open Source Definition*. Disponível em: <<http://opensource.org/osd>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

PERENS, Bruce. The Open Source Definition. In: STONE, Mark; OCKMAN, Sam; DIBONA, Chris (Org.). *Open Sources: Voices from the Open Source Revolution*. 1. ed. Sebastopol, EUA: O’Reilly Media, 1999. Disponível em: <<http://www.oreilly.com/openbook/opensources/book/perens.html>>. Acesso em: 16 ago. 2015.

SANTOS JÚNIOR, Clélio Gomes dos. Evolução do Direito de Empresa e Elemento de Empresa. *In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009, São Paulo. Anais de São Paulo – SP, 2009, p. 3875 – 3896.*

THE FREEBSD PROJECT. *The FreeBSD Documentation License*. Disponível em: <<https://www.freebsd.org/copyright/freebsd-doc-license.html>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

TRIDENTE, Alessandra. *Direito Autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

VOLLMER, Timothy. *Ongoing discussions: NonCommercial and NoDerivatives*. Disponível em: <<http://creativecommons.org/weblog/entry/33874>>. Acesso em: 16 ago. 2015.