

Estudos de Direito de Autor e Interesse Público
<http://www.direitoautoral.ufsc.br>

Coordenadores

Marcos Wachowicz

Manoel J. Pereira dos Santos



**ESTUDOS DE DIREITO DE AUTOR E
INTERESSE PÚBLICO**

Anais do II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público

Fundação Boiteux

Florianópolis

2008

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	9
--------------------------	----------

VOLUME I

PARTE I: A SOCIEDADE DIGITAL E O CONSUMIDOR.....	13
---	-----------

A QUESTÃO DO DOMÍNIO PÚBLICO.....	14
-----------------------------------	----

José de Oliveira Ascensão

A SOCIEDADE DIGITAL E O CONSUMIDOR.....	40
---	----

José de Oliveira Ascensão

PARTE II: TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E DIREITO AUTORAL.....	70
--	-----------

A TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E O DIREITO DE AUTOR.....	71
--	----

Manoel J. Pereira dos Santos

TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E DIREITO AUTORAL.....	81
---	----

Marcos Wachowicz

PARTE III – A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO DE AUTOR.....	87
---	-----------

ASPECTOS GERAIS DA TEORIA DA FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO DE AUTOR....	88
--	----

Guilherme C. Carboni

PARTE IV – REVISÃO DA LEI DE DIREITOS AUTORAIS.....	107
--	------------

A REVISÃO DA LEI DE DIREITOS AUTORAIS.....	108
--	-----

Allan Rocha de Souza

PARTE V – DIREITO DE AUTOR E DESENVOLVIMENTO.....132

PREMISSAS PARA O DESENVOLVIMENTO: REFLEXÕES A PARTIR DA OBRA DE AMARTHYA SEM.....133

Marcia Carla Pereira Ribeiro

DESENVOLVIMENTO E DIREITOS DE AUTOR.....141

José Augusto Fontoura Costa

Fernanda Sola

VOLUME II

I FÓRUM DE DEBATES – SOCIEDADE INFORMACIONAL E DIREITO DE AUTOR.....15

3

DIREITOS AUTORAIS NA INTERNET E SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO.....154

Sávio de Aguiar Soares

A ARTE NA ERA PÓS-INDUSTRIAL E O DIREITO AUTORAL.....172

Lindsay Azambuja

Herik Assis

APONTAMENTOS SOBRE O DIREITO AUTORAL E A FORMAÇÃO DOS MERCADOS DE ARTE FOTOGRÁFICOS.....185

Patrícia Pereira Peralta

O COMPOSITOR E A EDITORA MUSICAL – DESEQUILÍBRIOS QUE PERMEIAM ESSA RELAÇÃO.....204

Daniel Pessôa Campello Queiroz

DIREITOS AUTORAIS E AS OBRAS MUSICAIS NA ERA DA TECNOLOGIA DIGITAL.....	221
Livia de Almeida Carvalho	
DIREITO AUTORAL NO SÉCULO XXI.....	233
Paulo Cannabrava Filho	
II FÓRUM DE DEBATES – DIREITO DE AUTOR E INCLUSÃO SOCIAL.....	252
<i>COPYLEFT</i> E EXCLUSÃO DIGITAL.....	253
João Gustavo Duarte Nadal	
FUNÇÃO SOCIAL DAS PROPRIEDADES CIENTÍFICAS ADVINDAS DE ESTUDOS REALIZADOS EM UNIDADES DE CONSERVAÇÃO COMO FERRAMENTA DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTADO AMAZÔNICO.....	269
Felipe Melo Rezende	
REFLEXOS DA REVOLUÇÃO CIBERNÉTICA PERANTE A COMUNIDADE ACADÊMICA: DA LEGITIMIDADE DE FONTES E DA PROPAGAÇÃO DO PLÁGIO.....	287
Maria Flávia Agner Grubba Moreira	
ESTADO E DIGNIDADE: O AUTOR FRENTE À INCLUSÃO DIGITAL NA ERA DA INFORMAÇÃO.....	307
Marcia Andrea Bühring	
AS FRONTEIRAS DA IMUNIDADE DO DIREITO AUTORAL SOBRE TRABALHOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	331
Maria do Socorro Barbosa Araujo	
Cintia Beatriz de Freitas Alves	

III FÓRUM DE DEBATES – DIREITO DE AUTOR E NOVOS MODELOS DE NEGÓCIOS.....345

CREATIVE COMMONS: UMA ALTERNATIVA PARA A FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS E O EXERCÍCIO PLENO DA SUA FUNÇÃO SOCIAL.....346

Gustavo Testa Corrêa

LICENCIAMENTO DE *SOFTWARE* LIVRE: UMA NOVA ABORDAGEM DO DIREITO AUTORAL.....365

Cássia Isabel Costa Mendes

Antônio Márcio Buainain

LICENÇAS DE USO DA INFORMAÇÃO E INTELIGÊNCIA COLETIVA NO CAPITALISMO PÓS-INDUSTRIAL.381

Clóvis Ricardo Montenegro de Lima

Rose Marie Santini

O DIREITO AUTORAL E AS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO – OS PRINCÍPIOS DA DECLARAÇÃO DO MILÊNIO E A TUTELA JURÍDICA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL DO *SOFTWARE*.....396

Diana Zerbini de Carvalho Martins

ARTE ILEGAL? OS TRIBUNAIS E A CULTURA DO *SAMPLE*.....417

Alexandre Pessler

TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E *SOFTWARE* LIVRE.....431

Helenara Braga Avancini

IV FÓRUM DE DEBATES – DIREITO DE AUTOR E NOVOS CONTORNOS CONCEITUAIS.....450

DELINEAMENTO HISTÓRICO DA PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E SUA CONSEQUENTE REPERCUSSÃO INTERNACIONAL.....451

Tatiana Ramires Esper

CONSIDERAÇÕES SOBRE AS MEDIDAS ANTIELISÃO DE OBRAS AUTORAIS
PREVISTAS NOS ACORDOS DE LIVRE-COMÉRCIO.....468

Francisco Viegas Neves da Silva

A PROPRIEDADE INDUSTRIAL E OS DIREITOS AUTORAIS: AGREGANDO
DISTINTOS REGIMES DE PROTEÇÃO.....485

Michele Copetti

OS LIMITES DA AUTORIA NA ARTE INTERATIVA.....505

Eveline Canali

AS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E DA COMUNICAÇÃO E A EDUCAÇÃO:
tensões e possibilidades de sua utilização no ensino jurídico.517

Rosane Leal da Silva

OS NOVOS RUMOS DA PROTEÇÃO AUTORAL NO MEIO MUSICAL.....537

Sandro Roberto dos Santos

V FÓRUM DE DEBATES – DIREITO DE AUTOR E A FUNÇÃO SOCIAL.....555

VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL E SUBDESENVOLVIMENTO AUTHOR RIGHT
RAPE AND THE UNDERDEVELOPMENT.....556

Anderson Silva Giroto

Ludmilla Evelin de Faria

Charlene Maria C. de Ávila Plaza

Nivaldo dos Santos

A PESQUISA E OS DIREITOS AUTORAIS.....568

Camilla Polonini Salgado Silva

Igor Gomes Duarte Gomide dos Santos

Letícia de Almeida Maestri

LIMITAÇÕES AO DIREITO DE AUTOR: CONSIDERAÇÕES SOBRE CÓPIA PRIVADA
E A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO DE AUTOR.....582

Eduardo Pires

Stella Monson Tolotti

DIREITOS DO AUTOR E REVOLUÇÃO DIGITAL: DA PROIBIÇÃO DE
DISPONIBILIZAÇÃO DE OBRAS PROTEGIDAS POR DIREITOS AUTORAIS NA
INTERNET *VERSUS* A NECESSIDADE DE DIFUNDIR A CULTURA.....601

Elisandro Machado

Danielle Soncini Bonella

Luana Hundertmarck Minato

Wagner A. Hundertmarck Pompéo

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E O ACESSO AO
CONHECIMENTO.....613

Kacerine Rodrigues Dias

Jardel Luiz Vettorato

PROTEÇÃO AUTORAL DE PERSONAGENS NA ERA DA INFORMAÇÃO.....632

Carolina Tinoco Ramos

André Andrade

VI FÓRUM DE DEBATES – DIREITO DE AUTOR E NOVAS TECNOLOGIAS.....649

DIREITO AUTORAL E DESENVOLVIMENTO: UMA ANÁLISE ECONÔMICA.....650

Patrícia de Oliveira Areas

A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO DE AUTOR.....672

Mário Ângelo de Oliveira Júnior

Nathaly Dias Martins

Renata Rodrigues Sol

DO DIREITO AUTORAL NO SÉCULO XXI E DA NECESSIDADE DE
IMPLEMENTAÇÃO DE UM PONTO DE EQUILÍBRIO ENTRE REPRODUÇÃO E
REMUNERAÇÃO.....685

Jucelma Tolotti Mainardi

Danielle Bonella

Wagner Augusto Hundertmarck Pompéo

DIREITO DE AUTOR, INTERNET E AS NOVAS TECNOLOGIAS: A FUNÇÃO SOCIAL
DA PROPRIEDADE INTELECTUAL NA ERA DIGITAL.....697

Zauri Geraldo Severino Junior

A IMPORTÂNCIA DA PROTEÇÃO JURÍDICA AO SOFTWARE POR MEIO DOS
DIREITOS AUTORAIS.....721

Marcelo André Marchezan

Alessandra Duarte Batista

A QUESTÃO DOS FONOGRAMAS: A TROCA P2P EM DETRIMENTO AO INTERESSE
MERCANTIL DAS GRAVADORAS.....741

Carolina Dombrowski

Tácio Piacentini

Posfácio – Ministério da Cultura – MinC760

POLÍTICA PÚBLICA DE DIREITOS AUTORAIS: DIAGNÓSTICO, DIRETRIZES E
ESTRATÉGIAS

Marcos Alves de Souza

José Vaz de Souza Filho

Samuel Barichello Conceição

Angeline Monteiro Prata

APRESENTAÇÃO

O estudo do Direito de Autor no Brasil deixou de ser apenas uma disciplina curricular obscura e distante da sociedade para ganhar relevo dentro do novo ambiente tecnológico. Isto se percebe pelo grande movimento acadêmico e pelo interesse social, político e econômico que a tutela dos bens intelectuais tem despertado nos operadores do direito e nos professores que debruçam pesquisas para delinear os novos contornos da disciplina em suas mais variadas matizes doutrinárias. Inúmeros seminários, congressos e eventos dos mais diversos enfoques sobre o tema têm sido realizados no Brasil e no exterior.

Nesta obra coletiva juristas brasileiros e europeus oferecem uma visão geral sobre as questões econômicas e políticas que emergem na Sociedade Informacional, acerca do Direito de Autor, privilegiando uma perspectiva ligada ao interesse público que envolve a criação intelectual.

Uma das facetas mais importantes e fundamentais para a percepção do Direito de Autor na sociedade contemporânea é perceber a necessidade e a busca de um novo equilíbrio entre interesses públicos e privados. Nesse sentido, o objetivo da presente obra é oferecer elementos aos operadores do direito para que possam aprofundar suas investigações, análises, curiosidades e inquietudes para a solução dos problemas inerentes ao Direito de Autor.

Esta obra aglutina os trabalhos elaborados e apresentados no II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público, realizado nos dias 16 e 17 de junho de 2008 em Florianópolis na Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. O evento foi organizado pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC em parceria com a Escola de Direito e GVlaw - FGV/SP, tendo o apoio do Ministério da Cultura – MinC, da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES/MEC, da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB/SC e da Fundação José Arthur Boiteux - FUNJAB.

A realização do evento foi concebida de forma integrada com o Fórum Nacional de Direito Autoral lançado pelo Ministério da Cultura - MinC, o que representa um importante

passo para a retomada da presença do Estado na formulação de políticas públicas para um tema cada vez mais contemporâneo e estratégico num contexto de ambiente digital e convergência tecnológica.

A presente obra consolida outras iniciativas já realizadas pela UFSC e pela Escola de Direito de São Paulo da FGV, objetivando estimular uma abordagem crítica e profunda acerca do Direito da Propriedade Intelectual, analisando-se nesta oportunidade, em especial, os interesses públicos e econômicos envolvidos na questão do Direito de Autor.

Ressalte-se a presença nos eventos do jurista José de Oliveira Ascensão para a abertura e o encerramento dos debates, bem como de outros renomados especialistas.

A obra aglutina temas de ampla discussão no Brasil e no exterior na área do Direito de Autor nos diferentes artigos que a compõem, sendo que, para melhor sistematização, optou-se por estruturá-la em dois volumes:

- O primeiro volume contempla essencialmente as palestras proferidas por juristas de percuciente produção doutrinária na área de Direito Autoral, abordando temas divididos em cinco partes: Sociedade Digital e o Direito do Consumidor, Tecnologia da Informação e Direito Autoral, A Função Social do Direito de Autor, Revisão da Lei de Direitos Autorais, e Direito de Autor e Desenvolvimento.
- O segundo volume aglutina as contribuições profficuas de especialistas, professores e acadêmicos, revelando uma reflexão nacional sobre o Direito Intelectual e a Sociedade contemporânea através de temas divididos em seis Fóruns de debates: Sociedade Informacional e Direito de Autor, Direito de Autor e Inclusão Social, Direito de Autor e Novos Modelos de Negócios, Direito de Autor e Novos Contornos Conceituais, Direito de Autor e a Função Social, e Direito de Autor e Novas Tecnologias.

Os volumes dos trabalhos aqui desenvolvidos e também apresentados nos fóruns de debate cumprem com excelência o aprofundamento das pesquisas devotadas ao Direito de Autor, na medida em que provocam, antes de tudo, o debate para os fundamentos constitutivos do sistema de Direito Autoral. Os trabalhos voltam-se para o desafio de identificar os valores éticos, públicos e fundamentais da doutrina autoral e das matrizes

ideológicas que influenciaram e influenciam a construção do sistema internacional da tutela da obra intelectual.

Assim, o leitor poderá perceber que esta obra, além da reunião de juristas de distintas matizes teóricas do Direito Autoral, pautou por uma metodologia que privilegiou uma abordagem sobre os problemas da tutela jurídica do bem intelectual, buscando compreender e perceber a necessidade de um equilíbrio dos interesses públicos e privados que envolvem o Direito de Autor na sociedade moderna.

Marcos Wachowicz

Professor do Curso de graduação e pós-graduação em Direito na
Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Manoel J. Pereira dos Santos

Coordenador e professor do Curso de Especialização em Propriedade Intelectual da
Fundação Getúlio Vargas (FGV – SP)

Realização:



Apoio:





VOLUME I

PARTE I

A SOCIEDADE DIGITAL E O CONSUMIDOR



A QUESTÃO DO DOMÍNIO PÚBLICO¹

José de Oliveira Ascensão²

SUMÁRIO

1. Apropriação privada e domínio público; 2. A gênese do exclusivo autoral; 3. Âmbito do domínio público; 4. Direito exclusivo ou domínio público?; 5. As tecnologias da informação; 6. O domínio público como meta; 7. Na senda da perpetuidade: A) A vertente pessoal; 8. B) A vertente patrimonial; 9. Problemas originados pela sucessão de leis. Os direitos adquiridos; 10. O critério geral de solução; 11. As prorrogações de prazo e as obras já tombadas no domínio público; 12. Caracterização do domínio público; 13. O domínio público remunerado; 14. A experiência brasileira.

1. Apropriação privada e domínio público

É-nos dado como tema o domínio público e as questões que suscita.

Mas não é mau começar por observar que os bens intelectuais estiveram no domínio público ao longo de quase toda a história da humanidade, sem suscitar a menor questão. A criação de exclusivos sobre bens intelectuais só surge com a Idade Moderna.

Não obstante tudo estar no domínio público, realizaram-se durante milênios criações intelectuais e inventos espantosos. O que por si demonstra que os exclusivos sobre bens intelectuais não são afinal indispensáveis para o progresso das ciências e das artes.

Todavia, de certas justificações dos direitos intelectuais antes parecia inferir-se o contrário.

¹ Este artigo é destinado aos Estudos em Homenagem à Prof.^a Dr.^a Maristela Basso.

² Presidente da Associação Portuguesa de Direito Intelectual. Presidente da GESTAUTOR – Associação de Gestão Colectiva de Direito de Autor. Professor catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa. Advogado. Autor de mais de 250 títulos.

Do lado econômico desenvolveu-se o que se chamou a *teoria dos baldios*. Se os bens intelectuais estivessem desapropriados não seriam cuidados devidamente; como se afirma que o não são as terras de propriedade coletiva dos habitantes dum lugar que constituem terrenos baldios. Os direitos exclusivos potencializariam a valia dos bens intelectuais.

Também a chamada Análise Econômica do Direito incidiu sobre esta matéria. Na Europa foi acolhida nomeadamente por Michael Lehmann, em relação aos programas de computador, que enalteceu os grandes benefícios que resultariam da apropriação destes programas.

Não pretendo entrar na discussão econômica da matéria, mas não posso deixar de fazer uma observação muito simples: se houvesse essas vantagens todas, então a consequência lógica seria a da perpetuidade dos direitos intelectuais! Nunca deveriam cair no domínio público.

De fato, houve historicamente sistemas de perpetuidade do direito de autor.

Não me refiro especificamente à perpetuidade do chamado *direito moral* de autor: este será depois considerado. Advirto desde já que falo em direito *pessoal* de autor e não em direito moral, porque o qualificativo *moral* é uma importação da língua francesa³ que nada justifica na nossa língua.

Mas de momento limito-me à vertente patrimonial do direito de autor. A perpetuidade vigorou em vários países; em Espanha, por exemplo, logo em 1823. Durou pouco tempo, como aliás aconteceu com várias outras manifestações históricas.

Também Portugal teve o seu sistema de perpetuidade, instituído em 1927⁴. O silogismo legitimador, inspirado pelas entidades de gestão coletiva, era palmar: a propriedade é perpétua; o direito de autor é propriedade; logo o direito de autor é perpétuo. Com base neste raciocínio primário, assente em duas premissas erradas, o direito de autor foi tornado perpétuo⁵.

As consequências foram calamitosas. Assim, obras já clássicas de uso obrigatório no ensino, que eram da titularidade de editoras, foram exploradas através de edições más e caras, porque não sofriam qualquer concorrência. A situação só terminou com o Código do Direito de Autor de 1966⁶.

³ Muito frequentemente usado naquele país: lembrem-se as “pessoas morais”, por exemplo.

⁴ Segundo projeto de Cunha Gonçalves, jurista que aliás também trabalhou o Direito brasileiro.

⁵ Embora, como é natural, só tenham sido objeto deste regime as obras que ainda não tinham caído no domínio público ao tempo da entrada em vigor da lei.

⁶ Mesmo assim, este garantiu ainda um período transitório aos exclusivos existentes até à queda das obras no domínio público, como diremos.

A apropriação exclusiva valoriza a obra intelectual? A experiência portuguesa permite dar uma resposta positiva. Mas, infelizmente, essa valorização não foi para a cultura, para o público ou sequer para o autor: reverteu para os empresários.

2. A gênese do exclusivo autoral

Sigamos por caminhos mais prudentes, que são aliás os caminhos que cremos serem hoje universais. Vejamos em que enquadramento surgiu o exclusivo autoral.

Concorda-se que o Direito de Autor é uma resultante do avanço tecnológico. Está originariamente ligado à máquina de impressão; tal como os vários escalões posteriores correspondem fundamentalmente a outros progressos da técnica.

Mas a técnica não teve como consequência imediata o aparecimento do instituto jurídico do Direito de Autor. A primeira manifestação foi o privilégio, com o inerente caráter empresarial. E os privilégios começaram por ser atribuídos aos impressores, que ganhavam assim um monopólio de impressão. Os primórdios do instituto são empresariais.

Com o tempo, passaram a ser atribuídos privilégios também a autores. Podemos dizer que é por uma reformulação destes privilégios que surge algo que podemos considerar que corresponda já ao direito de autor, na sua feição moderna: o exclusivo atribuído ao autor pelo britânico Estatuto da Rainha Ana de 1710. Outorgava-se ao autor um privilégio de exploração por 14 anos. O privilégio poderia ser renovado por mais 14 anos, caso o autor ainda vivesse uma vez esgotado o primeiro período.

Com a Revolução Francesa dá-se outra mudança maior: a alquimia do privilégio em propriedade, para permitir que o direito sobrevivesse à abolição solenemente decretada de todos os privilégios. Desde então, a proteção dos direitos autorais não parou de aumentar.

Havia-se partido, como vimos, de prazos muito modestos. Esses prazos têm sido incessantemente empolados, num movimento que chega aos nossos dias. Passou pela proteção vitalícia e transbordou para a proteção pós-morte do autor. A Convenção de Berna veio a adotar o prazo de proteção de 50 anos pós-morte no Ato de Berlim de 1908 ⁷.

Surgiu depois a proteção de outras entidades além dos autores, que se relacionavam mais ou menos proximamente com a obra intelectual. A Convenção de Roma de 1961 estabeleceu para as três clássicas categorias de direitos conexos um prazo de proteção de 20

⁷ Mas nesse Ato o prazo foi estabelecido ainda de modo indicativo apenas.

anos. Também esse prazo foi sucessivamente empolado, mesmo quando estabelecido em benefício de puros empresários.

No que respeita ao Direito de Autor vários países foram ultrapassando a duração de 50 anos pós-morte. Assim, no Brasil, na vigência da Lei n.º 5988 a proteção era vitalícia para certos sucessores e fora disso por 60 anos pós-morte. Na Europa, a Alemanha aumentou o prazo para 70 anos pós-morte⁸. Isso foi o pretexto que a Comunidade Européia tornou para a “harmonização” do prazo de proteção: passou a ser para todos os países de 70 anos pós-morte para o direito de autor e de 50 anos para os direitos conexos⁹.

Mas nem assim a tendência para o incremento dos prazos cessou. Nos Estados Unidos da América foi aprovado um aumento geral dos prazos de proteção de 20 anos! No que respeita a *work made for hire* a proteção dura por 95 anos, ou por 120 anos se a obra não tiver sido publicada¹⁰.

Foi evidente a influência da Disney neste processo, para evitar a queda no domínio público de personagens cuja criação datava do início do séc. XX. A constitucionalidade da extensão do prazo foi contestada, mas o Tribunal Supremo norte-americano aceitou-a, como a mera consideração de que se tratava de uma competência constitucionalmente atribuída ao Congresso. Como 95 ou 120 anos são compatíveis com a Constituição norte-americana, que atribui ao Congresso a possibilidade de estabelecer exclusivos “por tempo limitado” em benefício de autores e inventores *para o progresso das ciências e das artes úteis* é um mistério, que caberá aos juristas norte-americanos desvendar.

E não se fica por aqui. O México, parceiro dos Estados Unidos na NAFTA, já subiu o prazo, não para 95, mas para 100 anos. Vê-se nisso um sinal de que, quando se chegar ao termo do prazo alongado nos Estados Unidos, haverá nova prorrogação para evitar a queda no domínio público.

Estamos pois na senda da perpetuidade do Rato Mickey!

3. Âmbito do domínio público

Passemos agora ao domínio público. O que se abrange neste?

⁸ O que representou um presente para os editores à custa dos consumidores: assim Manfred Rehbinder, *Urheberrecht*, 14.ª ed., C. H. Beck, 2006, § 41 II, n.º 535.

⁹ Não pós-morte. Foi objeto da Diretriz n.º 93/98, de 28.10.93, sobre a duração, arts. 1 e 3.

¹⁰ Pelo *Sonny Bono Copyright Term Extension Act* de Outubro de 1998.

Pela negativa, domínio público há quando a obra não está sob apropriação exclusiva de ninguém. Consequentemente, estariam no domínio público as obras de que todos podem usar sem autorização. Advertimos porém imediatamente que “sem autorização” não equivale a “sem pagamento”. A advertência ficará esclarecida quando adiante falarmos do chamado “domínio público remunerado”.

A Lei n.º 9610, de 19 de Fevereiro de 1988, que rege os direitos autorais, declara pertencerem ao domínio público (art. 45) as obras:

- em relação às quais decorreu o prazo de proteção “aos direitos patrimoniais”
- as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores
- as de autor desconhecido.

Ressalva porém, neste último caso, “a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais”. É matéria em que não entraremos.

O âmbito do domínio público pode porém variar, consoante o critério de classificação que for adotado. Vê-se que o art. 45 atende apenas a obras que tenham originariamente sido protegidas. Mas não há motivo para não incluir no domínio público a multidão de obras que nunca gozaram de proteção, como sejam todas aquelas que foram criadas antes de ser estabelecido o exclusivo autoral.

Mesmo em relação às restantes, o âmbito demarcado é contestável. Assim, as obras de autor desconhecido não são automaticamente do domínio público: pode o autor revelar-se a todo o tempo e reivindicar os direitos, desde que ainda não tenha expirado o prazo de proteção. Quando muito poderá sustentar-se que do art. 45 II LDA, que é o que está em causa, se retira uma presunção (elidível) que as obras de autor desconhecido estão no domínio público.

Outra questão respeita às obras que a lei originariamente excluiu da proteção. Seja o caso dos tratados, leis, decisões judiciais e outras, previstas no art. 8 IV LDA. São obras, mas sobre elas não recaem direitos exclusivos. Não há motivo para as não considerar do domínio público.

O direito de autor não é uma função: não tem carácter indisponível. Não há motivo para que o autor não possa renunciar à titularidade. Em consequência da *renúncia* a obra fica livre, não aproveitando nomeadamente aos sucessores. Passa a ser uma obra no domínio público.

Neste âmbito, rigorosamente demarcado pela liberdade de utilização por todos (o reverso da submissão ao exclusivo) o domínio público abrange todo o acervo de obras intelectuais comuns a todos e utilizáveis por todos ¹¹.

4. Direito exclusivo ou domínio público?

Por que há obras que não pertencem ao domínio público, quando toda a obra se integra num universo histórico-cultural de que é tributária? Toca-se aqui de novo o fundamento dos direitos exclusivos, que focamos ligeiramente logo de início, ao referir as justificações econômicas dos exclusivos. Tais fundamentos poderiam distinguir-se em:

I – Técnico-jurídico (*propriedade*)

Procura-se em geral esse fundamento na própria qualificação do direito autoral como propriedade. É uma qualificação falsa ¹². Algo diremos dela posteriormente, mas de todo o modo uma qualificação jurídica não representa por si o fundamento dum instituto

II – Individual

As justificações individuais do direito autoral repartem-se por vários itens:

- recompensa ao criador intelectual
- outorga a este de condições de independência econômica na criação
- estímulo a que o autor crie mais
- incentivo às restantes pessoas para criarem também.

A justificação seria no máximo sectorial. Não explica que se atribuam meros direitos empresariais, quer no âmbito do direito de autor quer no dos direitos conexos (os dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão, neste segundo caso).

Também é negado pela prática, dada a freqüente reversão do direito (que é mesmo dominante no domínio das obras economicamente mais significativas) para a titularidade das empresas de *copyright*.

Enfim, a justificação pelas finalidades culturais dos exclusivos sobre a obra intelectual é contraditória com a banalização crescente do direito de autor, que conduz a que na maioria dos casos não haja conteúdo nenhum que mereça proteção e estímulo.

III – Empresarial

¹¹ “Os mares que todos devem e podem navegar”, para usar a linguagem poética de D. João III.

¹² Desenvolvemos esta afirmação no nosso *A pretensa “propriedade” intelectual*, destinada aos Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. M. Arruda Alvim (no prelo).

A par das justificações individuais e ganhando cada vez maior primazia encontramos a justificação empresarial: o direito autoral é objeto do exclusivo para dar proteção ao investimento realizado.

A proteção, dissemos, reverte já hoje direta ou indiretamente em benefício das empresas de *copyright*, na medida em que a obra tiver valor econômico. Este aspecto foi sendo sucessivamente acentuado, muito por influência do sistema de *common law*, que se não baseia na criação mas na obra: ora a obra é objeto de exploração empresarial. Hoje tornou-se essa a justificação fundamental, mesmo nos sistemas romanísticos que partiam do ato de criação.

É isto que explica o empolamento contínuo da proteção do direito autoral: nomeadamente, que este tenha passado a ser um grande objetivo da concertação internacional. Não há um súbito desvelo pelo criador ou pela cultura, há antes um favorecimento das grandes empresas chamadas de *copyright*.

Este movimento é flagrante no instrumento internacional chamado ADPIC ou TRIPS: o Acordo sobre Aspectos da Propriedade Intelectual relativos ao Comércio, anexo ao Tratado que criou a Organização Mundial do Comércio. Torna-se o instrumento decisivo a nível mundial, porque nenhum país se pode permitir ficar arredado do comércio internacional. Mas não é tutelado pela UNESCO, como defesa da cultura nem pela OMPI como afirmação da criação intelectual, mas pela OMC. Ou seja: o direito autoral é reduzido a mercadoria.

Este empenho empresarial leva a extremos paradoxais. Assim, os programas de computador, mal surgiram, logo passaram a ser tutelados pelo Direito de Autor, por 50 anos em geral e hoje em muitos países por 70 anos pós-morte, como obras literárias. Isto tem como resultado que os primeiros programas de computador, que hoje podem ser considerados peças de museu, têm ainda um vasto período de proteção à sua frente!

Ora, mesmo por invocação da proteção do investimento, semelhantes prazos de exclusividade justificam-se?

Façamos uma comparação com as patentes¹³. A patente, se tomada a sério a exigência de ter uma invenção na base, exige engenho e pode implicar um grande investimento: pense-se nas patentes farmacêuticas. Todavia, o prazo de proteção das patentes é de 20 anos, a contar do pedido. Como se compreende então que a proteção do investimento pelo direito de autor importe um exclusivo de 70 anos pós-morte? E que meros produtos tecnológicos, como os

¹³ Estas têm até a analogia com os programas de computador de se referirem igualmente a produções técnicas.

programas de computador, tenham prazo de proteção tão desconforme? E que os direitos conexos protejam por 50 anos os lançamentos dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão?

5. As tecnologias da informação

O desenvolvimento das tecnologias da informação foi acolhido à sombra da tutela pelo direito de autor. Surgem com isso problemas muito particulares.

A digitalização foi invocada com a finalidade de justificar o incremento da proteção. A cópia tornou-se fácil. Generaliza-se por isso a referência subliminarmente expressiva à “pirataria”. Invocam-se e contabilizam-se os grandes prejuízos causados às empresas ¹⁴.

A facilidade de reprodução leva por outro lado ao estabelecimento de onerações indiretas e universais do público, como sejam as remunerações por reprografia e cópia privada. Ao comprar uma impressora todos pagam, quer essa impressora sirva para reproduzir obras intelectuais quer apenas recibos comerciais. É um imposto, mas um imposto que reverte apenas em benefício de entidades privadas.

A mesma ânsia de proteção dos investimentos no domínio das tecnologias da informação leva à cobertura pelo Direito Autoral de produtos da atividade tecnológica. Já falamos dos programas de computador. O mesmo acontece em parte com as topografias dos produtos semicondutores. Também é claro este fenómeno na proteção das bases de dados eletrônicas ¹⁵.

Mas este quadro tem também o seu reverso.

A Internet permite uma expansão universal de obras intelectuais.

Torna-se possível um ressarcimento em prazo curto dos investimentos feitos, por mais vultuosos.

E a proposta pode inverter-se. Não haverá que aumentar os prazos de proteção mas pelo contrário reduzi-los, nesta economia febril de curto prazo. Por isso, vários autores defendem um encurtamento da duração.

¹⁴ Assentes numa viciosa recondução dos valores não pagos a lucros cessantes. Mas não há nenhuma razão válida para sustentar que se a cópia não fosse possível quem copia teria adquirido no mercado o bem em causa.

¹⁵ A lei inglesa atinge o máximo com a proteção pelo direito autoral de obras geradas por computador.

Mas não foram ouvidos. Os prazos foram sempre aumentando. Os acréscimos acabam por representar um puro presente às empresas de *copyright*, titulares quase sempre das obras de mais rendosa exploração.

Assistimos ainda a outro paradoxo. Atinge-se o máximo de proteção graças ao direito autoral. Mas esse máximo de exploração vai a par com um mínimo de revelação pública do bem explorado, no que respeita a bens tecnológicos, ou pelo menos a certas categorias deles.

Façamos de novo o confronto com a patente. Esta outorga um exclusivo ao inventor, efetivamente. Mas o exclusivo concedido é a contrapartida de o inventor revelar à comunidade o seu invento. Podia guardá-lo secreto, tolhendo à comunidade o conhecimento do avanço tecnológico. A patente não o permite: está sujeita ao princípio da suficiência descritiva ou da adequada divulgação, nas expressões de Denis Barbosa¹⁶.

Este A. recorda a obrigação estatal, à luz do art. 215 da Constituição, de garantir os instrumentos de acesso ao domínio público autoral; mas em contrário refere também as cópias de filmes que caem no domínio público mas permanecem em poder dos anteriores titulares, as obras plásticas inacessíveis à reprodução, os mecanismos de derivação de obras com exclusivo propósito de frustrar o termo do direito autoral...

A este elenco permito-me acrescentar a não revelação do código-fonte dos programas de computador, que terá conseqüências graves, quando estes tombarem no domínio público. Na patente, como dissemos, o titular tem de revelar a invenção, em termos de um técnico estar em condições de fazer a aplicação industrial desta; mas para um programa de computador ser considerado objeto de direito autoral, nenhuma revelação é exigida. Pode assim o programador manter sempre secreto o código-fonte e mesmo após a queda no domínio público prosseguir sem concorrência a exploração exclusiva do programa, por o público continuar sem ter acesso ao conhecimento desse código. Não haverá portanto possibilidade de elaboração de programas derivados ou de outras modalidades de aproveitamento por terceiros.

6. O domínio público como meta

¹⁶ Cfr. deste autor *Domínio público e patrimônio cultural*, in “Direito da Propriedade Intelectual. Estudos em Homenagem ao P.º Bruno Jorge Hammes”, coord. Luís Gonzaga Adolfo / Marcos Wachowicz, Juruá (Curitiba), 2006, 113 s. (127).

Nos números anteriores discutimos as justificações fundamentais dadas para os exclusivos intelectuais e seus prazos de duração. Mas não se poderá também deslocar para o domínio público a questão do fundamento? Que razões justificarão o instituto?

Estará esse fundamento no fato de ter já decorrido o tempo útil de exploração da obra, presumindo-se que nenhuma utilidade mais se poderá após esse prazo retirar dela? Algumas afirmações apontam nesse sentido.

Assim, há quem justifique a manutenção do exclusivo sobre os filmes do tempo do cinema mudo invocando que alguns desses filmes *ainda* se prestam a um aproveitamento comercial.

Mas esta justificação do exclusivo é inaceitável.

Não há nenhum princípio pelo qual toda a vantagem econômica terá de reverter necessariamente para o autor e seus sucessores ou transmissários.

O domínio público não se justifica por ser o cemitério das obras que perderam interesse.

Muito pelo contrário. **O domínio público é a situação normal da obra intelectual.** É o espaço de diálogo social livre.

Traduz que a obra, que só em comunidade foi produzida, tem o seu destino natural na disponibilização ao uso por essa comunidade.

Entendido assim, não é o domínio público que terá de se justificar: é, pelo contrário, o exclusivo, como exceção a essa comunicação livre em comunidade, que tem de demonstrar a sua fundamentação.

Entendamo-nos. Ninguém de bom senso põe em causa o instituto dos direitos intelectuais. Têm segura justificação na sociedade tecnológica em que vivemos. É uma questão tão nítida e tão universalmente aceite que não há que nos determos sequer nesta justificação quando versamos o domínio público.

Mas o que é essencial é ter consciência que o direito intelectual exclusivo não é um absoluto, que justifique o empolamento crescente a que se assiste; e que constitui, no nosso campo específico, a marcha para a perpetuidade.

Pelo contrário: **o direito exclusivo é uma exceção à liberdade natural. E como exceção, está rigorosamente dependente da sua justificação.** Não pode ultrapassar em nada

os fins que a justificam, porque caso contrário o benefício privado se faria à custa da liberdade social.

O “alto nível de proteção” do direito intelectual, incessantemente proclamado nos foros internacionais e repetido pelos interessados internos, não é uma evidência nem uma via de sentido único. A proteção tem a sua medida rigorosamente demarcada pelos fins que a justificam.

Inversamente, o domínio público não é nem exceção nem resto. É a situação normal, mais, o objetivo para que se tende, para que o espaço de diálogo social e de liberdade de acesso à cultura não sofram entraves desnecessários. Por isso, esta liberdade natural não pode ser restringida sem razão ponderosa que o justifique.

Impõe-se por isso uma cuidada e constante reflexão sobre o fundamento e a medida dos exclusivos. A colocação da liberdade como objetivo ou meta da ordem jurídica obriga a rever os prazos de proteção, eliminando todo o excesso.

Mas a reflexão deve prolongar-se seguidamente por toda a problemática dos limites. Estes, enquanto referentes ao conteúdo dos direitos, não respeitam já diretamente aos nosso tema. Apenas chamamos a atenção para o fato de também aí se assistir a uma rasoira impiedosa dos limites, nomeadamente no domínio digital. Esquecendo-se que o limite é o instrumento que permite conciliar os objetivos sociais, nomeadamente de expansão e de acesso à cultura, com a exceção que é representada pelos direitos exclusivos.

Mas, como dissemos, não é tema que possamos desenvolver aqui ¹⁷.

7. Na senda da perpetuidade: A) A vertente pessoal

Não obstante, a pressão para o aumento dos prazos de proteção é muito grande ¹⁸.

Para melhor compreensão, devemos distinguir:

- o plano pessoal
- o plano patrimonial

¹⁷ Cfr. o nosso *A função social do direito autoral e as limitações legais*, in *Direito da Propriedade Intelectual – Estudos em homenagem ao Prof. Pe. Bruno Jorge Hammes*, Juruá Editora (Curitiba), 2006, 85-111. Sobre aspectos atuais da problemática dos limites na Comunidade Européia veja-se o nosso *O Direito de Autor e a Internet. Em particular as recentes orientações da Comunidade Européia* (no prelo), n.º 4.

¹⁸ Sobre a problemática geral da duração dos direitos intelectuais, cfr. a obra coletiva *La Duración de la Propiedad Intelectual y las Obras en Dominio Público*, coord. Carlos Rogel Vide, Colección de Propiedad Intelectual, REUS / AISGE, Madrid, 2005, em que nós próprios participamos com um estudo, *En torno al dominio público de pago y a la actividad de control de la administración en la experiencia portuguesa*, págs. 269-287.

No *plano pessoal*, a questão coloca-se muito particularmente nos ordenamentos que cindem o direito autoral num direito pessoal e num direito patrimonial. O direito pessoal é vulgarmente denominado o direito *moral* – terminologia que, como dissemos já, consideramos de rejeitar na língua portuguesa. Feita esta dissociação, o direito pessoal poderia ser objeto de vicissitudes diferentes das do direito patrimonial. Isso daria o ensejo para ampliar o prazo de proteção.

É a França o país-padrão neste domínio. O direito pessoal foi objeto dum empolamento muito grande no seu conteúdo. Esse empolamento permite-lhe atingir a exploração econômica dos direitos, mesmo após alienados a terceiros, em termos de se transformar na prática num segundo direito patrimonial, que o autor conservaria sempre.

No que respeita à duração, levou à defesa da perpetuidade.

A nosso ver, a posição é de todo injustificada.

Assim, o Tribunal de Apelação de Paris deu recentemente razão a um pretendo descendente de Víctor Hugo, que se opôs à publicação dum romance que apareceria como a continuação de *Os Miseráveis*, com fundamento no direito “moral” de autor, que seria perpétuo¹⁹.

A continuação de obras literárias alheias é um fenómeno histórico recorrente, dada a valia da comunicação e do diálogo intelectuais.

Projetemos então a doutrina francesa para o passado. Virgílio, na *Eneida*, continuou a *Odisséia* de Homero. Se esta orientação francesa já vigorasse ao tempo, Virgílio seria um criminoso, quiçá um pirata, por ter violado o direito “moral” de Homero!

Que haja ao menos um pouco de bom senso. Não podemos transformar o Direito Autoral numa arma contra a cultura. A perpetuidade do direito “moral” é uma enormidade.

A estes exageros escapam os países, como os de língua alemã, que muito mais corretamente concebem o direito autoral como um direito unitário, que tem simultaneamente vertentes pessoais e patrimoniais. Nesta visão, a duração do direito autoral é necessariamente a mesma para a totalidade dos aspectos.

Observemos ainda que o excessivo empolamento do direito “moral”, tal como defendido em França, representa um dos maiores obstáculos à aproximação dos sistemas jurídicos romanísticos e dos de *common law*. Estes últimos rejeitam-no radicalmente.

¹⁹ Sentença de 31.III.04, publicada na *Revue Internationale de Droit d'Auteur (RIDA)*, 202 (2004), 292.

8. B) A vertente patrimonial

Passemos à vertente patrimonial do direito de autor.

Aí, sejam as construções monistas ou dualistas, dificilmente se encontra a defesa da perpetuidade dos direitos intelectuais. Isso não obsta a que se assista também ao empolamento dos direitos e ao alongamento sucessivo dos prazos, que acompanham a destinação empresarial crescente destes direitos.

Pode fazer-se um confronto com os direitos industriais. Estes dividem-se fundamentalmente em sinais distintivos do comércio e em inovações industriais.

Os sinais distintivos do comércio são tendencialmente perpétuos, por efeito de renovações sucessivas. Não há inconveniente nisso. Enquanto permitem ao público distinguir bens ou serviços, não há motivo para impor que sejam temporários.

Diversa é a situação no domínio das inovações industriais, de que é paradigma a patente. O exclusivo concedido priva a sociedade de prosseguir na senda daquela invenção e chegar a outras invenções. Por isso a patente era concedida por um prazo de 15 anos após a concessão. O prazo foi ampliado para 20 anos após o pedido (ou depósito) ²⁰.

Mas também aqui se faz sentir a tendência para o prolongamento do prazo. No que respeita a medicamentos vários países, tendo em conta a necessidade de realização de ensaios clínicos antes de obtida a autorização da introdução do medicamento no mercado, que podem durar anos, instituíram o que se chamou o “certificado complementar de proteção de medicamento”, que dá o exclusivo sobre o medicamento durante um período adicional máximo de 5 anos: assim se passa nos países da Comunidade Européia ²¹. No Brasil vai-se por outro caminho mas de que resulta do mesmo modo um alongamento, indireto embora, do prazo de proteção: o art. 40 § único da referida Lei garante um período de vigência da patente não inferior a 10 anos, sob os requisitos que estabelece.

Estes preceitos dão-nos um ensinamento curioso, que não é imediatamente apreensível. Se a idéia é compensar o tempo em que, não obstante a patente ter vindo afinal a ser concedida, o titular da patente não esteve em condições de a explorar, porque se não estabelece pura e simplesmente que se garante o período de 20 anos após esse obstáculo cessar?

²⁰ Veja-se hoje o art. 40 da Lei n.º 9 279, de 14.V.96, sobre a propriedade industrial.

²¹ E reclama-se já o aumento do prazo para cinco anos e meio, nos medicamentos pediátricos!

A essência da patente explica. A patente é um direito de exclusivo. Os direitos de exclusivo assentam em proibições dirigidas a terceiros: retiram a todos o que seria uma liberdade natural – a de explorar a invenção.

A todos – menos ao titular da patente. O seu direito tem a fisionomia característica de se não fundar na outorga de poderes em relação à invenção (pois tem-nos naturalmente, não é o Estado quem lhos concede), mas no efeito útil da proibição imposta aos restantes.

Ora, se no caso de a patente não poder ser exercida por estar condicionada à obtenção da licença de introdução do medicamento o titular pode efetivamente beneficiar de um novo prazo para se compensar do seu investimento, nem isso permite que a duração do exclusivo ultrapasse um prazo reduzido. Porque, se a patente não teve todo o efeito mercantil útil, em todo o caso o seu efeito básico negativo, a proibição dirigida a terceiros de utilização do invento, verificou-se plenamente. O público fica já privado daquele exercício por um prazo que pode chegar aos 25 anos.

O interesse público não permite ultrapassar este limite. Há a necessidade de a invenção passar ao domínio público, não barrando aos outros avançar por aquele setor inventivo. Por isso se estabelece uma prorrogação limitada, seja com base no número de anos extra de vedação a terceiros, como na Comunidade Européia, seja no de anos de gozo efetivo, como na lei brasileira; mas sempre por um período curto, para não retardar mais o ingresso no domínio público.

Mas as pressões para outras formas de reforço da proteção fazem-se sentir por vários lados.

No que respeita ao Direito Comunitário europeu, a Diretriz n.º 93/98/CEE, de 29.10.93, no seu art. 4, dá um prazo de proteção de 25 anos a quem publicar pela primeira vez uma obra cujo prazo de proteção já expirou! Morde-se agora gravemente no domínio público.

No que respeita aos direitos conexos, prossegue o incremento da proteção. Há um objetivo não confessado, mas que é comum aos EUA e à Comunidade Européia: o de equiparar a proteção dos direitos conexos e do direito autoral. Particularmente ativos neste domínio estão os produtores de fonogramas, que são puros empresários.

Estes últimos lançam agora uma campanha, no sentido do aumento para 70 anos do prazo de proteção de que beneficiam. De momento, desenha-se uma oposição no seio da Comissão da Comunidade Européia, dentro da revisão crítica que esta prossegue quanto ao

unilateralismo que caracterizou os anos passados neste domínio. Um parecer emitido por Bernt Hugenholtz, em Novembro de 2006, conclui também negativamente em relação a esta pretensão²². Mas a frente de batalha está aberta.

Também neste setor, com ou sem a designação de direitos conexos, vemos aparecer novas figuras. Seja o caso do chamado direito *sui generis* sobre o conteúdo das bases de dados, que é um direito sobre a informação. O beneficiário é o “fabricante” da base – leia-se o empresário. O prazo estabelecido é de 15 anos, mas as modificações introduzidas na base tornam o direito concedido ilimitadamente prorrogável – ou ameaçam torná-lo. Este direito foi porém apenas acolhido pela Comunidade Européia e defronta a expressa rejeição do Congresso dos Estados Unidos da América.

Em todo este domínio há a necessidade de ter presente o que em alemão se designa *Freihaltebedürfnis* – a necessidade de manter zonas não apropriadas, porque é indispensável ao diálogo social que assim permaneçam.

9. Problemas originados pela sucessão de leis. Os direitos adquiridos

O Código Civil de 1916 continha no art. 649 um sistema sobre sucessão por morte e queda do direito de autor no domínio público, que se produziria basicamente decorridos 60 anos após a morte do autor.

A Lei n.º 5 988, no art. 42 § 1.º, tornou vitalícia a proteção dos filhos, pais ou cônjuges que sucedam ao autor, mantendo para os restantes sucessores o prazo de 60 anos pós-morte. O sistema causava grandes dificuldades, que analisamos no nosso Direito Autoral²³.

A atual Lei n.º 9 610, no art. 41, retoma um prazo uniforme de duração em benefício dos sucessores, mas prolonga-o para 70 anos. O prazo fica assim idêntico ao vigente na Comunidade Européia. Apesar de ser desmesuradamente longo, terá a sua justificação no ordenamento brasileiro, se foi este o preço a pagar para sair do frustrante sistema até então vigente.

Mas esta sucessão de leis provoca grande litigiosidade.

Os sucessores que gozavam da titularidade de direitos ao tempo da entrada em vigor da lei atual tomam naturalmente posições diferentes:

– se os prazos anteriores eram mais extensos, sustentam a aplicação destes

²² Encomendado pela Comissão. Está disponível na Internet.

²³ Cit., n.ºs 202 e segs. e 245 e segs.

– se eram mais curtos, reclamam a aplicação dos novos prazos.

É óbvio o interesse individual subjacente, mas esse interesse não tem por si nenhum valor jurídico. A finalidade da lei não é a de dar aos sucessores o máximo de vantagens possíveis. A lei estabelece prazos de caducidade para servir o interesse público no livre disfrute dos bens intelectuais. Há pois apenas que interpretar a lei, por recurso aos princípios gerais, para verificar que implicações resultam daí para os prazos em curso.

Uma questão prévia consiste porém em saber se devemos distinguir o que respeita a direitos pessoais do relativo a direitos patrimoniais.

Vimos que os partidários de concepções dualistas, particularmente, chegam à defesa de uma persistência do direito pessoal, que autonomizam, além da vida do autor e até da subsistência do direito patrimonial. Na posição extremista francesa, o direito pessoal seria perpétuo.

Referimos já a falsidade de semelhante doutrina²⁴. Limitamo-nos agora à conclusão: nada permite sustentar um prolongamento do direito pessoal, após a morte do autor, que ultrapasse a duração do Direito patrimonial. Fizemos essa demonstração para o Direito anterior²⁵ e, *mutatis mutandis*, a argumentação continua válida.

No Brasil, o debate sobre a situação do adquirente por sucessão, que teria pela lei antiga um prazo mais dilatado de proteção que perante a lei atual²⁶, é ainda mais complexo, dado o amplo recurso que se continua a fazer, antes de mais na própria Constituição, à teoria dos *direitos adquiridos* em caso de sucessão de leis.

Esta concepção está hoje na generalidade dos países ultrapassada, como critério básico de resolução do problema do conflito de leis no tempo. Revelou-se vã a tentativa de distinguir direitos adquiridos e meras expectativas. Na prática, o que se faz normalmente representa pura inversão metodológica: se se pretende aplicar a lei antiga diz-se que há direito adquirido; se a lei nova, que há mera expectativa.

Por nossa parte, defendemos uma interpretação da Lei de Introdução ao Código Civil (bem como doutros lugares da lei brasileira) que permite uma sistematização global coerente da posição legislativa. Esse entendimento sai reforçado a nosso ver pelo art. 2 035 do

²⁴ Posição referida e criticada *supra*, n.º 7.

²⁵ No nosso *Direito Autoral* cit., n.ºs 249 e 250.

²⁶ Sirva de exemplo o caso do filho e sucessor do autor falecido, que gozava de direitos vitalícios pela Lei n.º 5 988 e agora vê esse prazo reduzido a 70 anos pós-morte.

Código Civil de 2002. Remetemos para os lugares em que o defendemos²⁷. Basta-nos deixar assinalado que excluímos as teorias mais radicais, que são também as mais grosseiras, sobre direito adquirido.

10. O critério geral de solução

A nosso ver, devemos limitar-nos a aplicar o critério geral de solução do Direito Intertemporal.

O princípio é o de que a lei nova é de aplicação imediata.

Sendo assim, atinge os prazos em curso, salvo havendo disposição em contrário, portanto regra especial de Direito Transitório.

Consequentemente, se o prazo estabelecido era mais longo, a lei nova redu-lo.

Se era mais curto, prolonga-o.

Isso é a conseqüência normal da presunção de maior adequação à realidade da lei nova que da lei antiga. Justamente para obter um progresso é que houve mudança de lei.

É claro que a esta posição se reagirá nos casos em que se procurar aproveitar prazo eventualmente mais longo da lei antiga, invocando o direito adquirido.

Observamos que esses casos serão raros, porque dificilmente um direito anterior, mesmo vitalício, excederá na sua duração o prazo de 70 anos *post mortem auctoris*.

De todo o modo, sejam raros ou não, semelhante posição só poderia funcionar se houvesse disposição derogatória de lei.

Mas não há tal disposição. Por isso aplica-se a lei nova em todos os casos, mesmo quando isso tiver como conseqüência a extinção imediata dos direitos vigentes ao tempo da aprovação da lei.

A única distinção que mereceria ser considerada respeita àquelas situações em que há negócios em curso. O titular teria autorizado a utilização por terceiros. Qual a incidência sobre o contrato? Nomeadamente, que implicações pode ter a caducidade dos direitos autorais sobre o pagamento de contraprestações que sejam devidas?

²⁷ Cfr. a nossa *Introdução à Ciência do Direito* cit., n.ºs 313 e 329 e, pelo que respeita ao art. 2.035, o nosso *Prefácio* ao livro *Problemas de Direito Intertemporal no Código Civil* de Mário Luiz Delgado, Saraiva, 2004, XIII a XVIII.

É seguro que daí por diante o ex-titular não pode fazer mais disposições. Mas as disposições passadas foram corretas, quer tenha havido transmissão total de direitos, quer licenças ou autorizações parcelares.

Trata-se sem dúvida de situações que exigem solução jurídica. Mas essa solução não pode passar pela manutenção do direito autoral nos casos em que tivesse havido cessão de direitos e a sua extinção nos casos restantes, por falta absoluta de fundamento normativo.

A lei nova aplica-se imediatamente. A questão que pode resultar dos contratos em curso ou de disposições pretéritas situa-se no campo negocial e não no autoral. Haverá que apurar que repercussão pode ter a extinção do direito sobre as relações existentes. Os contratos caducam porque a atividade passou a ser livre, mas a relação entre as partes poderá dever ser regulada, tendo em conta a alteração das circunstâncias ou qualquer outro instituto próprio da teoria do negócio jurídico.

Esse é um domínio que já nos não respeita. No campo autoral, o princípio não é afetado: os direitos dos sucessores extinguem-se 70 anos após a morte do autor, quer esses sucessores tenham mantido a titularidade desses direitos quer os tenham onerado ou transferido a terceiros.

Em prol da extinção imediata dos direitos dos sucessores que tiverem já atingido os prazos estabelecidos pela lei nova para a caducidade pode ainda invocar-se o que se passou nos países em que vigorou o sistema de perpetuidade do direito autoral.

Se considerássemos a duração desses direitos como um direito adquirido, *a perpetuidade não poderia terminar nunca* – seria um direito adquirido. Pelo menos, não poderia terminar sem a Constituição ser alterada, se a consagração do direito adquirido tivesse base constitucional.

Não obstante, esses sistemas, tal como haviam sido instaurados, foram também abolidos. Não se invocou seriamente um direito adquirido à perpetuidade. O que significa necessariamente que a duração do exclusivo estabelecido resulta da lei e pode pois ser alterada por nova lei também.

O que se passou no Direito português é elucidativo. Como dissemos, uma lei de 1927 consagrou a perpetuidade do direito²⁸. Só em 1966, com a aprovação do Código do Direito

²⁸ Cfr. *supra*, n.º 1.

de Autor, se restabeleceu a duração de 50 anos pós-morte. Nenhuma alegação de inconstitucionalidade ou de violação de direitos adquiridos foi suscitada.

Mesmo assim, o Código do Direito de Autor previu que as obras que tinham estado sujeitas ao regime de perpetuidade só tombariam no domínio público após o decurso dum prazo suplementar de 25 anos (art. 37/2). Só em 1991, portanto, essas obras tombariam no domínio público.

Como esse prazo era demasiado extenso, foi posteriormente suprimida a dilação para a queda no domínio público pela Lei n.º 25/79, de 6 de setembro.

Tudo isto mostra que o estabelecimento dos prazos está a critério do legislador, que os pode ampliar ou encurtar. A invocação de direitos adquiridos levaria ao absurdo de as situações mais anômalas, as de perpetuidade, não poderem cessar nunca!

Pode é o legislador, se assim o entender, fixar regimes transitórios. Se o não fizer, a lei nova é de aplicação imediata.

11. As prorrogações de prazo e as obras já tombadas no domínio público

Outros problemas podem surgir, quando sobrevier lei que aumente o prazo de proteção. Suponhamos uma obra cujo titular era protegido por 60 anos pós-morte pela Lei n.º 5 988. O prazo completa-se e a obra cai conseqüentemente no domínio público. A seguir, surge a Lei n.º 9 610, antes de decorridos os 70 anos após a morte do autor. O direito de autor ressurge, para ser gozado pelo sucessor pelos anos que ainda faltam até se completarem os 70 anos pós-morte, ou este fica excluído da proteção?

O princípio que parecia solidamente estabelecido era o de que a obra, uma vez caída no domínio público, não retorna mais ao exclusivo, mesmo em caso de prorrogação de prazo que beneficiasse as obras ainda protegidas ao tempo da entrada em vigor da lei.

Porém, também este princípio vai sendo corroído no plano internacional. Na Comunidade Européia, a Diretriz n.º 93/98/CEE, de 29 de outubro, sobre o prazo de proteção (substituída hoje com escassa alteração pela Diretriz n.º 06/116/CE, de 12 de dezembro), abre espaço para uma retomada de proteção no art. 10/2. Conseqüentemente, o n.º 3 preserva os atos

de exploração anteriormente realizados e determina que os Estados-membros adotem as disposições necessárias para proteger os direitos adquiridos de terceiros.

Independentemente da qualificação, parece seguro que uma eventual retomada do direito exclusivo não pode prejudicar os negócios entretanto celebrados no período em que a obra esteve no domínio público. E isto, não por se ter outorgado um direito subjetivo constitucional à persistência da obra no domínio público²⁹, mas simplesmente porque direitos patrimoniais lícitamente constituídos não podem ser suprimidos sem mais, pois tal equivaleria a um confisco.

A diretriz foi transposta para a lei portuguesa pelo Dec.-Lei n.º 334/97, de 27 de novembro, mas este torna expresso o restabelecimento da proteção em relação a obras tombadas já no domínio público³⁰. Esta “reativação” dos direitos foi particularmente importante relativamente às obras de Fernando Pessoa, que tinham já originado uma pluralidade de edições com a queda no domínio público e que voltaram a ser protegidas.

E que dizer do Brasil, onde não há lei cujo texto abranja esta situação?

Não há direito adquirido ao domínio público, mas também não há direito ao renascimento da proteção. A queda no domínio público é irreversível. Basta o princípio que a lei só dispõe para o futuro. O direito que está extinto não tem título para renascer.

Só não será assim se houver previsão excepcional em contrário. Não se encontra tal previsão. Logo, a lei que eventualmente prorrogue o prazo de proteção dum direito intelectual só se aplica aos direitos vigentes ao tempo da sua entrada em vigor³¹.

12. Caracterização do domínio público

Neste domínio, como em muitos outros, não há que banir ou que exacerbar oposições, há que conciliar.

Estamos perante necessidades justificativas de uma proteção a título de direitos intelectuais (nomeadamente de direitos intelectuais exclusivos), por um lado, e por outro perante a exigência que o interesse coletivo no livre diálogo social não seja demasiado sacrificado.

De todo o modo, o destino fatal de todos os bens intelectuais será o domínio público.

²⁹ Como bem observa Denis Borges Barbosa, *Domínio Público* cit., 4.3.5.

³⁰ No art. 5/2, com este texto: “Os sucessores do autor beneficiam da reativação dos direitos decorrente do disposto no número anterior, sem prejuízo dos atos de exploração já praticados e dos direitos adquiridos por terceiros”.

³¹ Tão-pouco os fundamentos justificativos do Direito Autoral dão abertura a entendimento diverso.

Como se caracteriza este?

Ensaíamos três hipóteses. O domínio público:

A – É uma propriedade do Estado?

B – É a persistência mitigada da apropriação pelos particulares?

C – É um bem *nullius*, portanto não apropriado?

A – *Propriedade do Estado*

Este entendimento pode chamar em seu apoio o art. 24 § 2.º LDA: “Compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público”.

Isto significará que o Estado atua neste caso como titular de direito autoral?³²

Não. Não tem mesmo nada que ver com o Direito Autoral.

O Estado não tem que se imiscuir em eventuais querelas relativas a direitos caducados de autor. Muito menos lhe passa a caber uma espécie de direito “moral” perpétuo, que esteja na origem das faculdades que estão previstas.

A imensa maioria das obras intelectuais está completamente fora da alçada do Estado. O direito de autor, na sua chocante banalização hodierna, é indiferente para o Estado.

O que cabe então ao Estado, se não é a defesa de um direito autoral, próprio ou alheio?

É a defesa da Cultura. Cabe ao Estado a função de preservá-la. Mas sendo assim, o objeto não são as cartas à namorada ou os rabiscos nas paredes, mas os bens que tenham significativo valor cultural.

Torna-se então claro que a posição do Estado é uma posição funcional. Ele não age na defesa de interesses próprios mas na posição de garante de bens coletivos.

Isto nos leva a concluir que este preceito está afinal deslocado. Não tem nada que ver com o direito de autor. E tanto assim que a mesma função de defesa da cultura também se exerce na vigência do direito, particularmente no período que vai da morte do autor à queda da obra no domínio público.

Não há pois nenhuma atribuição de titularidade ao Estado.

B – *Persistência suavizada dos direitos privados*

³² Nomeadamente, por força da ambígua referência à defesa da “autoria” da obra, constante daquele preceito.

As faculdades referidas no art. 24 § 2.º são faculdades pessoais. Isto nos leva a perguntar se não estará subjacente a idéia de prolongamento ainda do direito pessoal, quiçá perpétuo, que o Estado viria apoiar.

De fato, há um movimento dos interessados em defesa desta prorrogação. Muitos herdeiros ou outros sucessores procuram extrair vantagens da sua posição, sob a cobertura de faculdades pessoais, ou abafar a concorrência dos que exploram as obras tombadas no domínio público.

Mas dissemos já que com a queda no domínio público o direito pessoal também se extingue. A pretendida subsistência do direito, por detrás da posição do Estado, não está na lei; nem esta permite semelhante direcionamento da ação cultural do Estado.

C – *Bens nullius*

Os bens do domínio público são verdadeiramente bens não apropriados, bens livres.

Dissemos noutra lugar³³ que os bens intelectuais não são bens que possam constituir objeto de propriedade. Eles podem naturalmente ser disfrutados por todos sem perda nem alteração de natureza. É a lei que os rarifica artificialmente para criar um exclusivo. Fá-lo proibindo certas formas de aproveitamento a todos menos à pessoa que quer beneficiar. Com isto cria em proveito desta um direito essencialmente negativo, porque não dá ao titular nada que este naturalmente não tivesse. Simplesmente, esse fato põe-no em condições de beneficiar da exclusão de todos os outros.

Por isso, quando o poder de excluir se extingue, as faculdades naturais de utilização de bens dos restantes automaticamente se retomam, sem necessidade de previsão ou iniciativa particular.

13. O domínio público remunerado

O domínio público, como zona de livre exercício, não é necessariamente zona de exercício gratuito. Isto porque pode sobrevir o instituto chamado do domínio público *remunerado* ou *pagante*. Consiste em impor o pagamento de direitos em contrapartida da exploração de obras que estão no domínio público.

³³ A pretensa “propriedade” intelectual, destinada aos Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. M. Arruda Alvim (no prelo).

O domínio público, como toda a zona de liberdade, suscita grandes cobiças, porque pode dar a oportunidade de fazer dinheiro a partir de coisa nenhuma. Dão-se as mais elevadas justificações que culminam com a defesa da Cultura, mas na realidade o que está em causa é a instrumentalização do domínio público como fonte de rendimentos. A atuação do Estado pode ainda ser impulsionada por terceiros, particularmente os empresários das indústrias chamadas de *copyright*, que visam vencer a concorrência provinda dos que exploram bens do domínio público, provocando o encarecimento desta (pelos direitos que os concorrentes teriam de pagar). Quaisquer que sejam os argumentos utilizados, falta-lhes legitimidade para procurar cercear um setor que está naturalmente aberto à livre concorrência.

Tem havido a nível mundial o estabelecimento do domínio público remunerado em vários países. Quase todas as experiências foram de curta duração.

Os beneficiários podem ser:

- os órgãos públicos
- os antigos titulares
- os autores (ou artistas) como categoria.

Há ainda modalidades mistas.

A experiência portuguesa é curiosa, pela ligação evidente do sistema com a cessação da perpetuidade.

Como dissemos³⁴, a queda no domínio público das obras que tinham estado sujeitas à perpetuidade foi retardada, vindo a ocorrer em 1979.

Pois logo após surge a Lei n.º 54/80, de 25 de março, que introduz o que chamou o “domínio público remunerado”. Autojustifica-se por objetivos de defesa cultural, mas a *taxa* estabelecida em contrapartida da “autorização” de utilização era destinada:

- ao Fundo de Fomento Cultural
- ao Fundo de Assistência aos Autores.

Era pois um sistema misto.

Mas não consistia na realidade numa taxa, porque *taxa* é entendida como a contrapartida da prestação dum concreto serviço público. Aqui não havia serviço em contrapartida. Era um verdadeiro imposto.

³⁴ *Supra*, n.º 12.

A iniciativa foi predominantemente mal recebida³⁵. Por isso nesse mesmo ano saiu o Dec.-Lei n.º 393/80, de 25.IX, que reformulou o instituto. As alterações principais consistiram em deixar de se falar em *autorização* e em a quantia arrecadada passar a ser exclusivamente destinada a finalidades públicas.

Mas nem assim o sistema vingou. Acabou por ser abolido a breve trecho, sem nunca ter chegado a vigorar.

14. A experiência brasileira

A experiência brasileira não anda muito longe deste enquadramento.

A Lei n.º 5 988, dos direitos autorais, estabeleceu no seu art. 93 que “a utilização... das obras intelectuais pertencentes ao domínio público depende de autorização do Conselho Nacional do Direito Autoral”. Pelo § único, haveria que pagar 50% “do que caberia ao autor”, salvo havendo fim didático, pois então a percentagem seria de 10%.

Subseqüentemente, o art. 120 I integrava no Fundo de Direito Autoral as quantias assim recolhidas.

Aparentemente haveria uma sobrevivência do direito autoral – só esta justificaria que se falasse em *autorização*.

Criticamos o sistema no nosso *Direito Autoral*³⁶. Como por natureza não há já direito, não se justificaria falar em autorização; se se exigisse, seria inconstitucional. A melhor hipótese estaria em admitir que a referência a “autorização” seria mero eufemismo para significar pagamento.

Mas esse pagamento não correspondia a uma taxa como contrapartida de serviços prestados, porque não havia tal serviço do Estado ao obrigado a que correspondesse. Era mesmo tributário e não autoral³⁷.

Portanto, sob a invocação de fins culturais, buscava-se mera fonte de rendimentos, ainda que consignados a fins culturais.

³⁵ Nós próprios reagimos com um artigo: *Domínio público remunerado: um passo em falso*, publicado no “Expresso” de 3.V.80, pág. 14.

³⁶ 2.ª ed. cit., n.ºs 264 e 265.

³⁷ Por ter caráter tributário não podia ser exigido pela utilização feita noutros países. Já nos parece porém que atingia a exploração feita no Brasil de obra que tivesse como país de origem um país estrangeiro convencionalmente ligado com o Brasil, porque o que estava em causa era o fato da utilização de obra no domínio público; em sentido contrário, Vieira Manso, *Direito Autoral*, 2.ª ed., n.º 263.

Ora, a Cultura precisa de ser amparada, e não vista como fonte de receita para o Estado. O efeito cultural mais chocante está em que deste modo se reduz, através do gravame tributário, o espaço que se destinaria a ser de livre utilização.

As entidades de gestão coletiva fomentaram o sistema. Mas tão-pouco elas têm legitimidade para o fazer. São legítimas para defender os associados ou representados, não para agravar a situação do público no espaço livre, para colher com isso benefícios indiretos.

Perante a oposição suscitada, também este sistema não chegou a entrar em vigor: a Lei n.º 7 123, de 12 de setembro de 1983, revogou os dois citados preceitos da Lei n.º 5 988.

Continuou a haver vozes pugnando pela revivescência do instituto como a de António Chaves³⁸, mas a posição de longe dominante é a oposta. Bruno Jorge Hammes foi mesmo extremamente severo: “questões de concorrência não se solucionam com parasitismo”³⁹. A mesma severidade encontramos em autores estrangeiros, como Manfred Rehbinder: “O Direito de Autor não é Direito de assistência social nem de política cultural”⁴⁰.

De fato, o exclusivo tem o âmbito demarcado rigorosamente pelos fins que o justificam e não deve ir mais além. A liberdade de expressão pode ser restringida apenas na medida em que o reclamem esses fins. Mas comprimir o espaço de livre utilização para a obtenção de finalidades diferentes das que justificam o exclusivo autoral atingiria finalidades coletivas ligadas à fluidez do diálogo social. Isso teria de ser considerado ilegítimo.

³⁸ Este autor ainda em Parecer sobre audições públicas emitido a seguir à abolição do domínio público remunerado, em 14.IX.83, de que foi relator no CNDA, retoma a defesa do instituto: cfr. Rev. Forense, n.º 297, janeiro-março de 1987, 145. Mas o instituto estava definitivamente enterrado.

³⁹ *O Direito de Propriedade Intelectual*, 3.ª ed., Unisinos, 1996, n.º 281.

⁴⁰ *Urheberrecht* cit., § 41 II, n.º 535.

A SOCIEDADE DIGITAL E O CONSUMIDOR⁴¹

José de Oliveira Ascensão⁴²

SUMÁRIO: 1. Propulsores e destinatários da digitalização; 2. Vulnerabilidades particulares do público; 3. A privacidade; 4. A identificação dos prestadores de serviços em rede; 5. A garantia da genuinidade das mensagens; 6. O respeito pelo público; 7. O utente de bens informáticos; 8. O regime jurídico da internete; 9. A emergência do consumidor no Direito Intelectual; 10. O paradoxo aparente da tutela do consumidor na sociedade capitalista; 11. O comércio eletrónico; 12. O comércio eletrónico e o consumidor; 13. O ilícito em rede e a responsabilidade do provedor de serviços; 14. A publicidade em rede; 15. O consumidor e a perfeição do contrato; 16. O direito de arrependimento e a interpretação do contrato; 17. Direito da internete e legislação do consumidor.

1. Propulsores e destinatários da digitalização

É supérfluo tecer louvores à sociedade digital. As potencialidades abertas pela revolução informática são conhecimento e prática generalizados. A consolidação e expansão desta é uma fatalidade⁴³.

A “sociedade da informação” é uma sociedade igualitária na aparência. Todos ficaríamos em idênticas condições perante ela, num meio qualificado pela interactividade. Mas essa aparência é facilmente desfeita, quando se confronta a posição dos que instituem o sistema com a dos destinatários. Aí, encontramos antes uma desigualdade profunda.

Os destinatários podem estar interessados no que lhes é facultado. Mas podem também não estar. Isto é particularmente ostensivo quando o sistema lhes é imposto.

⁴¹ Este trabalho é destinado aos Estudos em Homenagem ao Min. Carlos Alberto Mathias de Souza.

⁴² Presidente da Associação Portuguesa de Direito Intelectual. Presidente da GESTAUTOR – Associação de Gestão Colectiva de Direito de Autor. Professor catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa. Advogado. Autor de mais de 250 títulos.

⁴³ Mas já não o é a maneira como será operada.

Todos gostaríamos, quando nos dirigimos por via digital ao prestador de um serviço, de receber em resposta uma voz humana, que propicie um diálogo que permita aclarar as nossas dúvidas. Mas temos muitas possibilidades de ser confrontados com um formulário ou uma gravação. São-nos repetidas indicações mecânicas, que muitas vezes nada respondem à dúvida concreta que nos assalta.

Isto pode-se generalizar a todo o funcionamento da internet. É verdade que há os info-excluídos, aqueles que foram ultrapassados por uma evolução em que se perderam. Mas há muito mais do que isso; e mesmo os info-excluídos merecem respeito e atenção.

No contraponto dos info-excluídos, há a info-exclusão. Avança-se muito rapidamente, particularmente no sector público, para a imposição de formas unicamente digitais de atuação, por exemplo, no domínio tributário. As vantagens são evidentes do ponto de vista dos serviços públicos: dispensa-se pessoal, uniformiza-se, reduz-se tudo ao processamento por computador. Mas não o são no ponto de vista dos utentes. Há uma massa muito grande de cidadãos que é afastada – por exemplo, as pequenas empresas quando há um concurso público meramente em rede, pois podem não estar apetrechadas para acompanhar o processamento digital. Assim se cria uma nova classe de discriminados sociais, em benefício quer de quem instala o sistema, quer de quem vê desaparecer estes incômodos concorrentes que tendem a oferecer preços mais baixos. Quando o normal seria que se mantivessem as formas mistas, enquanto a população não estivesse familiarizada com o sistema.

Daqui retiramos um ensinamento elucidativo: a paixão pela internet é muito maior por parte de quem domina o sistema que por parte daqueles a quem o sistema se dirige. Isto verifica-se a todos os níveis. Desde os que lançam os bens informáticos até aos organismos públicos, desde os provedores de serviços em rede aos prestadores de conteúdos no comércio eletrónico, a desproporção de poder e de vantagens é evidente em relação aos destinatários.

No que respeita às empresas que providenciam bens informáticos, como programas de computadores, lembremos que chegaram a figurar entre os cinco homens mais ricos do mundo três titulares de empresas de informática.

Quanto aos organismos públicos, conseguem uma ordenação doutro modo impossível das torrentes de dados, dispensam pessoal e ganham ainda formas muito efetivas de controlo sobre a vida dos cidadãos.

Por seu lado, os provedores intermediários de serviços ganham um controle mundial que lhes permite ignorar as fronteiras e conseguir ainda o que representa substancialmente uma isenção quase completa de responsabilidades.

Também os prestadores de conteúdos conseguem penetrar em todos os espaços não obstante as fronteiras. Podem nomeadamente exercer o comércio por meios quase exclusivamente eletrônicos, sem terem de investir na abertura de estabelecimentos comerciais.

Isto permite ainda que os principais benefícios sejam tirados pelas grandes empresas multinacionais. São gigantes que estendem os seus tentáculos praticamente por todo o mundo. Conseguem anular com facilidade proibições da lei interna. Impõem unilateralmente as suas regras e escapam com frequência aos próprios órgãos jurisdicionais normalmente competentes através do recurso à arbitragem, intensamente fomentada. É como se se tivessem estabelecido em todo o mundo, mas sem necessidade do investimento que para tanto seria até agora necessário ⁴⁴.

2. Vulnerabilidades particulares do público

Não se esqueça o que dissemos logo de início: os destinatários do sistema também tiram dele grandes vantagens.

Tiram o benefício da ubiquidade, instantaneidade, interactividade, acessibilidade... O campo de atuação de cada pessoa beneficia de extraordinária ampliação. Tem a universalização da escolha, a conexão imediata a partir do domicílio ou de qualquer outro lugar, a redução de despesas em muitos domínios...

Mas essa ampliação sofre a contrapartida de grandes vulnerabilidades.

Assim, o cidadão comum passa a ter a vantagem de maior facilidade e comodidade na atuação perante os órgãos públicos. Mas por outro lado, mesmo não tendo menoridade tecnológica, fica numa situação de vulnerabilidade informática quase total, pelo ponto de vista da privacidade. É preciso uma fé piedosa na auto-contenção dos órgãos públicos para não sentir que quase toda a vida dos destinatários está à mercê de uns tantos cliques. Por outro lado, a instrumentalização dos cidadãos tornou-se muito mais de temer, perante o aperfeiçoamento das técnicas de manipulação das mentes.

⁴⁴ Para um quadro do pano de fundo da sociedade digital, na repercussão sobre a pessoa-cidadão, leia-se Newton De Lucca, *Direito do Consumidor*, Quartier Latin, 2003, no capítulo IX, sobre “Relações de Consumo no Direito do Espaço Virtual”, págs. 395 e segs.

Este perigo é prolongado em relação a essa categoria que não chamaremos mais destinatários, mas mais especificamente o *público*.

O público é uma categoria bem conhecida do Direito. Para não ir mais longe, lembremo-nos da *indução do público em erro*, que ocupa posição tão cimeira na Publicidade e na Propriedade Industrial, aqui particularmente no subsector dos sinais distintivos do comércio. As marcas têm como fundamento praticamente universal⁴⁵ permitir ao público distinguir bens ou serviços; e como fundamento negativo, evitar que o público seja induzido em erro, através de marcas deceptivas⁴⁶.

A internete, como manifestação máxima da digitalização em geral, dirige-se ao público. Deve fazê-lo no respeito por essa categoria indiferenciada e inorgânica, parente pobre da sociedade de feroz competição dos nossos dias. Digamos que corresponde ao povo da Ciência Política: rei sem voz nem trono, à custa de quem se fazem tradicionalmente os acordos dos poderosos.

Para mitigar o fenómeno, as leis vão insistindo e demarcando sucessivamente aspectos que devem ser preservados, na defesa do público. Examinaremos sucessivamente alguns domínios típicos.

3. A privacidade

Seja o caso da *privacidade*. Esta grande categoria emergente obstará a que as possibilidades de intrusão da informática fossem utilizadas de molde a atingir a intimidade da vida privada.

A privacidade é categoria de introdução recente. Levou a uma certa euforia e excessos, que pessoalmente denunciámos⁴⁷. Mas a digitalização introduziu uma alteração qualitativa grave. Tornou possível e até fácil que os dados pessoais alheios fossem apoderados por quem dela tem o controlo.

⁴⁵ Fica de fora a categoria anômala das marcas de (grande) prestígio.

⁴⁶ O fundamento da marca é duplo: funciona também em benefício da empresa, permitindo-lhe que os seus produtos se distingam facilmente no mercado. Mas esse interesse está (ou deveria estar) sempre subordinado ao princípio da não indução do público em erro.

⁴⁷ Cfr. o nosso *A reserva da intimidade da vida privada e familiar*, in “Direito Civil no Século XXI”, Editora Saraiva (São Paulo), 2003, 317-334; e in RFDL, XLIII, n.º 1, Coimbra Editora, 2002, 9-12.

Assim, os fornecedores passam a poder trabalhar facilmente os dados da clientela – e nomeadamente a vendê-los a outras empresas interessadas, transformando-os assim em elemento patrimonial de que disfrutam.

Os dados de tráfego podem ser coletados, mantidos e elaborados pelas empresas do sector ou quem as controle – nomeadamente as entidades públicas de supervisão –, pondo pelo seu cruzamento quase completamente a nu a vida privada das pessoas.

A reserva da vida privada ganha de fato um significado novo com a sociedade da informação. Podemos queixar-nos com razão dos excessos legislativos em matéria de reserva ou imposição da privacidade mas por outro lado há que temer os abusos constantes que se cometem. A ameaça do *Big Brother* ganha até uma dimensão mundial, quando a pretexto de combate ao terrorismo se cria uma rede gigantesca de devassa⁴⁸ que, obviamente, vai abranger todo o conteúdo das mensagens e não apenas as que tiverem conteúdo terrorista.

É esta até uma das grandes divergências atuais entre os Estados Unidos da América e a Comunidade Européia. A privacidade teve origem nos Estados Unidos no final do séc. XIX, por razões ligadas à distinção muito forte norte-americana entre o público e o privado⁴⁹, mas o pragmatismo norte-americano não tirou dela afinal as conseqüências devidas perante as vulnerabilidades acrescidas resultantes da sociedade da informação. A Comunidade Européia reage (em vão) perante práticas como a venda de dados de clientes. Mas nos Estados Unidos só se suscitam reações muito tênues (como o *safe harbor*) e acha-se muito natural que sejam pesquisadas mensagens entre países terceiros que só por razões técnicas utilizam vias eletrônicas de transmissão através do espaço norte-americano.

A privacidade protege todas as pessoas. Se quiséssemos unificar os destinatários numa categoria técnica, diríamos que a privacidade protege o *público*, que aqui voltamos a encontrar.

4. A identificação dos prestadores de serviços em rede

Os operadores do espaço virtual devem dar ao público a sua identificação. A tendência é a da dispensa de qualquer tipo de autorização estatal para o exercício da atividade, mas isso não implica que procedam anonimamente, deixando o público sem interlocutor responsável a quem se possa dirigir.

⁴⁸ Com o Projeto Echelon.

⁴⁹ A própria palavra, de formação anômala na língua portuguesa, traduz essa origem.

Dentro de categoria muito ampla dos prestadores ou provedores de serviços em rede há que fazer uma distinção fundamental:

I – Os provedores intermediários de serviços

São aqueles que asseguram o funcionamento das infra-estruturas da rede, sem como tal interferirem nos conteúdos que são disponibilizados ⁵⁰.

São provedores intermediários os que providenciam serviços técnicos como:

- simples transporte de mensagens
- acesso à rede
- armazenagem intermediária
- armazenagem definitiva

A importância destas distinções não é apenas classificatória ou didática. Corresponde-lhes um regime diferenciado de responsabilidade ⁵¹.

II – Os prestadores de conteúdos

São todos aqueles que disponibilizam conteúdos em linha.

Estariam nesta categoria os que providenciam o material disponível nos sítios, atendendo ao conteúdo e independentemente do exercício da função técnica de disponibilização. Abrange os participantes de grupos de conversação, os titulares de blogues, os anunciantes, os promotores de leilões em rede e assim por diante.

A identificação destes é também muito importante, nomeadamente para efeitos de responsabilização de quem coloca conteúdos ilícitos em linha. Mas essa identificação não é tarefa fácil. É dificultada pela possibilidade de ser veiculada por terminais à disposição do público em geral, como cibercafés ⁵², mas sobretudo pela diversidade de legislações. Há as que permitem que os provedores intermediários de serviços se recusem a identificar os seus clientes. Esta diversidade mostra por si que a disciplina nacional da internete tem com frequência pouco significado perante um meio global, como a internete é.

De todo o modo, não nos ocupamos neste escrito diretamente com a problemática internacional.

⁵⁰ Isso não impede que a mesma entidade desempenhe simultaneamente funções de prestador intermediário de serviços e de prestador de conteúdos.

⁵¹ Cfr. por exemplos os arts. 12 a 15 da Diretriz n.º 00/31/CE, de 8 de junho, sobre comércio eletrónico. Foi transposta para a ordem jurídica portuguesa pelo Dec.-Lei n.º 7/04, de 7 de janeiro.

⁵² Não obstante os meios cada vez mais aperfeiçoados de identificação.

5. A garantia da genuinidade das mensagens

Uma questão de extrema importância para a salvaguarda do público consiste na garantia da autenticidade e integridade das mensagens transmitidas em linha. Isso é nomeadamente importante em mensagens veiculadas pelo correio eletrónico.

Infelizmente não podemos examinar a matéria em si, sob pena de uma extensão desmedida. Limitamo-nos a assinalar os grandes sectores com que se procura atender a esta problemática:

I – Documento eletrónico

A categoria causa a princípio estranheza mas é tecnicamente correta porque, embora o público e a própria lei tenha como modelo o documento em papel, a verdade é que juridicamente (e desde logo historicamente) o documento caracteriza-se por ser suporte dum conteúdo ou sentido e não pela materialidade do suporte.

Mas levanta-se seguidamente a necessidade de qualificação destes documentos:

1. Escrito?

Também aqui, não é a materialidade que se torna decisiva. O que interessa é que haja um meio seguro e durável que dê garantia equivalente ⁵³.

2. Assinado?

Só o será se satisfizer os requisitos da assinatura eletrónica e da certificação ⁵⁴.

3. Autêntico?

A certificação, se assegurar a autenticidade da origem, integridade e genuinidade do conteúdo do documento, pode fazê-lo valer como documento autêntico.

II – As limitações

As reservas mais fortes que se podem colocar resultam de se poder assegurar que as mensagens provêm do terminal eletrónico correspondente àquela pessoa, mas não que tenha sido aquela pessoa que efetivamente a emitiu ou sequer que a ordenou.

Infelizmente, a produção legislativa nesta matéria tem mais em vista os aspectos burocráticos das entidades certificadoras e credenciadoras, sobretudo no sector público, e menos a dilucidação de aspectos fundamentais ligados à força jurídica dos documentos.

⁵³ A lei portuguesa admite-o como tal, desde que o suporte ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação (art. 26/1 do Dec.-Lei n.º 7/04, de 7 de janeiro, sobre o comércio eletrónico).

⁵⁴ Assim é nos termos do art. 26/2 do mesmo Dec.-Lei português n.º 7/04.

6. O respeito pelo público

I – A disciplina da internete

A disciplina da internete traduziu-se sobretudo na atribuição de direitos exclusivos aos operadores. Começou-se pelos bens informáticos ⁵⁵, como:

- programas de computador
- bases de dados eletrônicas
- nomes de domínio
- “obras” geradas por computador (Reino Unido)
- patentes de programas, agora em desenvolvimento ⁵⁶.

Após isso, passou-se à disciplina, sempre em acréscimo, do próprio exercício na internete.

II – A autenticidade da mensagem

Em toda a matéria da comunicação digital haverá que assegurar um respeito rigoroso pelo público. Ora, a prática demonstra que este é com grande frequência colocado em segundo plano.

Ter respeito traduz-se antes de mais na *autenticidade* da mensagem. Implica uma pluralidade de aspectos:

a. Identificação do emitente

Já falamos neste aspecto. Tem de haver mecanismos preventivos e repressivos de falsas identificações.

b. Acessibilidade a este

Sempre que se suscita uma conexão, ainda que com as pessoas indeterminadas que constituem o público, o emitente deve ser acessível, até para o apuramento de eventuais responsabilidades, imediatas ou futuras. Deve ser regulado o anonimato em rede. Deve ser regulado o dever de o provedor intermediário de serviços identificar o emitente, ao menos quando houver razão justificativa suficiente dessa necessidade.

c. Responsabilização por conteúdos ilícitos

⁵⁵ Deixando de parte as topografias dos produtos semicondutores.

⁵⁶ E prolongar-se-á por outros domínios, como o próprio direito aos sítios na internete.

Deve ser efetiva. Circulam pela rede muitos conteúdos inadmissíveis. Devem ser objeto de controlo oficioso, não valendo a escusa de não ter sido apresentada queixa dos lesados. O saneamento da internete é de interesse geral.

d. Não indução em erro

A internete continua a ser um paraíso da indução em erro, sobretudo após se ter convertido num veículo comercial. O público merece perante ela uma proteção reforçada, porque a vulnerabilidade deste na internete é potenciada também em relação aos instrumentos normais.

III – Diluição das regras de proteção além-fronteiras

Todo o exclusivo representa uma restrição de uma liberdade do público. Logo, todo o exclusivo deve ser acompanhado de formas de proteção do público contra os excessos ou abusos que se possam verificar.

Mas surge aqui a grande debilidade do público perante a internete. O carácter global permite aos operadores ignorar as fronteiras. As regras territoriais de proteção mostram-se inermes para funcionar perante um fenómeno que escapa aos instrumentos e disposição do poder público.

Os Estados, dito por outras palavras, perdem o protagonismo. São substituídos por outras entidades, mais ou menos formalizadas, mas que acabam por ter mais poder que os entes políticos institucionalizados.

Dissemos já que, não obstante a gravidade da questão do carácter transfronteiras da internete, não temos condições de analisar aqui os aspectos internacionais. Vamos limitar-nos a algumas referências que faremos adiante. De resto, será a situação-base nacional a que se terá em vista.

7. O utente de bens informáticos

Sendo os direitos sobre bens informáticos direitos exclusivos, há necessidade de proteger o utente perante cada categoria de bens informáticos, tomada por si.

A – Programas de computador

Mal nasceram, logo beneficiaram da proteção máxima, que é a atribuída pelo Direito de Autor. Apesar de serem produtos meramente técnicos foram consideradas obras literárias, o que é irreal. Como consequência, nenhum programa de computador, mesmo que constitua obra de museu, caiu ainda no domínio público.

Os programas, como princípio, não são alienados aos utentes. Dão-se licenças, o que implica que todos fiquemos quotidianamente contribuindo para as empresas informáticas. Como não é fornecido o código-fonte o utente, salvo em casos de encomendas de *software* à medida, tem grandes dificuldades de adequação do programa às suas necessidades. Não pode por si garantir a interoperabilidade, nem sequer corrigir erros do programa ou adaptá-lo à evolução das necessidades. Fica obrigado a recorrer sempre à assistência técnica da empresa de informática, portanto numa situação de dependência permanente.

A evolução rápida do sector obriga o utente a renovar constantemente o seu equipamento. Mas não há um simples *upgrade*, como seria de supor. Após o equipamento ter sido renovado o utente verifica quase sempre que há funcionalidades que se não compatibilizam com o novo sistema. Retoma-se o ciclo...

O art. 6 IV da Lei n.º 9609, de 19 de fevereiro de 1998, sobre programas de computador, permite ao utente a integração de um programa, mantendo suas características essenciais, a um sistema aplicativo ou operacional, tecnicamente indispensável às necessidades do usuário, desde que para uso exclusivo de quem a promoveu. É muito importante, mas fica por esclarecer a posição que tem o utente perante o código-fonte. Se o não conhece, como poderá proceder à integração? Não se diz que a empresa licenciante lhe deva fornecer o código. Terá de, por descompilação, aceder ao algoritmo básico? Ainda que tal fosse admitido, seria tarefa tremendamente complexa, que mataria as vantagens desta concessão.

Não podemos aprofundar mais. Fica ilustrada a situação precária do utente, na utilização dos programas que para seu uso privado teve de pagar.

B – Bases de dados

As bases de dados passaram a ser protegidas por um direito de autor pelo Acordo ADPIC / TRIPS de 1994 e pelo Tratado da OMPI de 1996. O que estava em causa eram as bases de dados eletrônicas, que eram o elemento novo que motivou a intervenção, mas aproveitou-se para submeter ao mesmo regime qualquer base de dados.

Esta regra cria já grandes dificuldades. Mas omitimo-las para nos fixarmos no direito *sui generis*, que foi estabelecido pela Diretriz n.º 96/9/CE, de 11 de março. Por este, a extração e reutilização de partes substanciais, qualitativa ou quantitativamente, do conteúdo da base de dados passam a ficar reservadas, em benefício do “fabricante” das base de dados (art. 7/1).

O sistema foi instaurado nos países da Comunidade Européia, mas esta não teve êxito nas tentativas de o expandir a outros países. Convém em todo o caso alertar para o perigo que representa para os utentes. Por exemplo, o estudioso que prepara uma dissertação ficará muito provavelmente sujeito a este novo ônus para progredir no seu trabalho.

Mas o conteúdo da base de dados é *informação*. O que significa que a Comunidade estabeleceu um exclusivo cujo objeto é justamente a informação.

É um precedente perigosíssimo. Até agora, o princípio era o de que a informação era um bem livre para todos. Por este direito, dá-se agora uma apropriação da informação. Esperemos que os países extra-europeus mantenham a recusa de enfileirar por esta gravosa restrição do espaço social de liberdade ⁵⁷.

C – Topografias de produtos semicondutores

Outros bens informáticos são objeto de exclusivo e criam problemas aos utentes. Têm particular interesse as topografias dos produtos semicondutores. Foram objeto de um direito de autor nos Estados Unidos da América, mas a subsequente Convenção de Washington de 1989 sobre circuitos integrados não aceitou este modelo.

Foram agora introduzidos na ordem jurídica brasileira pela Medida Provisória n.º 352, de 22 de janeiro de 2007, que estabeleceu a proteção das topografias de circuitos integrados como modalidade de direito industrial (arts. 23 a 59).

8. O regime jurídico da internete

Particularmente importantes são as regras que se foram tecendo para a internete. Teremos particularmente em vista as situações a que ficam sujeitos os utentes ou destinatários desta.

Vamos deixar para uma segunda fase a análise do comércio eletrônico. Independentemente deste, a internete implica sempre um regime jurídico e com ele grandes problemas. Limitamo-nos a dar alguns exemplos.

A – Nomes de domínio

Cada terminal ou destinatário na internete tem de ser identificado por um endereço eletrônico. Com maior rigor ainda que nas comunicações “terrestres”, esse endereço é necessariamente único: endereços iguais entrariam o funcionamento da rede.

⁵⁷ A matéria é atualmente objeto de reavaliação no interior da Comunidade. Mas diz-nos a experiência que os recuos, em relação a exclusivos que foram alguma vez outorgados, se discutem mas ficam pelo caminho.

Esse endereço eletrônico é expresso pelos nomes de domínio. Logo a atribuição destes suscita grandes problemas. A regra básica *first come first serve* exprime a prioridade, mas essa prioridade não é critério bastante. Há nomeadamente que evitar a indução do público em erro com a escolha dum nome que caiba a entidade diferente ou a sugira. Particularmente significativos são os problemas resultantes de conjugação destas matérias com o Direito das Marcas.

Isto implica, não só uma regulação pormenorizada, como uma unificação de nomes de domínio a nível mundial. Mas assiste-se a uma anomalia. O sistema está nas mãos dum único país, os Estados Unidos da América, que atribui essa função a uma entidade norte-americana especializada a que se atribuem uns arremedos de universalização. Essa entidade convencionou ou autoriza agências nos vários países do mundo. Em princípio, a referência final no nome de domínio ao país ou instituição internacional – **.br**, **.de**, **.eu**... – igualaria as posições e seria a base da distinção universal; mas a terminação **.com**, sem mais nada, está no âmbito somente dos Estados Unidos da América, que a atribui para todo o mundo.

O sistema é ainda muito desequilibrado e insatisfatório.

B – Instrumentos de busca

Para orientar os navegadores na multidão de referências na internete funcionam os instrumentos de busca. Permitem-nos ir muito longe na pesquisa – embora a grande maioria dos conteúdos disponíveis na internete esteja irremediavelmente perdido, só acede a eles quem já conhecer o endereço eletrônico a que correspondem.

Os instrumentos de busca devem ser isentos, apresentando-nos o material existente em igualdade de condições. Mas freqüentemente não o são. Sabendo-se que o pesquisador não tem possibilidade de examinar milhares de ocorrências, torna-se vital a ocupação dos primeiros lugares. Essa posição é freqüentemente objeto de negociação.

Por estas e outras razões, o utente acaba por ser conformado pelos próprios instrumentos de busca. Parece-lhe que domina o sistema, mas subrepticamente é o sistema quem o domina a ele⁵⁸. O sistema não é neutro.

C – Descritores (metatags)

⁵⁸ Cfr. Alain Strowel, *Liaisons dangereuses et bonnes relations sur l'Internet. À propos des hyperliens*, "Auteurs et Media", n.º 4, 1998, 296.

São palavras que se sobrepõem a composições digitais e têm o sentido de atrair os instrumentos de busca ⁵⁹.

São muito úteis para assinalar os conteúdos relevantes. Funcionam como as palavras-chave dum sítio.

Mas podem também ser falsificados, nomeadamente por serem enganosos. Podem referir um conteúdo que não é real, para que o navegador aceda de qualquer modo ao sítio e acabe por tomar conhecimento do seu conteúdo. Podem referir o nome ou marca dum concorrente, desviando a clientela. Ou podem usar simplesmente palavras que despertam a atenção: sexo, por exemplo, colocado num sítio com um conteúdo de todo diferente, atrai inevitavelmente as moscas.

9. A emergência do consumidor no Direito Intelectual

Chegados a este ponto da nossa exposição, é possível que o leitor atento se sinta perplexo.

O título deste escrito é “A sociedade digital e o consumidor”. Porém, ainda não referimos uma única vez o consumidor. Apontamos outras categorias, até como merecedoras de proteção, mas de consumidor não falamos.

Como se explica isto?

É a altura de chamar a atenção para uma evolução em matéria de Direito Intelectual, particularmente de Direito Industrial, que tem passado despercebida – embora os seus começos sejam já antigos.

A Convenção da União de Paris (CUP), em vários preceitos, repele atos susceptíveis de “induzir o público em erro” ⁶⁰.

A referência à indução do público em erro passou para várias leis internas. Mas quando, por meados do século passado, despertou a preocupação de tutela do consumidor, começou a imiscuir-se nalgumas legislações a referência à indução do *consumidor* em erro, em

⁵⁹ Cfr. os nossos *As funções da marca e os descritores (metatags) na Internet*, in Revista da ABPI (São Paulo), n.º 61, Nov/Dez 2002, 44-52; in Estudos de Direito do Consumidor, Centro de Direito do Consumo – FDUC, n.º 4, Coimbra, 2002, 99-120; e in “Direito Industrial”, vol. III, APDI/Almedina, 2003, 5-23. Também *Hyperlinks, frames, metatags – a segunda geração de referências na Internet*, in Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação, Almedina, 2001, 199-218; in “Direito da Internet e da Sociedade da Informação”, vol. III, APDI/Coimbra Editora, 2002, 27-46; in Direito, Sociedade e Informática – Limites e perspectivas da vida digital, Coleção Fundação Boiteux, Florianópolis, Nov. 2000, 135-147; e in Revista da ABPI (São Paulo), n.º 49, Nov/Dez 2000, 22-30.

⁶⁰ Cfr. por exemplo os arts. 5/3; 6-ter/1 c e 9; e 6-quater/2.

lugar da indução do público em erro. Noutros lugares, porém, essas mesmas leis usavam “indução do público em erro”. É assim de concluir que tomavam as expressões como sinônimas ⁶¹.

Essa tendência foi sempre em incremento, mas não foi universal. Não penetrou nas leis e doutrinas de países como a Alemanha e a França. No caso do Brasil temos uma situação particular, porque a Lei n.º 9279/96 sincopou a expressão, não referindo qual o sujeito que poderá versar em confusão: assim, o art. 124 XVII e XIX fala em “susceptíveis de causar confusão ou associação” ⁶².

Mas o certo é que a tendência foi progredindo, atingindo já fontes nacionais e supranacionais. Assim, em diretrizes da Comunidade Européia já se fala de consumidor em vez de público (mas por enquanto apenas nos considerandos e não no texto), para referir o destinatário da indução em erro.

O ADPIC / TRIPS vai mais longe. O art. 22, relativo a indicações geográficas, usa por três vezes indução do público em erro; mas o art. 23, dedicado especificamente a indicações geográficas para vinhos e outras bebidas alcoólicas, refere já “induzir em erro os consumidores”. Como não há nenhuma razão para regular diversamente, vê-se que se recorre indistintamente às categorias, sem se ter consciência de haver diversidade entre elas.

Isto resulta em certa medida de o Direito Intelectual ter vivido até hoje, como sustentamos, de costas viradas para o consumidor. O Direito do Consumidor seria algo que lhe não respeitava. O Direito Intelectual preocupava-se exclusivamente com os exclusivos que atribuía e não seria sensível a essas questões ⁶³.

Confundia-se assim o consumidor com o público, como se não houvesse diferença.

Mas há. O Direito do Consumidor é um Direito de proteção. Atende a uma faixa em situação de vulnerabilidade muito particular, providenciando com regras setoriais de proteção. Não precisamos de descer a uma caracterização mais rigorosa, na difícil delimitação, porque em

⁶¹ Assim aconteceu na lei portuguesa, com uma referência a induzir o consumidor em erro logo no art. 94 do Código da Propriedade Industrial de 1940.

⁶² Isso não impede que a doutrina vá utilizando por vezes *consumidor* em vez de *público* quando se trata desta matéria ou de matérias afins. Assim, nos *Comentários à Lei da Propriedade Industrial* do Instituto Dannemann / Siemsen, Renovar, 2005, *sub* art. 124 VI, justamente a propósito da informática, se escreve que “o consumidor aprende a apreender esses sinais como verdadeiras marcas”, tomando com isso posição pela registabilidade.

⁶³ Cfr. para um exame aprofundado o nosso *Direito Industrial e Consumidor*, destinado aos Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Paulo de Pitta e Cunha e publicado na separata da *Scientia Iuridica* (Braga), tomo LVII, n.º 313, Jan-Mar/2008, 71-92.

qualquer caso é sempre a vulnerabilidade do consumidor que justifica a intervenção deste sector do Direito.

Pelo contrário, o *público* é a situação normal em, que estamos todos, como *populus*. Corresponderá, se se quiser, ao *cives*, se desconsiderarmos a intervenção particular em órgãos políticos. Merece uma proteção geral das leis porque todos merecem proteção, mas são sujeitos e não objeto de tutela. Voltaremos ao tema adiante.

De momento, o que importa deixar acentuado é que, como dissemos, a digitalização traz vulnerabilidades muito maiores às pessoas, que têm de se refletir no ordenamento jurídico. E isso torna-se muito mais nítido à medida que a internet se transforma prevalentemente num imenso mostruário comercial. As pessoas perdem-se como consumidores em novos meios a que não estão habituadas. Há que reforçar a proteção que já lhes advinha do Direito do Consumidor. Há que abrir novas frentes de proteção do consumidor.

10. O paradoxo aparente da tutela do consumidor na sociedade capitalista

Antes, porém, esclareçamos um ponto que se apresenta como paradoxal. Como se compreende o grande relevo dado atualmente ao Direito do Consumidor, numa sociedade que reflete cada vez mais a lógica avassaladora do mercado?

Mais do que isso: o Direito do Consumidor só se impôs verdadeiramente a nível mundial com o discurso do Presidente Kennedy dos Estados Unidos da América, de 15 de março de 1962, ao Congresso.

Aí ficou cunhada a frase: *Consumer, by definition, include us all*. 15 de março ficou como o dia do consumidor. E efetivamente este domínio, após começos difíceis, conseguiu grande expansão: seja o caso da Comunidade Européia, a partir da década de 70. Mas como se compreende que seja justamente Washington a encabeçar esta arrancada?

É verdade que o avanço se fez em parte pela substituição da referência ao público pela referência ao consumidor. Veremos depois como julgá-la.

Mas, perante o êxito crescente da proteção do consumidor, voltamos ao paradoxo: como explicar esta inesperada origem?

A explicação é global, mas torna-se particularmente impressionante perante a economia norte-americana.

Tem esta como um dos seus principais motores o consumo privado: o mercado é suficientemente amplo e evoluído para que o consumo elevado se traduza em estímulo à produção e emprego, sem os efeitos nocivos que se manifestariam em economias menos auto-suficientes.

Mas para que o consumidor acorra ao mercado e se garanta assim a fluidez deste, é necessário inculcar-lhe confiança.

A confiança torna-se então a palavra mágica neste domínio. O livro, aliás excelente, de Cláudia Lima Marques sobre esta matéria chama-se *Confiança no Comércio Eletrônico e Proteção do Consumidor*⁶⁴. A confiança é insuflada e medida: os índices da confiança dos consumidores passam a ser essenciais. O consumidor é pois reflexamente protegido: o que se protege realmente é o mercado, e o consumidor só é protegido porque é instrumentalizado pela confiança que lhe é infundida.

Isto deixou traços no regime jurídico e nos efeitos econômicos. O essencial passa a ser a confiança e não a justificação desta. Isso pode conduzir a grandes crises, como a que se verifica hoje no imobiliário norte-americano.

Diríamos que em certos casos seria necessário antes combater que suscitar a confiança do consumidor. O atual Presidente da República português, em tempo de euforia bolsística, advertiu que era necessário ter cautela, porque se poderia estar a comprar gato por lebre. Foi um escândalo – mas era mesmo assim, e em breve sobreveio uma das periódicas grandes crises bolsísticas.

Por isso, a política de inculcar confiança no consumidor pode representar um fenómeno coletivo e qualificado de induzir o público em erro.

Em todo o caso, há que manter as proporções. O que se disse não leva à condenação do Direito do Consumidor. Quaisquer que sejam os objetivos últimos com que é prosseguido, o Direito de Proteção do Consumidor é uma realidade positiva e louvável. É um bem objetivo, mesmo que subjetivamente a intenção com que foi promovido estivesse inquinada.

11. O comércio eletrónico

O comércio eletrónico é, como dissemos, o grande palco para a emergência de um Direito do Consumidor especializado no digital. Mas devemos antes de mais delimitar o âmbito

⁶⁴ Ed. Revista dos Tribunais, 2004. Da mesma autora, sobre o contrato e a proteção do consumidor em geral, veja-se o já clássico *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 4.ª ed., Ver. Tribunais, 2002.

deste. Não só porque a expressão é ambígua como ainda porque nem todas as modalidades de comércio eletrônico têm relação com o consumidor.

A – Abrangem-se as transações realizadas por correio eletrônico (e-mail) ou processos análogos?

A diferença está no caráter não automático da resposta a qualquer solicitação negocial. Mas não parece que esse automatismo deve ser considerado constitutivo da noção de comércio eletrônico. O que é dado como pressuposto é o contrato ser concluído exclusivamente por meios eletrônicos.

Não deixa porém de haver aspectos em que a defesa do consumidor não se impõe com idêntica instância. Por isso, a referida Diretriz n.º 00/31/CE, embora parta da previsão geral dos “contratos celebrados por meios eletrônicos”, não deixa de especificar alguns pontos, justamente relativos à defesa do consumidor, que não são aplicáveis aos contratos celebrados por correio eletrônico ou meio de comunicação individual equivalente (arts. 10/4 e 11/3).

B – Abrangem-se os negócios civis?

O ponto tem muita importância nas ordens jurídicas em que há um regime diferenciado, consoante o ato for qualificado como comercial ou civil. Aparentemente, só o comercial estaria compreendido. A diretriz comunitária é aqui contraditória⁶⁵, pois fala em *comércio* eletrônico mas exclui da obrigatoriedade do regime instituído alguns negócios irredutivelmente civis, como as cauções e garantias prestadas por pessoas que agem fora da sua atividade empresarial ou profissional e os contratos familiares ou sucessórios (art. 9/2 *c e d*)⁶⁶.

O Dec.-Lei n.º 7/04, de 7 de janeiro, ao operar a transposição da diretriz, determina expressamente que as disposições sobre contratação informática se aplicam a todos os “contratos celebrados por via eletrônica ou informática, sejam ou não qualificáveis como comerciais” (art. 24). Isto porque não se encontram motivos ponderosos que exijam para os atos civis um regime diferenciado⁶⁷.

C – Supõe que o contrato seja integralmente celebrado pela internete?

⁶⁵ São igualmente ambíguos os considerandos sobre esta matéria.

⁶⁶ Pelo contrário, parece que poderia abranger certos atos que não pressupõem a via digital, como o *teleshopping*.

⁶⁷ Exclui porém seguidamente da aplicabilidade várias categorias de atos (art. 25), dentro dos limites demarcados pela diretriz.

A noção subjacente de contrato eletrônico é a do contrato que é integralmente celebrado por via eletrônica, incluindo a própria conclusão. Não supõe que o seja a execução, que pode até consistir na entrega material duma coisa ⁶⁸.

12. O comércio eletrônico e o consumidor

O comércio eletrônico precipita a necessidade da proteção do consumidor na sociedade virtual. O próprio meio multiplica as possibilidades de indução em erro e potencia a vulnerabilidade do consumidor ⁶⁹.

A vulnerabilidade é antes de mais tecnológica. O digital permanece misterioso para a maior parte das pessoas; e susceptível de levar a engano mesmo quem habitualmente o utiliza.

A problemática é agora verdadeiramente própria do consumidor. Por isso dá-nos a delimitação do que está em causa: é a relação fornecedor / consumidor.

Não é a relação dos consumidores entre si (C2C, na sigla que se generaliza). Aí presume-se a igualdade de conhecimentos; e os desníveis que se verificarem são de analisar à luz dos princípios gerais do Direito e não pelo Direito do Consumidor.

Tão-pouco o são as relações entre fornecedores ou, mais amplamente, entre empresários em geral (agora a sigla é B2B). Independentemente de uma demarcação rigorosa da categoria, que não está agora em causa, aí as partes presumem-se com igual possibilidade de se prevenirem quanto aos perigos da internet. Não foi para situações dessa ordem que se desenvolveu o Direito do Consumidor.

O comércio eletrônico entra no Direito do Consumidor no prolongamento da disciplina dos contratos a distância. Procurou-se antes prevenir a fragilidade que para o

⁶⁸ A manifestação máxima do contrato eletrônico está no *contrato inteiramente automatizado*: como aquele em que uma empresa, quando as existências descem a um nível demarcado, sem intervenção humana dirige a outra empresa a encomenda das peças necessárias; e a empresa de destino, igualmente por meios totalmente eletrônicos, processa o pedido. O Dec.-Lei n.º 7/04 português, ao transpor a diretiz, tomou a iniciativa de regular simultaneamente a contratação totalmente automatizada (art. 33). Mandou aplicar às disposições sobre o erro na formação da vontade ao erro na programação; sobre o erro na declaração ao defeito no funcionamento da máquina; e sobre o erro na transmissão aos casos que a mensagem chega deformada ao seu destino (n.º 2). Sobre a matéria, cfr. o nosso *Direito Civil – Teoria Geral – II – Acções e Factos* Jurídicos, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2003, n.ºs 259 e260. Mas é claro que nesse caso não se tem em vista a relação com o consumidor.

⁶⁹ Sobre esta matéria, além das obras já referidas, veja-se *Comercio Electrónico en Internet*, direcção de José Antonio Gómez Segade, Marcial Pons, 2001 (que inclui *El comercio electrónico y la protección del consumidor en Europa*, por Michael Lehmann); Elias Dias de Oliveira, *A Protecção dos Consumidores nos Contratos celebrados através da Internet*, Almedina (Coimbra), 2002.

consumidor poderia resultar do caráter não presencial da transação. Mas a categoria evoluiu, não obstante a designação, para compreender todos os contratos celebrados fora do estabelecimento do fornecedor.

Na Comunidade Européia a matéria foi regulada pela Diretriz n.º 97/7/CE, de 20 de maio ⁷⁰, alterada pela Diretriz n.º 2007/64/CE, de 5 de dezembro.

A Diretriz n.º 00/31, de 8 de junho, várias vezes referida, apresenta-se como um seguimento da Diretriz sobre contratos a distância. Pressupõe-na na sua aplicação, nomeadamente no que respeita aos *deveres de informação*, que se aplicam também ao comércio eletrónico ⁷¹.

Na realidade, a tutela comunitária do consumidor *assenta fundamentalmente na informação*. Sobrepõe-se à informação reclamada já para os contratos a distância a informação própria do comércio eletrónico, nos seguintes escalões:

- relativa ao próprio prestador de serviços e à atividade que desempenha (art. 5)
- às comunicações comerciais (arts. 6 a 8).
- ao regime dos contratos a celebrar
- à concreta relação que a ordem de encomenda origina.

Este aspecto é ainda acentuado pela lei portuguesa, como veremos a propósito da conclusão do contrato.

A informação é realmente muito importante. Mas não é uma panacéia.

Por um lado, o excesso de informação pode corroer a valia da informação. Pode permitir que passem despercebidos os aspectos efetivamente importantes, porque ninguém lê um livro de instruções como quem devora um romance.

Por outro lado, poderá gizar-se a convicção que, fornecendo-se a informação, a vulnerabilidade do consumidor fica superada. Daí por diante, se o consumidor não sabe, a culpa é dele. O fornecedor pode lavar daí as suas mãos.

Mas não é assim tão simples. A vulnerabilidade do consumidor é mais profunda. A informação não só deve ser completa, simples e facilmente compreensível, como deve necessariamente ser complementada por outras medidas protetivas. Particularmente no domínio

⁷⁰ Foi transposta para a ordem jurídica portuguesa pelo Dec.-Lei n.º 143/01, de 26 de abril.

⁷¹ Há ainda que ter em conta a Diretriz n.º 05/29, de 11 de maio, sobre práticas comerciais desleais, que foi transposta pelo Dec.-Lei n.º 57/08, de 26 de março. É uma diretriz exclusivamente de Direito do Consumidor (tal como a diretriz sobre contratos a distância). Dá o quadro-base para a disciplina das práticas enganosas para o consumidor, com a curiosidade de a *publicidade* ter sido afastada do seu âmbito, passando a ser integrada na Concorrência Desleal.

da sociedade da informação, a vulnerabilidade do consumidor não se dilui pelo fato de este ter informação disponível. Há uma inferioridade que não é só econômica, é também técnica, e que é agravada pelo anonimato e despersonalização do sistema – a desumanização, como se diz⁷². O consumidor comum, mesmo perante uma informação abundante, tem grandes possibilidades de se desorientar. É por isso demasiado simplista pretender lançar as culpas para o consumidor.

Já falamos anteriormente da grande problemática resultante da globalização do meio internet. O consumidor perde a garantia da lei nacional. Ver-se-á colocado perante leis estrangeiras e não saberá como proceder, se não tiver formação jurídica particular.

Dissemos que não iríamos examinar *ex professo* a problemática internacional. Mas neste ponto não pode deixar de ser referida. O consumidor encontra-se em geral perante relações que pairam sobre as fronteiras e sem a segurança do resguardo que lhe seria dado pela ordem jurídica em que se integra e melhor conhecerá.

As leis dos países mais desenvolvidos (ou mais influenciados pela ordem jurídica norte-americana) fazem um grande apelo à *auto-disciplina* dos operadores da internet. É louvável que assim aconteça, mas os perigos estão também à vista. As regras assim produzidas não podem deixar de traduzir os interesses dos fornecedores: limitar-se-ão quando muito a vedar condutas extremas.

É pouco. O consumidor precisa de ter um ordenamento de referência. Esse ordenamento só pode ser o próprio. Como tal, não se pode abandonar ao acaso da lei internacionalmente competente. As regras nacionais de proteção do consumidor, pelo menos nos aspectos mais relevantes, deveriam ser consideradas regras de aplicação imediata ou de ordem pública internacional, afastando outros critérios de determinação da lei competente.

Esta necessidade de proteção prolonga-se no respeitante à competência internacional dos tribunais. O consumidor, como parte presumivelmente mais fraca, não pode estar sujeito a litigar na praça alienígena para que aponte a lei normalmente competente. Tem de haver regras especiais.

As instâncias internacionais insuflam de todos os modos a arbitragem. Sem dúvida que a arbitragem de conflitos de consumo é desejável e pode dar bons resultados, mas já é de negar que resulte em caso de conflito internacional com um fornecedor. A arbitragem pode ser a maneira de expropriar o consumidor dos seus tribunais, da sua língua e das suas leis. Não se

⁷² Cfr. Cláudia Lima Marques, *Confiança* cit., n. 1.1.1.1, nomeadamente.

justifica. Deixemos a arbitragem para os conflitos internos de consumo e procuremos outras soluções quando surge um conflito internacional.

13. O ilícito em rede e a responsabilidade do provedor de serviços

A informação que chega através da internet pode ser uma informação ou mensagem nociva.

Isso acontece com grande freqüência. Nomeadamente, as mensagens veiculadas podem ter conteúdo ilícito.

Neste caso, é mais o público que o consumidor que é afetado. Mas tem-se revelado difícil a reação, pela diversidade de leis, pela fluidez da identificação dos emitentes e pela freqüente insuficiência econômica dos atingidos perante os custos da litigância.

Um meio que tem sido insistentemente reclamado pelos sectores interessados está no recurso à responsabilização do provedor intermediário de serviços. Este teria um dever de vigilância dos conteúdos que alberga, transporta ou a que dá acesso. Assim se exerceria constantemente uma polícia sobre os conteúdos da internet que permitiria prevenir e caso necessário reprimir o ilícito em rede pelo recurso à responsabilidade dos provedores de serviços, muito particularmente dos provedores intermediários de serviços.

Mas os provedores de serviços reagiram asperamente a estas tentativas. Desenhou-se assim uma batalha jurídica em vários planos que, com vários resultados parciais, se prolonga até hoje.

Os provedores de serviços rejeitam particularmente que sobre eles recaia um dever geral de vigilância sobre os conteúdos em rede. As leis e os tribunais tendem a dar-lhes razão ⁷³. As regras sobre responsabilidade dos provedores significam antes regras de tendencial irresponsabilidade, exceto em situações particularmente qualificadas.

Há razões significativas em suporte desta posição. Em caso de simples transporte, é evidente: o provedor de transmissão não deve sequer indagar o conteúdo das mensagens que transmite. Mas mesmo as outras categorias de provedores não são juízes da licitude ou ilicitude dos conteúdos. Só se tiverem conhecimento do carácter ilícito de um determinado elemento, em condições manifestas, é que a sua inércia deixaria de se justificar.

⁷³ O art. 19 da Diretriz n.º 00/31/CE exclui expressamente que lhes incumba um dever geral de vigilância.

É necessário então recorrer a outros processos. A lei portuguesa segue uma solução original, ao atribuir à entidade administrativa de supervisão o estabelecimento de um *status quo*, que permita que não obstante o litígio que a fluidez da rede não seja interrompida. Caberá então ao interessado que se não conforme o recurso a juízo ⁷⁴.

Mas com isto já estamos de novo a afastar-nos do nosso tema. Já não está em causa a situação do consumidor, mas a do público em geral. O consumidor é tão atingido por mensagens ilícitas como qualquer outra pessoa.

Consideremos então um domínio em que o consumidor é particularmente afetado: a publicidade.

14. A publicidade em rede

A internet cedo se revelou um veículo poderosíssimo de publicidade. E daí ter-se transformado num instrumento massacrante de perseguição ao navegador.

As formas extremas de publicidade incorreta estão presentes na internet, como a publicidade subliminar. Para essas há que recorrer aos instrumentos comuns. Mas aparecem formas próprias, que merecem atenção particular.

Já referimos a publicidade, que é na verdade oculta, resultante da compra dos primeiros lugares na lista dos resultados apresentados pelos instrumentos de busca; ou da introdução de descritores ou *metatags* que atraem equivocadamente o navegador.

Mas há muitas outras formas mais. Assim acontece quando em cada página de resultados de instrumentos de busca as primeiras linhas são ocupadas sistematicamente por publicidade. Ou ainda na publicidade oculta resultante de, sem pré-aviso, aparecer uma mensagem publicitária quando se consulta determinado trecho. Ou nas figurinhas publicitárias saltitantes que perturbam, e gravemente, a concentração do utente.

Há um grau de tolerância que somos obrigados a ter em relação à publicidade, mesmo quando vemos lindas paisagens afrontadas por anúncios de toda a espécie. É maçador quando encontramos a nossa caixa de correio juncada de anúncios. Mas temos de considerar isso socialmente adequado.

Na internet, porém, há graus novos de intolerabilidade. A nossa caixa de correio eletrônica aparece repleta de mensagens publicitárias não solicitadas. Ameaçam entupi-la,

⁷⁴ Art. 18 do Dec.-Lei n.º 7/04, de 7 de janeiro.

demoram a nossa utilização, obrigam muitas vezes à leitura até se concluir que são realmente publicidade...

Há aqui uma diferença de grau. A internete não pode ser o veículo para a realização de uma publicidade que fica praticamente gratuita, à custa dos incômodos que deste modo são trazidos aos participantes.

Temos então o que se chama o *spam*. Só lentamente, porém, se avança no caminho da limitação desta prática. A Comunidade Européia só muito recentemente instaurou o princípio da proibição do envio de publicidade não solicitada, embora com exceções ⁷⁵.

Tecnicamente, isto significa que se adota o sistema de *opt in* ou da aceitação – a publicidade só pode ser enviada a quem a solicitou. As hipóteses em que a publicidade pode ser enviada porque a aceitação se infere de relações anteriormente havidas podem ser qualificadas como de aceitação tácita.

Este é o sistema legal europeu, mas dificilmente podemos considerá-lo o sistema efetivamente vigente. Quer descaradamente quer camufladamente o *spam* continua a juncar os nossos terminais, sem que se conheça reação significativa a uma prática que foi declarada ilícita.

No Brasil, não cremos que se possa concluir pela proibição de publicidade não solicitada a partir do art. 39 III do Código do Consumidor, que proíbe “enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço”. Está-se ainda na fase anterior, do envio de produto ou prestação de serviço não solicitado (para constranger o consumidor). Mas é muito diferente fazer publicidade. Sem base legal, não se pode considerar a publicidade não solicitado proibida.

A questão transfere-se para a hipótese de o consumidor declarar que não quer receber aquela publicidade. É o sistema do *opt out*. Tem vários inconvenientes, até porque revela ao fornecedor que a mensagem chegou ao destino e lhe permite insistir com segurança. Não se vê porém que seja interdito. Mas não se vê também qual poderia ser a sanção do fornecedor que persistisse.

Uma forma mais adiantada de intromissão publicitária consiste na utilização de *cookies*. Os *cookies* são mecanismos tecnológicos, com base em programas de computador, que espiam os movimentos dos utentes na internete para fazer o perfil dos consumidores. Conseguem assim detectar as preferências ou interesses de cada internauta, para que deste modo às

⁷⁵ Por exemplo, a que respeita à publicidade que é enviada na seqüência de relações comerciais já estabelecidas – a publicidade de novos modelos de automóveis da marca do que compramos, por exemplo.

solicitações ou indagações que venha a fazer o sistema responda de modo adequado ao perfil que se formulou. Assim, a publicidade passa a ser feita à medida de cada participante e portanto é presumivelmente muito mais eficaz.

O que há todavia de agressivo nos *cookies* em relação ao consumidor não é propriamente a estratégia comercial, que tem de existir e está no espaço social de liberdade. O resultado a que se chega não é em si negativo. Pessoalmente, até fico muito reconhecido se me é apresentada música clássica em vez de canções vulgares a metro. Mas o que é inadmissível é a intrusão no nosso próprio domínio. É o fato de os *cookies* serem instalados, sem o sabermos, no nosso próprio equipamento. O aparelho que utilizamos é simultaneamente o espião das nossas operações. É uma invasão inadmissível da nossa privacidade em que não consentimos.

Este fato é bem elucidativo da vulnerabilidade acrescida em que o utente se encontra na sociedade da informação. Se é possível detectar do exterior as nossas preferências comerciais, também todas as nossas outras inclinações, ideológicas, afetivas ou sociais podem ser espiadas. Com isto a pessoa fica exposta e desarmada, dominada por um sistema que supõe dominar.

15. O consumidor e a perfeição do contrato

Um ponto de grande acuidade encontra-se na determinação do momento da celebração do contrato.

O art. 434 do Código Civil considera os contratos entre ausentes perfeitos, como regra, desde que a aceitação é expedida. Cria problemas pelo fato de se dever considerar o proponente contratualmente vinculado, mesmo que na ignorância de a aceitação ter sido expedida, mas não há que os examinar aqui.

Na internete há que ter em conta as posições de ordens jurídicas, como a alemã e a do Reino Unido, que consideram que a oferta ao público representa uma solicitação de propostas. Assim, o fornecedor está sempre em posição de recusar as propostas que lhe sejam dirigidas. É anômalo, mas não é felizmente a solução da ordem jurídica brasileira (art. 429 do Código Civil) ⁷⁶: a oferta ao público equivale a proposta quando encerre os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos. Na internete vemos assim

⁷⁶ Tal como da portuguesa.

que a oferta deverá neste caso ser interpretada como proposta, salvo se se estabelecer reserva em contrário ⁷⁷.

A posição é reforçada pelo art. 30 do Código do Consumidor, que determina que a informação ou publicidade suficientemente precisa, “veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação”, obriga o fornecedor e integra o contrato que vier a ser celebrado. O princípio é desenvolvido nos artigos seguintes, até ao art. 35, que indica as alternativas à disposição do consumidor.

Tem muita importância na internete o *aviso de recepção*. O consumidor carece de saber para orientar a sua vida se a mensagem chegou ao poder do fornecedor. Por isso, o aviso de recepção deverá existir sempre e ser quanto possível imediato. Deveria mesmo ser automático, representando mera comunicação de que a mensagem chegara ao seu destino.

O grande problema está em determinar se o aviso de recepção se integra ou não no esquema da conclusão do contrato, como proposta ou como aceitação, consoante os casos.

No nosso entendimento, não deve ter nenhum significado para este efeito. Representa uma mera segurança dada ao consumidor de que não houve anomalia na transmissão. Se implicasse algo mais, por exemplo, a confirmação de que as existências em poder do fornecedor permitem a satisfação da encomenda, estaria sujeito a demoras resultantes dessa verificação. Ora o consumidor carece de saber nos mais breves prazos se a mensagem foi recebida. Para assegurar esse objetivo há que retirar ao aviso de recepção todo o significado para efeitos de conclusão do contrato ⁷⁸.

Resta outra grande questão. O momento da perfeição do contrato é o em geral estabelecido para os contratos entre ausentes? Ou a celebração através da internete traz desvio dos princípios gerais? ⁷⁹

A internete, acentuamos, é um meio com vastas possibilidades de engano do internauta, quer intencionalmente provocadas quer resultantes simplesmente das dificuldades técnicas. A vulnerabilidade especial do consumidor exige a nosso ver uma solução também especial.

⁷⁷ E deixando de lado, mais uma vez, as questões de Direito Internacional Privado.

⁷⁸ Por isso o Dec.-Lei português n.º 7/04, no art. 32/2, sobre o comércio eletrónico, dispõe expressamente que “o mero aviso de recepção não tem significado para a determinação do momento da conclusão do contrato”.

⁷⁹ Sobre estas matérias cfr. o nosso *Direito Civil – Teoria Geral II* cit., n.º 258.

Se o contrato ficar logo consumado quando o consumidor, pelo que se lhe apresenta, julga ter entendido o conteúdo da vinculação, as hipóteses de erro ou disfunção são muito grandes. Não se esqueça que na internete não se vê fisicamente o produto, quanto muito imagens, o que pode levar a grandes distorções. As dificuldades aumentam quando se está perante línguas estrangeiras, e não a própria.

Pensamos por isso que a perfeição do contrato só deve dar-se após uma confirmação por parte do consumidor. Ao seu pedido, através do primeiro clique (que nos casos normais significa uma reação a uma proposta, como vimos), deve seguir-se a apresentação em rede, por parte do fornecedor, dos termos contratuais completos. O consumidor tem assim a possibilidade de verificar se o que se lhe apresenta corresponde exatamente àquilo em que pensava. Se assim não for, basta abster-se, que o negócio fica sem efeito. Se pelo contrário é aquilo que deseja, prime a tecla e o contrato fica, só então, perfeito.

É o que se chama o sistema do duplo clique. É adotado em países como a França e Portugal. Neste último caso, o art. 29/5 do Dec.-Lei n.º 7/04, sobre o comércio eletrónico, dispõe que “a encomenda torna-se definitiva com a confirmação do destinatário, dada na seqüência do aviso de recepção, reiterando a ordem emitida”. Deixando de lado problemas de integração sistemática, dele resulta que se dá a oportunidade ao consumidor de confirmar o pedido perante a apresentação dos dados completos do negócio. Só assim ele fica efetivamente protegido.

Este sistema tem porém de ser efetivamente previsto por lei, porque se afasta dos princípios gerais dos contratos. Assim, não é aplicável no Brasil. Pode um fornecedor estabelecê-lo por sua iniciativa, o que acontece com frequência e é muito louvável, até porque não traz nenhuma dificuldades técnicas. Mas se o não fizer, o consumidor fica logo vinculado com o primeiro clique, o que significa que está mais desprotegido.

16. O direito de arrependimento e a interpretação do contrato

A desproteção só não é absoluta porque restaria o **direito de arrependimento**. É outro aspecto vital da proteção do consumidor nos contratos a distância. Só o não versaremos pela impossibilidade de estender indefinidamente esta análise.

Limitamo-nos a uma observação particularmente importante em matéria de contratos celebrados por meio de sítios na internete.

A outorga de direito de arrependimento não pode ser universal. É inaplicável sempre que não haja intervalo temporal utilizável entre a encomenda e a satisfação pelo fornecedor.

Se alguém pretende ouvir música na internet, não pode evidentemente após a execução ou transmissão desta desistir. O contrato extinguiu-se, porque consumado.

Esta limitação do direito de arrependimento é outro motivo para que se defenda o sistema do duplo clique. Ao menos, dá-se uma possibilidade mínima de reflexão, antes de se assumir o compromisso. Não sendo assim, qualquer erro do consumidor é irreparável.

O prazo normal de 7 dias do art. 49 do Código do Consumidor, nas condições aí expressas, rege também na negociação em rede⁸⁰.

A jurisprudência, no Brasil e fora, tem consolidado a concretização das orientações sobre desistência do Código do Consumidor.

A outra observação respeita à interpretação dos contratos celebrados em rede.

Há que ter presente que as condições gerais apresentadas pelo titular do sítio são o que tecnicamente se deveria chamar *cláusulas negociais gerais*⁸¹. São predispostas pelo fornecedor e apresentadas a quem quiser contratar em termos de ou aceitar ou não contratar.

A lei brasileira não regula as cláusulas contratuais gerais, por a categoria das cláusulas abusivas as enquadrar. Mas estas só estão contempladas no Código do Consumidor. A ausência destas do Código Civil representa uma grave anomalia.

Mas pode-se chegar a resultados análogos através do *contrato de adesão*. Este representa uma construção menos perfeita, mas para o que interessa basta observar que as cláusulas universalmente condicionantes dos contratos, em termos de pegar ou largar, são cláusulas negociais gerais.

O Código Civil prevê o contrato de adesão, mas regula-o muito deficientemente, nos arts. 423 e 424. Em todo o caso, o art. 423 estabelece o princípio geral: perante cláusulas ambíguas ou contraditórias, adotar-se-á a interpretação mais favorável ao aderente. Esta regra tem importância particular nos contratos em rede. O fornecedor tem a experiência e o tempo preciso para se defender contra a ambigüidade. As cláusulas gerais que estabelece são

⁸⁰ Esse prazo tende a ser ampliado. Em Portugal, por exemplo, é de 14 dias.

⁸¹ Fala-se normalmente em cláusulas *contratuais* gerais, mas *negociais* é mais correto, porque podem encontrar-se em negócios jurídicos unilaterais, como os celebrados em bolsa. As leis europeias, exceto a portuguesa, referem as *condições* gerais dos contratos, mas é pior, porque não têm que ver com a condição, cláusula acessória.

normalmente numa unilateralidade chocante, apenas em seu benefício. Se deixa algo ambíguo é natural que se vire contra ele, porque tinha todas as condições para as fazer claras e omitiu.

O contrato de adesão é regulado com maior desenvolvimento no Código do Consumidor, no art. 54. Mas deste não consta a regra da *interpretatio contra stipulatorem*. Não obstante, deve considerar-se aí igualmente vigente, não só pelos princípios gerais protetivos que regem o Código do Direito do Consumidor como pelo fato de o Direito Civil, como Direito subsidiário, ser aplicável às relações com o consumidor, sempre que não houver regra ou razão especial em contrário.

A necessidade desta regra é particularmente instante nos negócios realizados em rede.

Ficam ainda inúmeros aspectos por versar, como o aproveitamento da natureza supra-fronteiras da internete para a venda livre de medicamentos que carecem de receita médica ou a organização de jogos de azar proibidos. Mas neste capítulo não é mérito pretender ser exaustivo.

17. Direito da internete e legislação do consumidor

Uma breve observação final, sobre as implicações da regulação da internete no corpo sistemático da regulação protetiva do consumidor.

As alterações legislativas aconselhadas pela regulação da internete, particularmente em matéria de comércio eletrónico, acabam por ser numerosas.

Legislativamente, onde devem ser localizadas, dentro da enciclopédia jurídica?

Defendemos que o Direito do Consumidor é Direito Civil, porque o Direito Civil é o Direito comum do homem comum. Ora, não há nada mais comum que a qualidade de consumidor ⁸².

Isso não significa porém uma migração no Brasil do Direito do Consumidor para o Código Civil ⁸³, porque o Código do Consumidor teve e tem um papel histórico que não pode ser ignorado.

⁸² Cfr. o nosso *Direito Civil e Direito do Consumidor*, in *Themis* – “Código Civil Português – Evolução e perspectivas actuais”, edição especial da Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Almedina, 2008, 165-182.

⁸³ Como se fez na Alemanha, com a reforma do Livro do Direito das Obrigações do BGB.

A questão passa a ser então a seguinte: o que se deve fazer? Integrar as regras sobre o consumidor na sociedade digital no Código do Consumidor? Integrá-las na legislação que se espera (embora tarde) sobre o comércio eletrônico e eventualmente outras matérias relativas à sociedade da informação? Ou publicar um ou mais diplomas especiais dedicados especificamente à matéria do consumidor na sociedade da informação?

Não nos parece aconselhável a integração no Código do Consumidor. Implicaria a dissociação das matérias de proteção do consumidor das matérias substantivas de disciplina de sociedade da informação a que respeitam e obrigariam a um conúbio difícil com o espírito e a sistemática do Código do Consumidor.

A repartição das matérias relativas ao consumidor por vários diplomas pode ser o recurso último, mas não é o desejável, porque quebraria a unidade das matérias.

Parece que o fulcro deve estar na legislação que se prepara para regulação da internet. Era desejável que ela fosse quanto possível abrangente, para favorecer a coerência das sugestões e integrar as matérias carentes de disciplina. Entre essas matérias está seguramente a disciplina dos aspectos em que a vulnerabilidade do consumidor assume contornos especiais.

Terminamos assim com o voto que a legislação que se aguarda seja tão integrada quanto possível e não ignore as questões específicas que a sociedade digital suscita em matéria de proteção do consumidor ⁸⁴.

⁸⁴A Bibliografia é já extensíssima, pelo que, quase casualmente, só referimos, além das obras já citadas no texto:

- Bettinger / Leistner (coord.) – *Werbung und Vertrieb im Internet*, ed. Dr. Otto Schmidt (Colónia), 2003;
- Newton De Lucca / Adalberto Simão Filho (coord.) – *Direito & Internet*, Quartier Latin, I, 2.ª ed., 2005; II, 2008;
- Kemelmajer de Carlucci, Aída – *Publicidad y Consumidores*, sep. Rev. Der. Privado y Comunitario, n.º 5;
- Almeida, Carlos Ferreira – *Direito do Consumo*, Almedina (Coimbra), 2005;
- Simão, José Fernando – *Vícios do Produto no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*, Atlas, 2003;
- Benjamim, António Herman / Cláudia Lima Marques / Leonardo Roscoe Bessa – *Manual de Direito do Consumidor*, ed. Rev. Tribunais, 2007;
- Khouri, Paulo Roque – *Direito do Consumidor*, 3.ª ed., Atlas, 2006;
- Klor, Adriana Dreyzin *et alii* (coord.) – *Internet, Comércio Eletrónico e Sociedade da Informação*, DeCita / Fundação Boiteux / Conceito, 2006;
- Rocha Filho, Valdir de Oliveira (coord.) – *O Direito e a Internet*, Forense Universitária, 2002.

Da nossa autoria, além dos já citados, apontamos:

- *Prefácio a “O Comércio Eletrónico em Portugal: o quadro legal e o negócio”*, ANACOM (Lisboa), 2004, 5-12.
- *O Anteprojecto do Código do Consumidor e a publicidade* (Parecer), in “Estudos do Instituto de Direito do Consumo” (coord. Luís Menezes Leitão), Instituto de Direito do Consumo da FDL / Almedina, vol. III, 2006, 7-36;
- *Contratação em rede informática no Brasil*, in Revista do Tribunal Regional Federal da 3.ª Região, São Paulo – SP, n.º 78, Jul-Ago/2006, 57-85; e in *Direitos Autorais – Estudos em Homenagem a Otávio Afonso dos Santos*, Editora Revista dos Tribunais (2008), São Paulo, 178-198;

– *Direito europeu do consumidor e direito brasileiro*, in RTDC – Revista Trimestral de Direito Civil (Rio de Janeiro), ano 8, vol. 32, Out-Dez/2007, 179-192.

PARTE II

TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E DIREITO AUTORAL



A TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E O DIREITO DE AUTOR

Manoel J. Pereira dos Santos⁸⁵

SUMÁRIO: I. Introdução. II. O impacto da tecnologia da informação no direito autoral. III. A controvérsia sobre as criações digitais – o caso do software. IV. Conclusões.

I. Introdução

O surgimento e a evolução do Direito de Autor sempre estiveram diretamente vinculados ao desenvolvimento das técnicas e meios de comunicação. O aparecimento da Imprensa no Século XV determinou importante transformação econômica e cultural no mundo ocidental. As criações intelectuais passaram a ter difusão em escala, com seu acesso tornado mais simples para diversos tipos de leitores. Além disso, o comércio de obras tornou-se uma atividade lucrativa, criando problemas de concorrência entre a indústria editorial e o comércio livreiro locais e os empresários estrangeiros, sobretudo da Alemanha, Holanda e Suíça, que vendiam em toda a Europa sem restrições.

Portanto, a imprensa, ao permitir a ampla reprodução e circulação das obras intelectuais, acarretou duas conseqüências distintas, porém relacionadas entre si: de um lado, a concorrência internacional das editoras que buscavam suprir mercados locais nascentes e, de outro, o rápido crescimento do fluxo de informações em toda a Europa, representando clara ameaça aos poderes constituídos. Em outras palavras, surgiram novos conflitos de interesses privados e públicos.

A aliança dos interesses afetados levou ao aparecimento de um sistema de “privilégios” concedidos pelo Estado inicialmente às editoras e aos autores, por meio do qual as obras publicadas localmente eram sujeitas a controle de impressão e circulação que atendia a tripla finalidade: (a) regular a atividade de impressão e o comércio de livros, (b) restringir a

⁸⁵ Advogado em São Paulo, especializado em propriedade intelectual, transferência de tecnologia e direito de informática e das telecomunicações. Ex-conselheiro e ex-presidente da Primeira Câmara do Conselho Nacional de Direito Autoral (1982-1985). Ex-presidente da ABDA – Associação Brasileira de Direito Autoral (2003-2008) e da ABDI – Associação Brasileira de Direito de Informática e das Telecomunicações (1986-1988). Diretor-Editor da ABPI – Associação Brasileira de Propriedade Intelectual. Autor de “O Direito de Autor na Obra Jornalística Gráfica” (SP, Revista dos Tribunais, 1981) e “A Proteção Autoral de Programas de Computador” (Rio, Lumen Juris, 2008) e de diversos artigos sobre assuntos de sua especialidade.

concorrência desleal e (c) controlar a circulação das obras mediante censura prévia. Portanto, o sistema de licenças ou “privilégios” servia tanto ao interesse dos empresários locais, que desejavam proteger seu mercado contra o concorrente estrangeiro, quanto à conveniência das diferentes autoridades, que buscavam formas de restringir a divulgação de idéias novas.



A partir do Século XVIII firma-se o conceito de “*propriedade literária*” em contraposição ao conceito de “privilégio” ou monopólio de impressão e comercialização e consolida-se o princípio de que esse direito deve ser concedido originalmente ao criador e não à editora. Durante o Século XIX proliferam diversas legislações de caráter nacional consolidando a proteção autoral e em 1886 é assinada a Convenção de Berna para dispor sobre as relações internacionais.

No regime anglo-americano de “*copyright*”, o principal fundamento da tutela legal foi econômico: a proteção serve como incentivo à criação porque o alto investimento na produção da obra poderia ser anulado pelo baixo custo da contrafação⁸⁶. O sistema de “*droit d’auteur*”, que se implantou na chamada Europa continental, partiu do conceito de que a criação é fruto da Liberdade de Expressão, enquadrando-se entre os direitos fundamentais do Homem. Mesmo assim, reconhece-se a existência de um *compromisso social*, representado pelo estabelecimento do equilíbrio entre o interesse privado pela proteção do esforço criativo realizado pelo autor e o interesse da coletividade pela difusão da cultura. Esse compromisso

⁸⁶ O *Statute of Anne*, a primeira lei de Direito de Autor, foi promulgado em 1710 como “*An Act for the Encouragement of learning*”, o que representava uma novidade à época. Conceito similar se repete na “*intellectual property clause*” da Constituição dos Estados Unidos de 1788 (Art. I, § 8, cl. 8): “*To promote the Progress of Science and Useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries*”.

reflete-se na inserção dentro das legislações europeias da cláusula de limites ou de exceções à tutela legal.

No decorrer do Século XX, o desenvolvimento tecnológico acarretou impacto direto no regime autoral. No que se refere à natureza das obras intelectuais, pelo crescimento das criações coletivas, sobretudo com a cinematografia e a radiodifusão, em contraposição à criação isolada e autônoma. A indústria fonográfica também cresceu rapidamente nesse período em torno de um novo bem cultural: o fonograma. Regras específicas para os novos tipos de produções (obras audiovisuais, fonogramas e emissões radiofônicas) foram assim instituídas visando resguardar essencialmente interesses empresariais e não necessariamente dos criadores.

No que se refere às formas de difusão da obra intelectual, o impacto da inovação tecnológica se deu pelo surgimento dos meios de comunicação de massa e de reprodução em escala (reprografia e videofonografia), que não só alargaram o âmbito de divulgação das obras, como intensificaram as modalidades de utilização ilícita. Esse último acontecimento, conhecido pela designação genérica de “pirataria”, configurou fenômeno típico do Século XX e levou os Estados desde logo a celebrarem acordos internacionais para combater sua ameaça⁸⁷.

II. O Impacto da Tecnologia da Informação no Direito Autoral

Nesse quadro de importantes modificações conjunturais, a Tecnologia da Informação representou o agravamento do risco de esvaziamento da proteção autoral que vinha sendo sentido a partir da metade desse século. O processo de reprodução da obra intelectual tornou-se extremamente fácil e eficiente, permitindo a geração de cópias equivalentes ao “original”. Além disso, a circulação das criações intelectuais passou ser feita mais rapidamente e a custo insignificante, sem limitação de fronteiras e quase sem barreiras técnicas. Por essa razão, o Século XXI se inicia ainda sob o impacto da exacerbação da ameaça que vinha sendo combatida desde meados do século anterior.

A Internet trouxe novas repercussões: a chamada *desmaterialização* da obra intelectual e a incrível capacidade de *disseminação* da informação, da cultura e da informação. A criação

⁸⁷ A Convenção de Genebra de 1972 visava proteger os produtores de fonogramas contra a reprodução não autorizada de seus fonogramas, ou seja, a chamada “pirataria do disco”, e a Convenção de Bruxelas de 1974 objetivava combater a pirataria das emissões de radiodifusão por satélite. No Século XX consolidou-se o uso do termo “pirataria” para definir as violações de Direito Autoral em grande escala. Contudo, nos Séculos XVIII e XIX o termo era empregado no regime de “copyright” como sinônimo de contrafação, mesmo que individual. Vide

intelectual, cuja utilização estava geralmente associada ao suporte material, como por exemplo o meio magnético na obra audiovisual, passou a desvincular-se do modo de fixação ou até mesmo de expressão.

É evidente que esse fato representou uma perspectiva assustadora para os autores e titulares de direitos autorais, sobretudo porque uma grande quantidade de obras passou a circular e a ser reproduzida pelos usuários na rede. Como controlar a reprodução, a circulação e a transformação de objetos digitais que contem criações intelectuais? Os titulares reagiram a essa visão sombria por intermédio da adoção de meios rigorosos de controle da utilização dos recursos de informação na rede digital e de restrição dos usos tradicionalmente lícitos.

Surgiram sistemas de proteção no ambiente digital contra o acesso, a cópia e o uso não autorizados, como o “SCMS” (“*Serial Copy Management System*”), o “*Tamper-resistant Electronic Envelope*” e o “*Content Scramble System*”⁸⁸. Essa tecnologia foi acoplada a recursos técnicos de cobrança da remuneração devida no ambiente digital, com o objetivo de controlar e medir a utilização do conteúdo e relacionar o usuário com o titular do direito. A aplicação mais conhecida é o DRM – “*Digital Rights Management Systems*”, que recentemente chegou a suportes de massa.

Uma solução completa, contudo, exigia a implementação de disposições legais destinadas a assegurar a integridade e a eficiência dos mecanismos tecnológicos de proteção dos titulares e de gestão dos direitos autorais. Assim, os Artigos 11 e 12 do Tratado da OMPI sobre Direito de Autor de 20 de dezembro de 1996 e os Artigos 18 e 19 do Tratado da OMPI sobre Interpretações ou Execuções e Fonogramas da mesma data, convenções conhecidas como integrantes da chamada “Agenda Digital”, introduziram normas destinadas a coibir a prática de ações neutralizadoras dessas medidas tecnológicas e a estabelecer sanções eficazes contra essas ações, de forma a reprimir o ilícito sob todas as formas.

O Legislador brasileiro de 1998 transpôs para a nova Lei Autoral normas equivalentes, dispondo no Artigo 107 que, além da perda dos equipamentos utilizados, responderá por perdas e danos quem alterar, suprimir, modificar ou inutilizar, de qualquer maneira, dispositivos técnicos introduzidos ou qualquer informação sobre a gestão de direitos, aplicando-se essas normas a quem distribuir, importar ou de outra forma colocar à disposição do público as obras dessa maneira neutralizadas.

⁸⁸ Vide análise de Gervais, Daniel J. Electronics rights management and digital identifier systems. Documento OMPI ACMC/1/1, 23.11.1998. Advisory Committee on Management of Copyright and Related Rights in Global Information Networks. Vide também Chicola, Jason e outros. Digital Rights Architecture for Intellectual Property Protection. MIT/Harvard Law School. 10 de dezembro de 1998.

A vulnerabilidade do objeto digital determinou ainda a revisão, em algumas legislações, do conceito de cópia privada⁸⁹. A norma contida no inciso II do Artigo 46 da Lei nº 9.610/98 é tão restritiva que atos normais do cotidiano das pessoas são vedados pelo ordenamento positivo. Com efeito, o usuário que reproduz uma cópia do CD legitimamente adquirido para um tocador portátil digital de seu uso pessoal está infringindo a lei.

Na verdade, os meios de proteção contra acesso, cópia e uso não autorizados podem ser tão eficientes que são capazes de impedir qualquer forma de acesso ou utilização lícita ou justificável. Portanto, o que seria uma fragilidade do sistema pode configurar uma situação de superproteção, provocando uma ruptura do equilíbrio entre o interesse privado e o interesse público.

Além da ampliação das diversas modalidades de utilização, a Tecnologia da Informação trouxe sensíveis conseqüências no que se refere ao processo de criação e à natureza das obras intelectuais, cujo alcance ainda não foi plenamente determinado. O primeiro e mais visível elemento desse processo decorre da crescente utilização de ferramentas digitais.

O emprego de sistemas de computação e de recursos lógicos suscita interessantes questionamentos, como a já antiga discussão sobre o tratamento das criações não geradas pelo Homem, ou seja, aquelas resultantes da aplicação da inteligência artificial ou de sistemas especialistas (programas-tradutor, por exemplo), e a questão dos modelos colaborativos em que a obra é aberta para a contribuição de um número indeterminado de pessoas e se desenvolve pela atuação contínua e espontânea desses colaboradores. Essa é apenas uma das conseqüências da chamada *interatividade*, principal aspecto técnico que parece caracterizar o ambiente virtual ou espaço cibernético, ou seja, a potencialidade de comunicação de todos os pontos para todos os pontos em tempo real.

O resultado desse processo é que nos deparamos agora com uma grande quantidade de obras em contínua evolução, despersonalizadas e muitas vezes de caráter essencialmente funcional e não estético. Essa realidade evoca discussões sobre a aplicação do prazo de proteção, sobre a incidência dos direitos morais, sobre a amplitude do requisito de

⁸⁹ Vide Kreile, Reinold e Becker, Jurgen. La legitimación, la práctica y el futuro de la copia privada. In: Boletín de Derecho de Autor. Abril de 2003. Item 1.1 (“*Hoy en día, empero, com el desarrollo de la tecnología de grabación moderna, el problema jurídica ya no lo plantea el uso mediante adquisición sino más bien el uso mediante la copia privada*”); Abada, Salah. Las sociedades de gestión de derechos de autor y la protección de la copia privada domiciliaria de obras intelectuales. In: Derecho de la Alta Tecnología. Año IV, N. 48, Agosto 1992. p. 2.

originalidade e sobre o próprio conceito de autoria. Enfim, a Tecnologia da Informação tem o potencial de provocar sensíveis mudanças de paradigmas.

III. A Controvérsia sobre as Criações Digitais – O caso do software

Novas modalidades de obras intelectuais surgiram em virtude da utilização de ferramentas digitais e que são por essa razão geralmente denominadas de “criações digitais”. Esta designação compreende os programas de computador, as bases de dados eletrônicas e as obras multimídia. Essas novas produções foram enquadradas dentro do âmbito do Direito de Autor, em parte pela ênfase na forma de expressão, em parte porque não se ajustam a outros segmentos da Propriedade Intelectual.

A questão que se coloca é se realmente o Direito de Autor é adequado para proteger tais criações digitais. Diversos estudiosos sustentam que o regime autoral é inapropriado e que sua aplicação constitui apenas uma alternativa conveniente. Para se avaliar essa controvérsia, tomaremos o caso do software, a primeira dessas criações a ser objeto da tutela legal pela legislação que regula os direitos autorais.

A proteção autoral de programas de computador constitui ainda hoje um tema controvertido, porque (a) a absorção de criações utilitárias implicou modificações do regime tradicional, (b) questiona-se se essas adaptações geram um direito análogo ao Direito de Autor e (c) os limites naturais do Direito de Autor tornam a proteção insuficiente. Para uma melhor compreensão desta problemática, vamos analisar o regime jurídico brasileiro.

A maioria das legislações equipara o software às demais obras intelectuais, assimilando-o às obras literárias, embora às vezes com algumas regras específicas. Contudo, a legislação brasileira estabelece um regime jurídico especial baseado no Direito de Autor, que aparentemente considera software como obra literária mas que introduz sensíveis modificações em comparação com estatuto geral desse tipo de obra.

De fato, o Art. 7º da Lei nº 9.610/98 inclui, no inciso XII, programas de computador dentro da relação de obras intelectuais protegidas, mas seu § 1º logo dispõe que “os programas de computador são objeto de legislação específica, observadas as disposições desta Lei que lhes sejam aplicáveis.” Por outro lado, o Art. 2º dessa lei especial (Lei 9.609/98) estipula que “o regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei.”

Isto significa que o Legislador mostrou-se desde logo indeciso quanto ao enquadramento do programa de computador dentro da legislação autoral: está ele assimilado às obras intelectuais segundo a Lei Básica, conforme sugere a Lei do Software, ou é ele regido basicamente por “legislação específica”, como estatui a Lei de Direitos Autorais, aplicando-se esta apenas subsidiariamente?

É inegável que estamos diante de um “direito de autor modificado”, conforme já havia definido o Conselho Nacional de Informática e Automação - CONIN em histórica decisão de 1986. Com efeito, o § 1º Art. 2º da Lei do Software logo dispõe, de maneira draconiana, que “*não se aplicam ao programa de computador as disposições relativas aos direitos morais*”, com isso contradizendo a pretendida assimilação a obras literárias, para as quais os direitos morais são elementos integrantes e indissociáveis.

Além disso, o Art. 6º, ao definir as limitações à proteção legal, introduz uma relação especial de exceções, afirmando que não constitui ofensa aos direitos do titular de programa de computador “*a ocorrência de semelhança de programa a outro, preexistente, quando se der por força das características funcionais de sua aplicação, da observância de preceitos normativos e técnicos, ou de limitação de forma alternativa para a sua expressão*”. Portanto, diversas possibilidades de semelhança na forma de expressão são desde logo admitidas em virtude do caráter utilitário dos programas de computador

Assim sendo, podem existir semelhanças lícitas decorrentes de características funcionais (a chamada “*forma meramente funcional*” ou “*doctrine of functionality*”), ou seja, dois programas que executam as mesmas funções (“programas funcionalmente equivalentes”) podem apresentar semelhanças por forças das características funcionais sem que com isso um constitua infração do outro. Há também semelhanças lícitas decorrentes da observância de normas ou exigências técnicas (a chamada “*doctrine of scènes-à-faire*”), em função do que semelhanças decorrentes do ambiente computacional ou de fatores técnicos não constituem contrafação.

Por fim, o Legislador contempla a hipótese de limitação de forma alternativa de expressão (a chamada “*forma necessária*”, conhecida como “*teoria da fusão*” ou “*merger doctrine*”), em função da qual, quando a forma de expressão coincide com o conceito subjacente (idéia), há a fusão da forma com o conteúdo e a forma, por ser necessária, não é protegida.

Em conclusão, embora a proteção autoral incida sobre a expressão e não sobre a funcionalidade, dois ou mais programas podem ser não apenas funcionalmente equivalentes, mas semelhantes entre si na forma de expressão, sem que haja violação do Direito de Autor. É

o que decidiu a 4ª Câmara de Direito Privado do T.J.S.P., na Apelação No. 404.488-4/6/São Paulo, julgada em 1.9.2006, de que foi relator o Desembargador Maia da Cunha: “*A existência de semelhanças nos programas não é, por si só, causa de ferimento a direito autoral, nos termos do art. 6o da Lei nº 9609/98.*”

A especificidade do software evocou uma questão totalmente nova dentro do Direito de Autor: a questão da engenharia reversa. Ela é importante porque serve (a) para fins de interoperabilidade, ou seja, para o desenvolvimento de interfaces lógicas destinadas a permitir a compatibilidade entre programas, (b) para fins de suporte técnico, com vistas à correção de erros, desenvolvimento de adaptações e introdução de modificações nos programas por parte do usuário e (c) para o desenvolvimento de programas funcionalmente equivalentes e similares, a chamada “*clonagem*”.

A necessidade da engenharia reversa decorre do fato de que os programas de computador, ao contrário das obras tradicionais, são comercializados em regime de sigilo. Isso porque o código fonte é tratado como segredo empresarial, somente sendo disponibilizada a versão executável. Além disso, as licenças de software contêm restrições à divulgação das informações confidenciais relativas ao código objeto e até mesmo o registro de programas resguarda o sigilo do código fonte.

A possibilidade de o usuário examinar e dissecar uma obra intelectual, para descobrir seu processo criativo, nunca suscitou maior questionamento. Mas essa circunstância se revelou absolutamente preocupante para este tipo de criação digital e, por essa razão, buscou-se uma forma de proibi-la dentro da sistemática do Direito de Autor. Nos Estados Unidos, por meio da Seção 1201 do DMCA – *Digital Millenium Copyright Act* 1998, e na Europa, mediante os Arts. 5.3 e 6 da Diretiva 91/250/CEE de 1991, o legislador logrou restringir essa prática, admitindo-a apenas para situações limitadas. Até na Lei Mexicana de Direito de Autor de 26.12.1996 há norma específica: segundo o Art. 106, IV, o autor pode autorizar ou proibir a descompilação, os processos para reverter a engenharia de um programa de computação e a desassemblagem.

O resultado é a criação de um regime de confidencialidade da obra, que não parece compatível com o Direito de Autor. Como afirmou um jurista francês: “*C’est, en effet, un point remarquable que l’application du droit d’auteur au logiciel permet, pour la première fois dans l’histoire des propriétés intellectuelles, de conjurer – de cumuler – propriété et secret*”⁹⁰.

⁹⁰ Bernard Edelman, *Droit d’auteur, droits voisins: droit d’auteur et marché*, Paris, Dalloz, 1993, p. 290.

Essas contradições e conflitos do sistema protetivo decorrem, em última análise, da natureza dualista ou híbrida do software, que apresenta um aspecto predominantemente funcional e um aspecto simbólico ou textual. O programa de computador é, na verdade, um criação técnica que visa a solução de problemas específicos, daí seu caráter essencialmente utilitário (transmitir instruções ao hardware para execução de funções específicas), mas que também apresenta, de modo subsidiário, um elemento expressivo (comunicar uma informação ao usuário).

A tutela legal se baseia no aspecto textual ou simbólico, que é o verdadeiro objeto do Direito de Autor, mas é o elemento funcional ou utilitário que realmente justifica a proteção do programa de computador, e essa dimensão escapa ao âmbito do instituto. Existe, dessa forma, uma contínua tensão entre interesses não adequadamente equacionados devido às dificuldades inerentes à proteção autoral.

Em conclusão, temos uma situação caracterizada por paradoxos. Por um lado, a proteção pode ser excessiva, na medida em que o acesso à tecnologia é impedido pela proibição da engenharia reversa, objetivo alheio à função do Direito de Autor. Por outro lado, a proteção pode ser insuficiente, o que ocorre quando a forma está intrinsecamente vinculada à funcionalidade, caso em que a tutela legal é perdida. Além disso, o regime autoral pode ser inadequado, na medida em que os direitos morais de autor são considerados inaplicáveis. Na verdade, o que se constata é que a proteção autoral somente é eficaz contra a cópia servil, ou seja, a reprodução literal da forma de expressão (a chamada “pirataria”).

Essa circunstância tem determinado a necessidade de dupla proteção, ou seja, a cumulação de regimes protetivos. Como a tutela autoral é insuficiente contra a apropriação de elementos funcionais ou técnicos, advoga-se a aplicação da proteção patentária. Por outro lado, a tendência à padronização com a cultura do Windows e a diversidade de programas funcionalmente equivalentes apontam para a redução da importância da forma de expressão. Há, por essa razão, a coexistência do regime do Direito de Autor com o da proteção por patentes.

IV. Conclusões

O fato é que a revolução ocasionada pela Tecnologia da Informação, especialmente com a Internet, na forma como as criações intelectuais e demais conteúdos protegidos são gerados, veiculados e utilizados tem determinado o aparecimento de diversas questões que

ainda precisam ser melhor equacionadas porque não foram adequadamente enfrentadas até o momento.

Assim sendo, entendemos que as obras clássicas deveriam ter um tratamento distinto das obras digitais. É inegável que o sistema tradicional não é adequado para bases de dados, software e agora websites, havendo necessidade de uma adaptação muito grande do regime de Direito Autoral. Contudo, para as criações clássicas o sistema tradicional ainda é bastante adequado.

A elaboração de um regime especial para as criações digitais, com adaptação das regras gerais de Direito Autoral, configura uma solução mais adequada porque permitira que essas criações pudessem usufruir de uma disciplina diferenciada. Além disso, deve-se considerar a necessidade de estabelecer novas regras para as diversas modalidades de utilização de obras intelectuais mediante o emprego das ferramentas digitais.

TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E DIREITO AUTORAL

Marcos Wachowicz⁹¹

SUMÁRIO: 1. A complexidade do uso da informação na Sociedade Contemporânea. 2. Os paradigmas da Revolução da Tecnologia da Informação. 3. A Sociedade Informacional. 4. O desafio: novo equilíbrio de interesses públicos e privados.

RESUMO: Na busca de apresentar novas reflexões sobre a problemática da tecnologia da informação e direito autoral, o presente ensaio pautou-se em uma abordagem interdisciplinar, enfocando os aspectos jurídicos, sociológicos, econômicos e tecnológicos deste fenômeno. A hipótese central da tese refere-se à tutela do Direito Autoral, que deve estimular a difusão da Tecnologia da Informação e propiciar o surgimento de inovações tecnológicas inerentes à Sociedade Informacional. Há vários séculos, desde a Revolução Francesa, vincula-se a idéia de informação com a liberdade de expressão, como expressão de direitos humanos. De tal forma é que, desde então, o conflito envolvido na informação se consubstancia na possibilidade de o ser humano ter seu conhecimento, sua crença, de sua opinião ser transmitida aos demais. Os estudos referentes à informação destacam inúmeras definições apresentadas por distintas áreas do conhecimento e distintas culturas. A informação ainda não é um conceito singular. De todo modo, observa-se que, do senso comum ao uso científico, o conceito de informação exprime com freqüência uma concepção antropomórfica do vocábulo. É fato que, historicamente, grande parte das pessoas teve acesso e uso limitados da informação, como também o é que a comunicação da informação sempre sofreu algum grau de influência do conhecimento tecnológico da sociedade. Assim é desde a invenção dos tipos móveis por Gutemberg. A cada avanço tecnológico, novas interferências são perceptíveis com a finalidade de orientar o comportamento dos usuários da informação, de acordo com interesses de uma classe dominante, seja ela qual for.

⁹¹ Professor na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor Permanente no Curso de Pós-graduação Mestrado/Doutorado em Direito da UFSC. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela Universidade Clássica de Lisboa - Portugal. Especialista em Direito da Propriedade Intelectual e Direito e Tecnologia da Informação. Autor das obras: Direito Internacional Privado. Negócios Internacionais. Tecnologia; Propriedade Intelectual e Internet. E-mail: marcosw@ccj.ufsc.br.

PALAVRAS CHAVES: TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO – DIREITO AUTORAL – SOCIEDADE INFORMACIONAL

1. A complexidade do uso da informação na Sociedade Contemporânea

A cada avanço tecnológico, novas interferências são perceptíveis com a finalidade de orientar o comportamento dos usuários da informação, de acordo com interesses de uma classe dominante, seja ela qual for.

A informação ganha no século XX já não mais o mero acesso às obras raras escritas, mas também o que contém o germe da nova invenção, da descoberta, que cria ou possibilita a criação do novo, que transforma, circula e permeia todos os universos humanos, desde a esfera econômica, social e política, até os planos éticos, culturais e ambientais.

Este novo conceito de informação gerador de conhecimento não surgiu por acaso.

É fruto de uma nova sociedade, tecnologicamente complexa e cuja velocidade no trânsito de dados e, por conseguinte, a necessidade urgente do novo superam a cada minuto décadas inteiras outrora experienciadas pela humanidade.

Esta nova sociedade que conduziu a um novo conceito de informação também fez surgir novas formas de controle, armazenamento e distribuição desta informação.

A informação é uma palavra que enseja uma complexidade que a torna de difícil definição no contexto da Revolução da Tecnologia da Informação.

Isto porque, para fazer uso da informação, faz-se necessário que ela exista, que seja conhecida e que se encontre disponível.

A informação ganhou contornos diferentes na sociedade contemporânea.

2. Os paradigmas da Revolução da Tecnologia da Informação.

A informação tem um custo, não é suficiente determinar o valor de seu conteúdo, devem ser calculadas todas as etapas posteriores à sua criação, edição, distribuição, recuperação da informação, todos os processos pelos quais a informação será transmitida pelas redes de telecomunicações.

Atualmente, com o advento da internet, a informação adquiriu uma noção ainda mais dinâmica integrada ao processo informativo, no qual uma multiplicidade de pessoas

pode, ao mesmo tempo, compartilhar uma reciprocidade de posições, ora como emissores ou receptores, ora como produtores ou usuários da informação.

O século XXI traz um novo paradigma tecnológico organizado a partir da informação, que gerada no meio tecnológico digital é suscetível de acesso.

As funções reservadas ao *software* no ambiente da Tecnologia da Informação vão, além de digitalizar, armazenar, interligar computadores em todo o planeta, tornar acessível o conhecimento humano na medida em que disponibilizam uma base de informação que se amplia.

Assim, as informações armazenadas em bases de dados, arquivos ou museus possuem a capacidade potencial de produzir conhecimento, o que se efetiva a partir de uma ação de comunicação mutuamente consentida entre a fonte e o receptor.

Focalizada desse modo, não é possível prever se a informação-potencial vai gerar ou não informação no indivíduo receptor.

As relações de equivalência física entre informação e documento se desvinculam quando se estabelece uma nova identidade da informação com o domínio do quantitativo e da probabilidade, quando se desvincula a informação de seu suporte físico obrigatório, transportando-a por um via digital.

Todas as inovações tecnológicas no tratamento, reprodução e transmissão da informação fizeram com que o programa de computador, inicialmente considerado um simples acessório do equipamento eletrônico, obtivesse visibilidade e relevância internacional.

As inúmeras tentativas de regulamentação do *software*, como bem intelectual distinto do meio físico *hardware*, se encontram ligadas às Convenções de Berna e de Paris como ápice normativo.

Contudo, em face do alcance que a rede mundial de computadores – internet – atingiu nas últimas décadas, já não se pode mais pensar a tutela jurídica do programa de computador como antes.

3. A Sociedade Informacional

A sociedade tornou-se complexa, sistêmica, informacional.

Os mecanismos de controle, distribuição e reprodução de informação, contida em castas desde a Idade Média, evoluíram para alcançar uma rede internacional.

Cada indivíduo, em qualquer lugar do planeta, pode estar simultaneamente acessando a mesma informação, que, por sua vez, pode estar sendo produzida naquele instante.

A emancipação humana e a liberdade de acesso à informação que a humanidade conquistou nos últimas décadas, por meio da internet, não pode ser restringida ou suprimida em prol dos interesses econômicos de uns poucos.

Falar em exclusão social, em especial no tocante à informação, num mundo em que parte significativa da população é analfabeta, subnutrida e vive abaixo da linha da pobreza pode soar demagógico e utópico.

Contudo, a exclusão social, com a tutela jurídica desacertada ou inadequada para os bens intelectuais surgidos com a Revolução da Tecnologia da Informação, nomeadamente com o *software*, vai além, já que atinge também os intelectuais, os acadêmicos e as classes pensantes em todo o mundo.

Assim, pensar uma nova proteção jurídica para o programa de computador implica, necessariamente, repensar elementos como:

- I. o direito à informação e a importância da proteção aos direitos fundamentais;
- II. os valores éticos intrínsecos a esta nova sociedade cibernética;
- III. a tutela jurídica tradicional aplicada pelo Direito internacional; a tutela jurídica dada pelo direito Brasileiro;
- IV. os paradigmas emergentes e os paradoxos desta nova Sociedade Informacional.

4. O desafio: novo equilíbrio de interesses públicos e privados

O direito autoral foi concebido para proteção das criações artísticas possibilitando aos seus titulares a faculdade de autorizar a reprodução, a distribuição e a comunicação ao público.

Em que pese o direito autoral ser originariamente concebido para proteção da pessoa física do autor, este necessitou de intermediários que investiram na difusão de suas músicas, pinturas e livros em larga escala.

Os intermediários entre o criador e o grande público atualmente são as gravadoras, tevês e rádios que possuem os direitos conexos do organismo de radiodifusão sobre seu programa e do produtor de fonogramas sobre a sua produção sonora.

Os avanços tecnológicos viabilizaram uma ampla difusão e uso de obras protegidas pelo direito de autor jamais vista, a tal ponto de os tradicionais modelos de negócios estarem

sendo superados pelas novas tecnologias da informação.

O mundo digital está sendo palco de uma verdadeira guerra virtual, em que os intermediários que são os donos do conteúdo digital das obras avançam com uma política maximalista de proteção do direito autoral para manter o modelo de negócio que possuíam antes da internet.

Para tanto, lançam uma visão minimalista do acesso à informação, à educação, à cultura e ao conhecimento.

A atual legislação autoral brasileira está diante de um impasse para atender os interesses e anseios da sociedade por um justo acesso ao conhecimento.

Verifica-se um desequilíbrio de interesses entre verdadeiros autores e os titulares destes direitos que comercializam as obras.

É o caso do surgimento da internet, das redes de usuários de compartilhamento ou peer-to-peer (P2P) e do Youtube, que possibilitou a distribuição via software de todo um conteúdo, com alta qualidade de maneira simples e eficiente (novos modelos de negócios).

Ocorre que no Brasil, se uma pessoa quiser baixar uma música legalmente, deverá obrigatoriamente usar o sistema operacional proprietário da Microsoft.

Isso porque todos os quatro sites de lojas virtuais de música utilizam a tecnologia DRM da Microsoft, tecnologia que não é interoperável com os iPod da Apple, ou com o sistema X da Apple, ou ainda com qualquer distribuição GNU/Linux de software livre.

Assim, todos os usuários de GNU/Linux ou proprietários de iPod estão obrigados a aguardar pacientemente pelo surgimento de uma empresa que eventualmente desenvolva um sistema compatível, ou todos deverão migrar para o software proprietário Windows.

Com efeito, cada vez mais está sendo restringido o direito de acesso à informação, à cultura e à educação com medidas tecnológicas de proteção (Technological Protection Measures-TPM) utilizadas para coibir cópias digitais ou ainda para limitar quantas vezes e em quais equipamentos digitais uma música ou filme pode ser assistido.

A Lei de Direito Autoral brasileira é de 1998 e, portanto, anterior ao surgimento e massificação da internet. As limitações previstas em lei estão em desacordo com a realidade socioeconômica do país, bem como não possibilitam a utilização do ambiente democrático da internet seja aproveitado em nosso país.

Por exemplo, para garantir uma cópia de um CD legalmente adquirido por um cidadão brasileiro para um iPod ou um MP3 ou MP4, também legalmente comprados.

É o momento de a sociedade brasileira fazer uma proposta para um sistema mais equilibrado, na direção de um uso justo que possibilite de forma ampla o acesso à informação,

à cultura e ao conhecimento, valorizando-se verdadeiramente os autores e os criadores intelectuais.

Existe um grande desafio ao direito de autor no Brasil, que consiste em alcançar um novo equilíbrio entre os interesses públicos e privados para atender os anseios da sociedade.

PARTE III

A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO DE AUTOR



ASPECTOS GERAIS DA TEORIA DA FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO DE AUTOR

Guilherme C. Carboni⁹²

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Subjetividade, Autoria e Direitos Morais de Autor. 3. Conceito de Função Social do Direito de Autor. 4. Regulamentação da Função Social do Direito de Autor nas Declarações e Tratados Internacionais e na Legislação Estrangeira. 5. Proteção do Direito de Autor na Constituição Federal Brasileira. 6. Restrições Intrínsecas ao Direito de Autor: Objeto, Duração e Limitações estabelecidas em Lei. 7. Restrições Extrínsecas ao Direito de Autor: Aplicação da Função Social da Propriedade e dos Contratos e da Teoria do Abuso de Direito. 8. Conflitos entre Direito de Autor e Liberdade de Expressão, Direito de Acesso à Informação e à Cultura e Direito ao Desenvolvimento Tecnológico: Função Social do Direito de Autor e Defesa dos Interesses Difusos. 9. Reflexões Conclusivas. 10. Referências bibliográficas

1. Introdução

Neste artigo, pretendemos tecer algumas considerações acerca das funções que, do ponto de vista do interesse público, justificam a existência do direito de autor e como a sua função social encontra-se regulamentada nos principais tratados internacionais e na legislação brasileira sobre a matéria.

As transformações sociais advindas das novas tecnologias levaram a uma mudança de função do direito de autor: de mecanismo de estímulo à produção intelectual, ele passou a representar uma poderosa ferramenta da indústria dos bens intelectuais para a apropriação da informação enquanto mercadoria, ocasionando uma redução da esfera da

⁹² Mestre e Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP. Pós-Graduado em Sociologia do Direito pela Universidade Estatal de Milão, Itália. Coordenador da área de Direitos Autorais do Instituto de Direito do Comércio Internacional e Desenvolvimento (IDCID), da Comissão de Direitos Autorais da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI), do Grupo de Propriedade Intelectual da Escola de Comunicações e Artes da USP (ECA-USP) e do Curso de Pós-Graduação em Direito Internacional da Propriedade Intelectual da Fundação Armando Álvares Penteado (FAAP). Advogado em São Paulo.

liberdade de expressão e se transformando em um obstáculo a formas mais dinâmicas de criação e circulação de obras intelectuais.

A teoria da função social do direito de autor busca um melhor equilíbrio entre a proteção autoral e a possibilidade de redução de obstáculos às novas formas de criação e circulação de bens intelectuais, visando a manifestações sociais mais abertas à criatividade e, conseqüentemente, com maior amplitude democrática, além da garantia de livre acesso às obras protegidas em determinadas circunstâncias.

2. Subjetividade, Autoria e Direitos Morais de Autor

Para tratar da função social do direito de autor, há que se repensar a sua concepção exageradamente subjetiva, o que pressupõe uma crítica ao conceito de subjetividade formulado pelo Iluminismo, de forma a levar a reflexão filosófica para o campo da ação e da práxis. Isso porque, uma das marcas da chamada pós-modernidade é justamente o distanciamento de essencialidades e entidades estáveis, caracterizando o homem de acordo com o seu “modo de existir” ou “modo de estar”, sem qualquer vínculo transcendental, o que supõe uma subordinação da sua existência exclusivamente às coordenadas de tempo e espaço de seu contexto existencial.

Essa crítica ao conceito de subjetividade também diz respeito à autoria, o que já foi alvo de reflexão por parte de pensadores como Foucault, que despersonalizou a figura do autor no que ele chamou de “função-autor”, entendida como a característica do modo de existência, de circulação e de funcionamento de alguns discursos no interior de uma sociedade⁹³.

Podemos dizer que, na sociedade da informação, a cultura digital propiciada pela Internet guarda certa afinidade com a cultura oral primária (que é aquela anterior ao aparecimento da escrita)⁹⁴, principalmente, no que diz respeito à coletivização do saber. Porém, enquanto na cultura oral primária prezava-se a manutenção do saber para que ele pudesse ser difundido às outras pessoas da tribo, a cultura digital tem como base a transformação do saber em novos conhecimentos e obras do espírito, impulsionada pela

⁹³ FOUCAULT, Michel. *O que é um autor?*, p. 46.

⁹⁴ Sobre as características da cultura oral, ver ONG, Walter. *Oralidade e cultura escrita: a tecnologização da palavra*. Tradução de Enid Abreu Dobránszky. Campinas: Papyrus, 1998, p. 41-91.

tecnologia digital, que confere maior liberdade à criatividade humana e maior originalidade ao processo de criação intelectual⁹⁵.

As novas tecnologias possibilitaram o aparecimento de um novo tipo de proposta estética, calcada na interatividade, na recombinação e na criação como ato coletivo. Entretanto, o direito de autor não foi concebido para entender essa re-contextualização das obras intelectuais. Para o direito de autor, um texto ou uma imagem utilizada em um outro contexto seria o mesmo texto ou a mesma imagem. O próprio conceito de obra adaptada reflete esse raciocínio: para que se adapte um livro para o cinema, é necessária a autorização do autor, mas, evidentemente, a obra audiovisual jamais será o livro. Na verdade, ao estabelecer a possibilidade de o autor do livro não autorizar a elaboração de um filme com base no seu livro, o direito de autor proíbe novas leituras ou interpretações dessa sua obra.

Predomina na doutrina o entendimento de que o direito de autor é um direito *sui generis*, uma vez que a sua natureza jurídica tem como base dois direitos distintos: os direitos morais e os direitos patrimoniais. Os direitos morais de autor são classificados como direitos da personalidade, pois a obra intelectual seria um prolongamento da própria pessoa do autor. Por essa razão, teriam como fundamento o direito natural.

Entretanto, defendemos que os direitos da personalidade deveriam ser circunscritos àqueles estabelecidos em lei, ainda que na forma de princípios gerais, pois, a nosso ver, é na esfera política que são reconhecidos os valores comuns e estabelecidos os princípios fundamentais⁹⁶. Dessa forma, a garantia dos direitos da personalidade estaria na cláusula geral da tutela da dignidade da pessoa humana da Constituição Federal brasileira, que se encontra no ápice do ordenamento, funcionando como o valor re-unificador da personalidade a ser tutelada, além de informar todas as relações jurídicas, bem como a legislação infraconstitucional⁹⁷.

Porém, a proteção da dignidade da pessoa humana não pode resultar num individualismo exacerbado, uma vez que ela difere diametralmente da concepção jurídica de indivíduo, pois tem de ser apreciada a partir da sua inserção no meio social e nunca como uma célula autônoma⁹⁸.

Daí, a abertura de um importante campo para a aplicação de limitações ao exercício dos direitos morais de autor, nas situações em que o interesse social deva

⁹⁵ Cf. BRENT, Doug. *Speculazioni sulla storia della proprietà*. In: No Copyright (org. por Raf Valvola Scelsi), p. 76.

⁹⁶ Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Direito civil e constituição: tendências*. In: Direito, Estado e Sociedade, nº 15, 1999, p. 105 e 106.

⁹⁷ Cf. LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho*, p. 77.

⁹⁸ MORAES, M. C. B. de. *O princípio da solidariedade*. In: Os Princípios da Constituição de 1988, p. 177.

prevalecer. Se examinarmos o teor do artigo 24 da Lei de Direitos Autorais brasileira (Lei 9.610/98), veremos que os direitos morais de autor ali apontados podem ser resumidos da seguinte forma: (a) direito de paternidade⁹⁹; (b) direito à integridade e à não modificação da obra¹⁰⁰; (c) direito de não publicação e de retirada da obra de circulação¹⁰¹; e (d) direito a exemplar único e raro da obra¹⁰².

A atribuição da paternidade da obra é o núcleo essencial do direito moral de autor e, portanto, não pode sofrer limitações, exceto quanto ao seu exercício, como por exemplo, a não necessidade de indicação do nome do autor da obra em determinadas circunstâncias. Isso porque a atribuição da paternidade da obra a uma outra pessoa que não o próprio autor seria um desvirtuamento da própria realidade, o qual, evidentemente, não poderia ser amparado pelo Direito¹⁰³.

Quanto ao direito à integridade e à não modificação da obra, a sua relevância não está apenas no aspecto moral para o autor, mas, também, na proteção do patrimônio artístico e cultural. No nosso sistema de proteção autoral, é somente o autor que pode realizar

⁹⁹ De acordo com o artigo 24 da Lei 9.610/98, o direito de paternidade encontra-se previsto nos incisos I e II, a saber:

“Art. 24. São direitos morais do autor:

I. o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

II. o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra; (...).”

¹⁰⁰ Previsto nos incisos IV e V do artigo 24 da Lei 9.610/98:

“IV. o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;

V. o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada”.

¹⁰¹ Previsto nos incisos III e VI do artigo 24 da Lei 9.610/98:

“III. o de conservar a obra inédita;

VI. o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem”.

¹⁰² Previsto no inciso VII do artigo 24 da Lei 9.610/98:

“VII. O de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado”.

¹⁰³ Tullio Ascarelli diz que o direito moral de paternidade refere-se a quaisquer atos de criação, até mesmo àqueles relativos a criações não tuteladas como bens imateriais, citando, como exemplo, que Newton e Leibniz disputaram a prioridade na paternidade da descoberta do cálculo infinitesimal, mas um sistema de cálculo não é uma criação intelectual protegida por um direito absoluto de utilização. Segundo Ascarelli, para entender como a criação intelectual pode ser objeto de um direito absoluto, há que se fazer uma distinção entre “ato de criação” e “criação intelectual”. Para ele, o “ato de criação” é um ato material que não precisa ter sido necessariamente desejado, ou mesmo, algo consciente. Ao “ato de criação”, contrapõe-se a “criação intelectual” objetivamente identificável. Para entender a distinção entre ambos, diz Ascarelli, basta recordar como uma criação objetivamente considerada pode ser independente e autonomamente obtida e usufruída por sujeitos distintos. Por essa razão, Ascarelli argumenta que o âmbito da disciplina da “criação intelectual”, objetivamente considerada, é menor do que o do “ato de criação” (tutela da paternidade), pois este diz respeito a todas as ações e a todos os atos de criação intelectual, ao passo que a primeira refere-se apenas às criações que apresentam determinados requisitos. Portanto, a disciplina jurídica da “criação intelectual”, para Ascarelli, pode ser independente da disciplina jurídica do “ato de criação”. (ASCARELLI, Tullio. *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Lezioni di diritto industriale*, p. 235, 238, 266 e 268).

as modificações no original da obra, pois esta implica a sua substituição por uma outra. Entretanto, algumas exceções devem ser consideradas, como por exemplo, o “software livre”¹⁰⁴ e outras “obras livres” (como aquelas divulgadas com base na licença “creative commons”¹⁰⁵), que podem ser modificadas por qualquer pessoa, não apenas nas suas respectivas esferas privadas, mas também para posterior divulgação.

No que diz respeito ao direito de não publicação e de retirada da obra de circulação, poderia haver, em alguns casos, uma forte justificativa social para a publicação de uma obra que o autor optou por manter inédita (educação, por exemplo), justificando, assim, uma limitação a esse direito moral de autor.

Quanto ao direito de acesso a exemplar único e raro da obra, não haveria por que negá-lo aos sucessores do autor ou, até mesmo, ao Estado, já que o próprio inciso VII, artigo 24, da Lei 9.610/98, dispõe que o seu detentor será indenizado por qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado em decorrência desse acesso.

3. Conceito de Função Social do Direito de Autor

Do ponto de vista do interesse público, existem diversas funções do direito de autor que justificam a sua existência. Ressaltamos as seguintes: (a) função de identificação do autor, entendida como o interesse da sociedade em saber o verdadeiro autor de uma obra intelectual, com fundamento no princípio da transparência e da veracidade das informações como norteadores de um espaço público democrático¹⁰⁶; (b) função de estímulo à criação

¹⁰⁴ Por “software livre”, entende-se a liberdade de os usuários executarem, copiarem, distribuírem, estudarem, modificarem e aperfeiçoarem um determinado programa de computador. O software livre tem como base quatro tipos de liberdade para os usuários do software: (a) a liberdade de executar o programa, para qualquer propósito; (b) a liberdade de estudar como o programa funciona e adaptá-lo para as necessidades do usuário, sendo que o acesso ao código-fonte é um pré-requisito para essa liberdade; (c) a liberdade de redistribuir cópias de modo que o usuário possa ajudar a um terceiro; (d) a liberdade de aperfeiçoar o programa e liberar os seus aperfeiçoamentos, de modo que toda a comunidade se beneficie. Um programa de computador é considerado “software livre” se os usuários tiverem todas essas liberdades. A mera abertura do código-fonte, sem a concessão dessas quatro liberdades, caracteriza um programa de código-fonte aberto (*open source*) e não um “software livre”.

¹⁰⁵ A licença “creative commons” permite ao autor dispor da sua obra como bem entender, inclusive, abrindo mão de alguns de seus direitos autorais sobre a mesma. Ao conceder a licença “creative commons”, o autor deverá optar positiva ou negativamente com relação aos quatro seguintes tópicos: (a) se haverá ou não obrigatoriedade de o usuário sempre ter de atribuir a autoria; (b) se haverá ou não permissão para uso comercial; (c) se haverá ou não permissão para a realização de obra derivada; e (d) se a obra será ou não jogada em domínio público. Para todas essas hipóteses, a concessão da licença “creative commons” pressupõe o chamado “share alike”, que é a obrigatoriedade de o usuário somente poder disponibilizar a obra criada pelo autor com base na licença “creative commons” e sempre sob a mesma forma (com relação aos quatro tópicos supramencionados) em que recebeu a licença do autor primígeno. O *website* do projeto “creative commons” é <www.creativecommons.org>.

¹⁰⁶ De acordo com Celso Lafer, as liberdades de expressão e de opinião, “enquanto expressões do *sapere aude* kantiano, pressupõem uma informação exata e honesta como condição para o uso público da própria razão, que

intelectual, através da concessão de um direito exclusivo ao autor; (c) função econômica, em se tratando da apropriação da informação e da obra intelectual enquanto mercadoria; e (d) função política, que diz respeito ao direito de autor enquanto instrumento de política cultural (pois, ao versar sobre a criação e a utilização econômica das obras intelectuais, o direito de autor não deixa de ser um instrumento que visa promover a produção, a distribuição e o uso da cultura) e, também, à questão da exclusão digital, que vai além da privação de computador, de linha telefônica, de provedor de acesso e mesmo de conhecimento para utilizar esses equipamentos e “navegar” na Internet. Por exclusão digital também se deve entender a necessidade de maior liberdade de criação¹⁰⁷ e fruição de bens intelectuais, o que remete à verificação da estrutura do sistema de proteção autoral e à discussão de sua função social.

O direito de autor tem como função social a promoção do desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico, mediante a concessão de um direito exclusivo para a utilização e exploração de determinadas obras intelectuais por um certo prazo, findo o qual, a obra cai em domínio público e pode ser utilizada livremente por qualquer pessoa.

A regulamentação da função social do direito de autor não se exaure com a imposição de limitações legais ao seu exercício. Defendemos uma regulamentação mais abrangente da função social do direito de autor, de forma a abarcar não apenas as limitações previstas em lei, mas também outras limitações relativas à estrutura do direito de autor, bem como as que dizem respeito ao seu exercício.

Portanto, a regulamentação da função social do direito de autor tem como base uma forma de interpretação, que permite aplicar a ele restrições relativas à extensão da proteção autoral (“restrições intrínsecas”) – notadamente no que diz respeito ao objeto e à duração da proteção autoral, bem como às limitações estabelecidas em lei –, além de restrições quanto ao seu exercício (“restrições extrínsecas”) – como a função social da propriedade e dos contratos, a teoria do abuso de direito e as regras sobre desapropriação para divulgação ou reedição de obras intelectuais protegidas –, visando a correção de distorções, excessos e abusos praticados por particulares no gozo desse direito, para que o mesmo possa cumprir a sua função de promover o desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico.

enseja a ilustração e a maioria dos homens”. É por essa razão, diz ele, que a democracia, “por obra do legado kantiano, tem como uma de suas notas constitutivas o princípio da publicidade e o da transparência na esfera do público”. (LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, p. 242).

¹⁰⁷ A esse respeito, Lawrence Lessig diz o seguinte: “digital technology could enable an extraordinary range of ordinary people to become part of a creative process. To move from the life of a ‘consumer’ (just think about what that word means – passive, couch potato, fed) of music – and not just music, but film, and art, and commerce – to a life where one can individually and collectively participate in making something new”. (LESSIG, Lawrence. *The future of ideas: the fate of commons in a connected world*, p. 9).

4. Regulamentação da Função Social do Direito de Autor nas Declarações e Tratados Internacionais e na Legislação Estrangeira

O artigo XXVII da Declaração Universal dos Direitos do Homem estabelece que “todo homem tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios”. O item 2 desse mesmo artigo dispõe que “todo homem tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor”. Dessa forma, verifica-se que a Declaração Universal dos Direitos do Homem consagrou como direitos humanos tanto o direito à cultura como o direito de autor, o que significa que deve haver um equilíbrio entre eles.

A Declaração de Princípios da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação, de dezembro de 2003, demonstra como os direitos de propriedade intelectual vêm sendo entendidos em face da bandeira da inclusão digital, ressaltando a importância do direito de autor, mas asseverando que o acesso ao conteúdo também deve ser garantido¹⁰⁸.

Desde o início da internacionalização do direito de autor e na própria realização da Convenção de Berna, de 1886, já se reclamavam limites à proteção absoluta do autor, justificados pelo interesse público.

Apesar de a Convenção de Berna não tratar especificamente da função social do direito de autor, ela permite aos países signatários estabelecerem limitações em suas legislações internas com base na chamada “regra dos três passos”, ou seja, (a) que se trate de casos especiais, (b) expressamente tipificados e de interpretação restrita, e (c) que não atentem contra a exploração normal da obra nem cause prejuízo injustificado ao autor¹⁰⁹.

Vejamos como a “regra dos três passos” deve ser interpretada: (a) certos casos especiais: a exceção deve ser especial no sentido de ter um propósito que seja justificável em

¹⁰⁸ O artigo 53 dispõe o seguinte: “a criação, a difusão e a preservação de conteúdo em vários idiomas e formatos devem ser consideradas altamente prioritárias na construção de uma sociedade da informação integradora, prestando-se particular atenção à diversidade do suprimento de obras criativas e ao devido reconhecimento dos direitos dos autores e artistas. É essencial promover a produção de conteúdos e a acessibilidade aos mesmos, seja com propósitos educativos, científicos ou com fins recreativos, em diferentes idiomas e formatos. A criação de conteúdo nacional que se ajuste às necessidades nacionais ou regionais fomentará o desenvolvimento socioeconômico e estimulará a participação de todas as partes interessadas, incluindo os habitantes de zonas rurais, distantes e marginais”.

¹⁰⁹ O artigo 9, item 2, da Convenção de Berna, estabelece o seguinte: “2) Fica reservada às legislações dos países da União a faculdade de permitir a reprodução das referidas obras, em certos casos especiais, desde que tal reprodução não prejudique a exploração normal da obra nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor (...)”.

termos de políticas públicas; (b) interferência na exploração normal da obra: por “exploração”, deve ser entendido qualquer uso do trabalho pelo qual o titular do direito de autor possa otimizar o valor de seu direito. O conceito de “normal” refere-se às formas de exploração de um trabalho que tenham ou possam vir a ter considerável importância econômica ou prática. A exceção não será permitida se cobrir qualquer forma de exploração que tenha ou possa vir a ter importância considerável. Não se poderia, pois, estabelecer uma exceção que limite, injustificadamente, um mercado comercialmente relevante já existente ou que plausivelmente surgirá. Mas, desde que haja um fim público e tal interferência seja por este fim maior justificado, a interferência será lícita¹¹⁰; e (c) que não atentem contra a exploração normal da obra nem causem prejuízo injustificado ao autor: este “terceiro passo” reflete a necessidade de se estabelecer um equilíbrio entre a proteção dos direitos morais e patrimoniais do autor e o interesse do público e de outros autores de terem acesso às obras protegidas, tanto para delas fruírem, como para poderem criar a partir de obras já existentes. O prejuízo deverá ser razoável (pois ele sempre existirá), devendo a limitação ao direito de autor apresentar uma justificativa sob a ótica do interesse público.

É importante frisar que a Convenção de Berna permite aos Estados adotarem limitações que possam ter impacto negativo nos direitos dos autores, desde que tais limitações sejam socialmente justificáveis e não tenham escopo de lucro.

O Guia interpretativo da Convenção de Berna – editado pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), organização intergovernamental, da qual o Brasil é parte, e que é responsável pela administração da Convenção de Berna em âmbito mundial – ao avaliar a interpretação que deve ser dada à “regra dos três passos prevista na Convenção de Berna”, considera que as exceções aos direitos autorais, de uma forma ou de outra, sempre terão algum impacto no mercado que é reservado aos titulares de direitos autorais. Entretanto, esclarece que, para se avaliar se determinada exceção é ou não válida no âmbito da Convenção de Berna, não se deve simplesmente levar em consideração se o autor sofre ou não um prejuízo qualquer, mas se o prejuízo é ou não injustificado¹¹¹.

A Convenção de Berna também contém um Anexo que regula a concessão de “licença compulsória” para a tradução de obras que não tenham sido traduzidas em uma língua de uso geral em um determinado país em desenvolvimento, após um período de 3 (três) anos, ou de um período mais longo determinado pela legislação do país, a contar da data da

¹¹⁰ Cf. GERVAIS, Daniel. *Towards a new core international copyright norm: the reverse three-step test*. Marquette Intellectual Property Law Review, vol. 9, p. 1, Spring 2005.

¹¹¹ *Guía del Convenio de Berna para la Protección de las obras literarias y artísticas* (Acta de Paris, 1971). Ginebra: OMPI, 1978, p. 63 e ss.

primeira publicação de uma obra, ou ainda, caso estejam esgotadas todas as edições da sua tradução.

No TRIPS (“Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relativos ao Comércio”, que é um dos anexos do “Acordo Geral de Tarifas e Comércio da Rodada do Uruguai do GATT”, atual Organização Mundial do Comércio – OMC¹¹²), a função social do direito de autor encontra-se expressa no artigo 7º, ao dispor que “a proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducentes ao bem-estar social econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações”.

Também o artigo 8º, itens 1 e 2, do TRIPS, é muito importante para a regulamentação da função social do direito de autor, na medida em que estabelece claramente que os países membros podem prever ou alterar as suas legislações de propriedade intelectual de forma a (a) privilegiar setores de importância vital para o país ou privilegiar o interesse público ao desenvolvimento sócio econômico e tecnológico; e (b) adotar medidas apropriadas para evitar o abuso dos direitos de propriedade intelectual.

Em setembro de 2002, a Organização Mundial do Comércio (OMC) concluiu um relatório, que apresenta uma série de apontamentos importantes relativos aos princípios modernos da propriedade intelectual. De acordo com o Relatório da OMC, os direitos de propriedade intelectual têm que ser considerados como um dos meios pelos quais as nações e a sociedade podem promover a concretização dos direitos humanos, econômicos e sociais, como instrumentos de política pública que conferem privilégios a indivíduos ou instituições com o propósito de tão-somente contribuir para o bem público maior.

Em 26 de agosto de 2004, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) comunicou o recebimento de uma proposta formal do Brasil e da Argentina para o estabelecimento de uma agenda sobre desenvolvimento no âmbito daquela Organização. Segundo a referida proposta, o tema do desenvolvimento é um dos maiores desafios da comunidade internacional, razão pela qual, diversos programas e acordos trouxeram esse tema para o centro das preocupações e das ações da comunidade internacional. Ainda de acordo com a proposta endereçada à OMPI, os direitos de propriedade intelectual devem ser entendidos como um instrumento de promoção da inovação tecnológica, bem como de transferência e disseminação de tecnologia, não devendo levar a altos padrões de proteção de

¹¹² O TRIPS passou a ser aplicado, no Brasil, a partir do Decreto Legislativo nº 30, de 15.12.1994 e do Decreto Federal nº 1.355, de 30.12.1994.

forma independente do nível de desenvolvimento do país considerado. Portanto, o papel da propriedade intelectual e seu impacto no desenvolvimento devem ser cuidadosamente avaliados no caso concreto, de forma a que a ação política possa assegurar que os seus custos não superem os seus benefícios.

Apesar de alguns poucos países em desenvolvimento terem adotado legislação contendo limitações mais abrangentes ao direito de autor, a maior parte desses países apenas incorporou as limitações clássicas de direito de autor, por entenderem que atenderiam melhor às suas respectivas situações uma proteção eficaz das criações intelectuais de seus nacionais. Essa foi a tônica nos países da América do Sul, que se conformaram aos princípios e às regras básicas das legislações européias, que estabelecem um maior nível de amparo aos criadores, prevalecendo, entre nós, o caráter “subjetivista” e “privatístico” do direito de autor¹¹³.

Os Estados Unidos da América são o único país que conta com uma expressa previsão da função social do direito de autor em sua Constituição Federal, ao estabelecer que os direitos de propriedade intelectual têm como função promover o progresso da ciência e das artes¹¹⁴.

Também é um dos únicos países que não regula as limitações ao direito de autor de forma taxativa, mas por meio de um princípio geral, denominado *fair use*, a ser aplicado sob determinadas circunstâncias descritas em lei, nas quais o interesse público se sobrepõe ao particular, justificando a não incidência do direito de autor. Por ser um princípio geral e não um rol fechado de situações legalmente previstas de limitação de direitos autorais, o *fair use* norte-americano permite uma maior flexibilidade do poder judiciário para fazer valer o interesse público de livre utilização de obras intelectuais sobre o interesse particular do autor pela sua proteção¹¹⁵.

¹¹³ BITTAR, Carlos Alberto. *Contornos atuais do direito de autor*, p. 143 a 145.

¹¹⁴ O artigo 1º, seção 8, da Constituição Federal dos EUA dispõe o seguinte: “*The Congress shall have Power to promote the Progress of Science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective Writings and Discoveries*”.

¹¹⁵ O parágrafo 107, do Capítulo 1, do *Copyright Act* norte-americano, regula o *fair use* da seguinte forma:

“§ 107. *Limitations on exclusive rights: Fair use.*

Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include —

(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;

(2) the nature of the copyrighted work;

(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and

(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.”

O governo dos Estados Unidos da América também pode conceder “licença compulsória”, para que os titulares de direitos autorais disponibilizem seus trabalhos a determinados usuários, normalmente a um preço fixado quando certas condições estipuladas por lei estão presentes, como a qualificação do requerente como instituição de ensino. Nesses casos, o beneficiário não precisa obter uma autorização do titular dos direitos para usar e divulgar a obra, mas apenas pagar pelo uso, o que ocorre com bastante frequência na música e com a cópia de artigos em universidades.

5. Proteção do Direito de Autor na Constituição Federal Brasileira

Não há, na Constituição Federal brasileira, qualquer menção expressa à função que o direito de autor deveria desempenhar na sociedade, tal qual ocorre na Constituição dos Estados Unidos da América.

Outro aspecto a ser considerado na proteção constitucional do direito de autor diz respeito à extensão da proteção com base na teoria das gerações (ou dimensões) dos direitos fundamentais. Resumidamente, a primeira dimensão dos direitos fundamentais seria a dos direitos civis e políticos, com fundamento no princípio da liberdade. A segunda seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, com base no princípio da igualdade, e a terceira, por sua vez, seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à

Ainda sobre o *fair use*, o artigo 189 do *Copyright Act* norte-americano dispõe o seguinte:

“Unrestricted use

Article 189.

(1) Protection granted under this Title shall not include:

(a) Private use;

(b) Excerpts from a performance, a phonogram, a videogram, or a broadcast program, provided that the use of such excerpts is justified for reasons of information or criticism, or other reasons authorized for quotations or summaries referred to in subparagraph (f) of Article 75;

(c) Use for exclusively scientific or educational purposes;

(d) Ephemeral fixing by the broadcasting organization;

(e) Fixing or reproduction by public bodies or agents of public services for reasons of exceptional documentary interest or for archives;

(f) Other cases in which use of the work without the author’s consent is lawful.

(2) The protection granted to the performer in this chapter shall not include performances arising from official functions or under employment contracts”.

paz e ao meio ambiente, em consonância com o princípio da fraternidade¹¹⁶. Há quem defenda também a existência de direitos fundamentais de quarta e, até mesmo, quinta dimensão.

No Brasil, apesar de as dimensões social e solidária do direito de propriedade (respectivamente, segunda e terceira dimensões dos direitos fundamentais) terem sido positivadas na Constituição Federal brasileira (artigo 5º, inciso XXIII¹¹⁷) e no nosso Código Civil (artigo 1.228, parágrafos 1º e 3º¹¹⁸), tal fenômeno não ocorreu com o direito de autor, pois não existe previsão expressa no artigo 5º, incisos XXVII e XXVIII da Constituição Federal¹¹⁹, de que o exercício desse direito deveria se submeter ao cumprimento de sua função social.

Assim, podemos dizer que prevalece, em nossa legislação, a concepção individualista do direito de autor (primeira dimensão), o que, sem dúvida, representa um atraso, se considerarmos a evolução de outros direitos fundamentais. Pode-se, também, dizer que é no contexto da quarta dimensão dos direitos fundamentais (que abarcaria o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo, como decorrência da globalização política na esfera da normatividade, absorvendo – sem remover – a subjetividade dos direitos individuais) que se deve entender a função social do direito de autor, como garantia de um melhor equilíbrio entre os direitos individuais conquistados pelos autores e o direito de acesso da coletividade à cultura e à informação.

¹¹⁶ Sobre a teoria das gerações de direitos fundamentais, ver BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, especialmente as p. 68-71.

Para Willis Santiago Guerra Filho, seria melhor falar de “dimensões” que de “gerações” de direitos fundamentais, pelo fato de que os direitos gestados em uma determinada geração ganham outra dimensão com o surgimento de uma geração sucessiva. Dessa forma, os direitos da geração posterior se transformam em pressupostos para a compreensão e realização dos direitos da geração anterior. (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos fundamentais, Processo e Princípio da Proporcionalidade*. In: *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*, p. 13).

Nesse mesmo sentido, Ingo W. Sarlet menciona que “o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão de substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais” (SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 50-52).

¹¹⁷ “XXIII – a propriedade atenderá a sua função social”.

¹¹⁸ “§ 1º. O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

“§ 3º. O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente”.

¹¹⁹ “XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”.

“XXVIII – são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;
b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas”.

6. Restrições Intrínsecas ao Direito de Autor: Objeto, Duração e Limitações estabelecidas em Lei

A crescente ampliação das obras protegidas pelo direito de autor, impulsionada pelos interesses da indústria de bens intelectuais, e propiciada pelo rol meramente exemplificativo da Convenção de Berna e das legislações internas dos países signatários, levou a uma certa banalização do objeto da proteção autoral, já que o que importa, hoje, é proteger o chamado “conteúdo” comercializável, seja ele obra ou não¹²⁰.

Com isso, expande-se a proteção do direito de autor para obras que, em princípio, não a justificariam, como é o caso do software e da proteção *sui generis* das bases de dados na Europa.

O direito de autor passa, assim, a proteger o investimento que, a final, acaba por beneficiar apenas a empresa, sendo que a tutela foi estruturada com finalidade diversa, distorcendo todo o regime legal.

Dessa forma, a proteção de obras não enquadradas nos requisitos da proteção autoral desvirtua a função social do direito de autor, como princípio garantidor do desenvolvimento cultural e tecnológico.

Cabe, também, indagar se o progressivo aumento do prazo da proteção autoral na legislação dos diversos países, assim como a previsão da proteção do software por 50 (cinquenta) anos – findos os quais um programa de computador obviamente estaria obsoleto – não representam um exagero que deveria ser revisto pela comunidade internacional, para que se possa determinar um prazo mais adequado à realidade tecnológica atual, servindo de estímulo ao investimento em bens intelectuais, mas em prazo suficiente para não obstaculizar o livre acesso a eles.

As limitações aos direitos autorais traçadas pela Lei 9.610/98 não são suficientes para resolver os conflitos entre o direito individual do autor e o interesse público à livre utilização de obras intelectuais. A previsão *numerus clausus* dessas limitações contraria a função social do direito de autor¹²¹. É por essa razão que somos favoráveis à regulamentação

¹²⁰ Esse fenômeno vem sendo chamado por José de Oliveira Ascensão de “direito de autor sem obra”. A esse respeito, ver ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito de autor e desenvolvimento tecnológico: controvérsias e estratégias*. In: Revista de Direito Autoral, Ano I, Número I, Agosto de 2004, p. 31 e 32.

¹²¹ De acordo com Ascensão, a previsão *numerus clausus* dos limites do direito de autor, principalmente no que diz respeito ao uso privado, contraria o princípio constitucional da função social da propriedade e, portanto – dizemos nós –, a função social do direito de autor (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito intelectual, exclusivo e liberdade*. In: Revista da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual no 59, jul/ago de 2002, p. 48).

das limitações aos direitos autorais na forma de princípios gerais (tal como no *fair use* norte-americano) e não à enumeração de situações taxativas. Isso porque o princípio geral pode ser moldado pelo juiz no caso concreto, além de sobreviver mais facilmente às mudanças sociais e tecnológicas.

Para nós, a cópia privada, sem intuito de lucro direto ou indireto, escapa ao direito de autor e deve ser liberada. Diferentemente, a reprodução para utilização pública deve ser coibida, a menos que não haja outra forma de utilização da obra intelectual, que deve ser sempre justificada com base em um evidente interesse público, principalmente em matéria de educação, cultura e investigação científica.

7. Restrições Extrínsecas ao Direito de Autor: Aplicação da Função Social da Propriedade e dos Contratos e da Teoria do Abuso de Direito

A função social da propriedade, prevista na Constituição Federal e no Código Civil brasileiros, também se aplica ao direito de autor. No entanto, apenas o aspecto patrimonial do direito de autor estaria sujeito ao princípio da função social da propriedade, já que os direitos morais de autor, como direitos da personalidade, não seriam – em tese – suscetíveis de limitação por parte do Estado.

As restrições de ordem pública às obrigações no campo do direito de autor, ditadas pelo direito moral, e a interpretação restritiva dos contratos nessa matéria, têm caráter protecionista para o autor. Tais restrições têm por intuito proteger o autor (principalmente pessoas físicas) nas contratações com empresas que normalmente têm maior poder econômico nas negociações. No entanto, o fato de o direito de autor estar se transformando em uma poderosa ferramenta para – primordialmente – proteger a indústria da cultura e do entretenimento, implica um exame mais acurado dos negócios jurídicos no que diz respeito ao equilíbrio de poder entre as partes, visando tornar o contrato justo para as mesmas, em respeito ao princípio da função social do contrato¹²².

Assim, a interpretação restritiva de contratos em matéria de direitos autorais deve conviver com o princípio da função social do contrato, pois um não exclui o outro, uma vez que, enquanto a interpretação restritiva determina que tudo aquilo que não foi previsto no

¹²² No nosso Código Civil, o princípio da função social do contrato foi previsto nos artigos 421 e 2.035, parágrafo único:

“Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

“Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

contrato deve permanecer com o autor (o que não significa uma interpretação “pró-autor” do contrato), a função social do contrato, quando aplicada aos contratos de direitos autorais, deve corrigir as distorções, de forma a restabelecer o equilíbrio e o poder entre as partes contratantes.

Também o exercício abusivo do direito de autor fere a ordem jurídica, pois constitui um desvirtuamento da sua finalidade social. O titular de direitos autorais sobre uma obra, que, ao utilizar seu direito, vem a causar dano a outrem, contraria o espírito do próprio instituto, caracterizando ato ilícito, passível de indenização. O abuso do direito de autor também pode, dependendo do caso, caracterizar infração da ordem econômica ou a prática de concorrência desleal¹²³.

8. Conflitos entre Direito de Autor e Liberdade de Expressão, Direito de Acesso à Informação e à Cultura e Direito ao Desenvolvimento Tecnológico: Função Social do Direito de Autor e Defesa dos Interesses Difusos

A Constituição Federal brasileira e a nossa atual legislação de direito de autor não contêm dispositivos adequados para solucionar as situações envolvendo conflitos entre direito de autor e liberdade de expressão, direito de livre acesso à informação e à cultura e direito ao desenvolvimento tecnológico. Na ausência de regulamentação adequada, deverão ser aplicados ao caso concreto, o princípio da proporcionalidade, as normas relativas à função social da propriedade e de abuso de direito e, eventualmente, as normas relativas à desapropriação do componente patrimonial do direito de autor¹²⁴.

Cabem as proposituras de ação civil pública pelo Ministério Público e de ação popular por qualquer cidadão, se falharem a defesa da integridade e da autoria da obra caída

¹²³ Eliane Yachouh Abrão menciona alguns exemplos interessantes de como se pode dar o abuso de direito de autor. Diz ela que isso ocorre quando: (a) se pleiteia a proteção para métodos, sistemas, formatos, idéias e todos os demais atos e conceitos que se encontrem dentro do campo de imunidade do direito autoral; (b) se restringem as limitações impostas aos usos livres das obras em função da ordem pública ou de direitos alheios, impedindo que uma pessoa ou grupo de pessoas exerçam a crítica ou o estudo de obra preexistente independente de comunicação; (c) o agente ou órgão investido da arrecadação dos direitos de utilização pública autuam a representação teatral, ou a execução musical realizada gratuitamente para fins didáticos, ou em ambientes domésticos; (d) se tenta influir na liberdade criativa do intérprete, ou quando se investe contra a paródia ou a caricatura alegando ofensa inexistente; (e) as pessoas que necessitem da criação de um autor, como matéria-prima de sua atividade profissional, abusam de sua superioridade econômica ou política para açambarcar por meio de contratos leoninos todas as formas de uso de uma obra, por todos os meios e processos, com alcance e comercialização garantida em todos os países, sem limitações no tempo; (f) os herdeiros impedem o uso regular das obras criadas pelo autor impondo ônus excessivos ou embaraços à livre circulação do bem cultural. (ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de autor e direitos conexos*, p. 218).

¹²⁴ A esse respeito, ver CARBONI, Guilherme. *Conflitos entre direito de autor e liberdade de expressão, direito de livre acesso à informação e à cultura e direito ao desenvolvimento tecnológico*. In: Propriedade Intelectual: Estudos em Homenagem à Professora Maristela Basso. Curitiba: Juruá, 2005, p. 421-449.

em domínio público e a desapropriação para divulgação ou reedição de obras intelectuais protegidas pelo direito de autor, a serem promovidas pelo Estado.

Segundo a Constituição Federal, cabe, ainda, ao Ministério Público, entre outros deveres, a defesa do patrimônio social, assim referido no caso da função social da propriedade, do desenvolvimento social e de outros interesses sociais nela previstos¹²⁵. Portanto, caberia ao Ministério Público a propositura de ações judiciais com base na aplicação da função social da propriedade ao direito de autor, sempre que estiver em jogo o interesse público à livre utilização da obra protegida.

Como a defesa da integridade e da autoria detém relevante interesse público, cabe indagar se a lei deveria ter restringido a defesa desses direitos, pelo Estado, às obras caídas em domínio público, ou se também deveria ter abarcado as obras protegidas pelo direito de autor, quando o titular dos direitos não acionar o Judiciário para os fazer valer.

A possibilidade de desapropriação para reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária, prevista no Decreto-Lei 3.365/41, não é compatível com a Lei 9.610/98, uma vez que esta consagra os direitos morais de inédito e de arrependimento que, como direitos da personalidade, não seriam passíveis de desapropriação, a menos que a recusa – devidamente fundamentada – do autor a divulgar obra inédita ou reeditar obra já publicada estiver baseada em motivos outros que não, respectivamente, o direito de inédito ou de arrependimento. Para tanto, deve o Estado, previamente à desapropriação, notificar o autor para que decline, de modo fundamentado, os motivos de sua recusa, não sendo aceitáveis meros caprichos pessoais. Se o autor valer-se de seu direito para evitar a reedição ou a divulgação de sua obra, por mero capricho pessoal, justificar-se-ia a desapropriação pelo Estado, com base no abuso de direito de autor¹²⁶.

A desapropriação não é o instituto jurídico adequado para determinar que uma obra deva ser compulsoriamente explorada por alguém. Para isso, existe a figura da “licença compulsória”, que já é prevista nos tratados internacionais e na legislação interna de alguns países e que – na nossa concepção – poderia ser adotada pela legislação brasileira, para a reedição ou divulgação de obras protegidas, desde que respeitados os direitos de inédito e de arrependimento, quando devidamente fundamentados pelo autor.

¹²⁵ Cf. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*, p. 187.

¹²⁶ Cf. CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu. *Domínio público, domínio do Estado e direito de autor*. In: Anais do XII Congresso Nacional de Procuradores do Estado da Bahia, realizado de 1 a 5 de setembro de 1986, p. 350.

9. Reflexões Conclusivas

A aplicação da função social do direito de autor não deve ser entendida como um discurso atentatório aos direitos de propriedade intelectual, mas como uma contribuição para que tais direitos sejam aprimorados e seu uso abusivo coibido.

A função social do direito de autor visa corrigir o instituto para que se reafirme como instrumento necessário ao desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico e não como um fim em si mesmo.

10. Referências bibliográficas

ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

ASCARELLI, Tullio. *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Lezioni di diritto industriale*. Seconda edizione. Milano: Giuffrè, 1957.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito de autor e desenvolvimento tecnológico: controvérsias e estratégias*. In: Revista de Direito Autoral, Ano I, Número I, Agosto de 2004. São Paulo, Lumen Juris, 2004, p. 3-33.

_____. *Direito intelectual, exclusivo e liberdade*. In: Revista da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, nº 59, jul/ago de 2002, p. 40-49.

BITTAR, Carlos Alberto. *Contornos atuais do direito de autor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRENT, Doug. *Speculazioni sulla storia della proprietà*. In: No Copyright (org. por Raf Valvola Scelsi). Milano: Shake, 1994.

CARBONI, Guilherme. *Conflitos entre direito de autor e liberdade de expressão, direito de livre acesso à informação e à cultura e direito ao desenvolvimento tecnológico*. In:

Propriedade Intelectual: Estudos em Homenagem à Professora Maristela Basso. Curitiba: Juruá, 2005, p. 421-449.

CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu. *Domínio público, domínio do Estado e direito de autor*. In: Anais do XII Congresso Nacional de Procuradores do Estado da Bahia, realizado de 1 a 5 de setembro de 1986, p. p. 331-362.

FOUCAULT, Michel. *O que é um autor?* Lisboa: Vega, 1992.

GERVAIS, Daniel. *Towards a new core international copyright norm: the reverse three-step test*. Marquette Intellectual Property Law Review, vol. 9, p. 1, Spring 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos fundamentais, Processo e Princípio da Proporcionalidade*. In: Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LESSIG, Lawrence. *The future of ideas: the fate of commons in a connected world*. New York: Random House, 2001.

LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MARCONDES FILHO, Ciro (coordenador). *Pensar pulsar: cultura comunicacional, tecnologias, velocidade*. São Paulo: NTC, 1996.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio público e outros interesses*. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Direito civil e constituição: tendências*. In: Direito, Estado e Sociedade, nº 15, 1999, p. 95-113.

_____. *O princípio da solidariedade*. In: Os Princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 167-190.

ONG, Walter. *Oralidade e cultura escrita: a tecnologização da palavra*. Tradução de Enid Abreu Dobránszky. Campinas: Papirus, 1998.

SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PARTE IV

REVISÃO DA LEI DE DIREITOS AUTORAIS



A REVISÃO DA LEI DE DIREITOS AUTORAIS

Allan Rocha de Souza¹²⁷

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. O contexto dinâmico 3. Direitos Fundamentais e Constituição 4. A Lei 9.610 e o TRIPS 5. Equilibrando os interesses 6. Conclusão 7. Referências

RESUMO: A recente e radical transformação do contexto onde são produzidas, distribuídas e utilizadas as obras artísticas, dentre as quais a digitalização e o progressivo destaque da cultura como fator estatégico, exige uma criteriosa análise sobre o conteúdo da proteção autoral dispensada pelo ordenamento jurídico. Os dez anos da lei de direitos autorais, vinte anos da Constituição Federal, 60 anos da Declaração Universal dos Direitos do Homem e o primeiro aniversário da Convenção para a Promoção e Preservação da Diversidade Cultural conformam o momento propício para indagar sobre a necessidade de adequação da legislação ao novo contexto e quais seriam as adequações pertinentes. Este trabalho objetiva responder essas duas questões, concluindo ao final pela necessidade de alteração legislativa para promover o equilíbrio entre os interesses do criador, dos usuários e dos empresários.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Autorais; Interesse Público; Mudanças Legislativas

ABSTRACT: The recent and radical transformation in the context where artistic works are produced, distributed and used, among them digitalization and the progressive highlighting of culture as a strategic factor, requires a careful analysis on the content of the protection afforded by copyright law. The ten years of Brazilian Copyright Law, twenty years of the Federal Constitution, 60 years of the Universal Declaration of Human Rights and the first anniversary of the Convention on the Promotion and Preservation of Cultural Diversity set up the opportunity to

¹²⁷ Pesquisador em Direitos Autorais. Doutorando em Direito Civil na UERJ. Mestre em Direito Privado pela FDC. Professor de Direito Civil na FDC e da Pós-Graduação em Propriedade Intelectual na UERJ, PUC-RJ. Advogado, Consultor da DBBA Entretenimento. Autor do livro “A função social dos direitos autorais”.

inquire about the need for adequacy of the legislation to the new context and what would be the appropriate adjustments. This work aims to answer these two questions, concluding at the end for the need for legislative change to promote the balancing among the interests of the creator, users and entrepreneurs.

KEY-WORDS: Copyright; Public Interest; Legislative Changes

1. Introdução

Neste início de século, tomam vulto as questões envolvendo os direitos autorais. Observa-se a crescente relevância da economia e indústrias culturais, a expansão do comércio internacional sobre bens culturalmente impregnados – como são as expressões artísticas, a progressiva importância do tema na política interna e externa dos países, o aprofundamento do debate sobre os efeitos potenciais destas indústrias para o desenvolvimento. Ao mesmo tempo, os direitos fundamentais firmam-se como elemento central dos ordenamentos contemporâneos irradiando seus efeitos às diversas áreas de sistema jurídico e a globalização parece atingir sua terceira etapa, a cultural.

Durante os anos 90, assistimos à conclusão e implementação da OMC e das normas do TRIPS concluindo uma nova etapa de enclaustramento, o que resultou numa hipertrofia proprietária dos direitos de propriedade intelectual, através da incorporação de novos direitos, ampliação de seus prazos, alargamento de seu objeto, restrição dos usos livres, cerceamento do acesso e redução dos espaços de livre circulação das obras. Sua estrutura jurídica se afasta paulatinamente de suas justificativas históricas e a titularidade dos direitos concentra-se cada vez mais nos oligopólios transnacionais.

É diante destes desafios que encontram-se situados os direitos autorais e enfrentá-los à contento é imprescindível para garantir o justo atendimento a todos os interesses albergados na normatização da matéria. Este trabalho tem portanto um objetivo duplo: responder à questão sobre a necessidade de uma adequação da legislação e sugerir alterações pertinentes.

Procede-se nesta tarefa buscando inicialmente contextualizar a dinâmica que envolve o tema de direitos autorais, apontando as tendências que afetam sua estrutura, bem como, na segunda etapa, revisitar o histórico da construção legislativa da norma em vigor. A seguir serão contemplados o conteúdo dos direitos fundamentais, seu papel dentro do ordenamento jurídico

nacional e seus efeitos sobre as obras autorais. Esta primeira parte buscará responder à indagação sobre a necessidade de atualização da legislação autoral, que concluímos ser necessária.

A segunda parte deste trabalho será orientada para a proposição de mudanças legislativas que objetivem atualizar e equilibrar os interesses dos diversos atores – criador, público e intermediários. Por opção metodológica, serão preferidas sugestões de mudanças conduzentes ao equilíbrio do sistema, através de cláusulas gerais, sem contudo afastar totalmente indicações meramente pontuais, cuja função será exemplificativa..

2. O contexto dinâmico

O desenvolvimento científico e tecnológico, os usos que fazemos desta tecnologia e as relações que são construídas a partir destes usos alteram as formas como os membros destas sociedades experimentam e percebem o mundo em que vivem. Essas mudanças afetam as relações das pessoas consigo mesmo e entre si, modificando, por conseguinte, a organização social onde ocorrem estas relações, num processo dinâmico.¹²⁸

Em nosso tempo, estes avanços, tornados a cada momento mais acessíveis a um maior número de pessoas, causam progressivamente uma remodelação das estruturas materiais e sociais da sociedade.¹²⁹ As tecnologias de informação - que essencialmente facilitam, aceleram e barateiam a produção, reprodução e difusão do conteúdo informativo e comunicativo – têm-se destacado pelo seu impacto direto e amplo na sociedade contemporânea.¹³⁰

Este processo tem sido entendido como sendo uma revolução informacional, e seus resultados são a constituição de um novo modelo social, denominado de Sociedade da Informação.¹³¹ Esta sociedade, pós-industrial, funda-se no conhecimento e sustenta-se em uma economia fortemente ancorada nos bens resultantes da criação, que são protegidos juridicamente pelos institutos da propriedade intelectual.

As indústrias culturais, cujas matérias primas são obras artísticas, têm um forte impacto econômico – representam hoje o setor específico de melhor performance em exportações nos Estados Unidos¹³², aproximadamente 7% do PIB Mundial¹³³, e entre 2,4%¹³⁴ e 6,8%¹³⁵ do PIB Nacional. Sobre estas obras, como expressões artísticas, incidem os direitos autorais, que

¹²⁸ Para uma visão das mudanças e efeitos sociais da tecnologia digital ver “*Cibercultura*” e “*O que é o virtual?*”, de autoria de Pierre Levy, editados pela Editora 34, respectivamente em 1999 e 1996.

¹²⁹ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Vol. 1. 3 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. p. 21-22.

¹³⁰ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Vol. 1. 3 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. p. 51 e ss.

¹³¹ LOJKINE, Jean. *A revolução informacional*. São Paulo: Cortez Editora, 1995. p. 49-54.

valorizam-nas economicamente protegendo-as juridicamente contra a utilização e modificação não autorizada.

Porém, a disseminação das tecnologias de informação (“TI”) possibilitou a desmaterialização e o progressivo barateamento dos custos de produção, reprodução, distribuição e difusão destas obras artísticas, obrigando uma revisão dos direitos autorais frente a esta nova realidade. Em reação a esta desmaterialização dois novos tratados internacionais foram negociados na OMPI,¹³⁶ incorporados nos EUA através do DMCA¹³⁷ e na União Européia pelas Diretivas Européias 2001/29/EC e 2000/31/EC.¹³⁸

Paralelamente à desmaterialização, observamos uma contínua expansão do comércio internacional com crescente liberalização econômica, fortalecimento da proteção jurídica com novos instrumentos internacionais e a priorização política dos assuntos relacionados a estes bens como fator estratégico, em um processo que resultou no TRIPS¹³⁹ e agora sustentam os FTAs.

Embora a crescente valoração dos bens intelectuais, entendidos como aqueles resultantes de um processo criativo venha sendo profetizado há algumas décadas, apenas no final do século XX seu impacto começa a ser medido. Dentre os trabalhos de mensuração do impacto econômico destas indústrias, destacamos os estudos da UNESCO¹⁴⁰, da UNCTAD¹⁴¹, da WIPO sobre o

¹³² SIWEK, Stephen E; Economists Incorporated. *Engines of growth: economic contributions of the US intellectual property industries*. Disponível em http://www.nbcuni.com/About_NBC_Universal/Intellectual_Property/pdf/Engines_of_Growth.pdf . Visitado em 26/05/2008.

¹³³ UNESCO. “*International flow of selected goods and services 1994-2003: defining and capturing the flows of global cultural trade*”. Disponível em http://www.uis.unesco.org/template/pdf/cscl/IntlFlows_EN.pdf . Visitado em 25/05/2008.

¹³⁴ IPEA. *Política cultural no Brasil 2002-2006: acompanhamento e análise*. 2007. Disponível em www.cultura.gov.br .

¹³⁵ WIPO. “*Study on the economic importance of industries and activities protected by copyright and related rights in the Mercosur countries and Chile*”. Disponível em http://www.wipo.int/export/sites/www/sme/en/documents/pdf/copyright_mercosur.pdf . Visitado em 01/05/2008.

¹³⁶ “*Wipo Copyright Treaty*” e “*Wipo Performances and Phonograms Treaty*”, ambos adotados em 20/12/96, regulamentam os direitos autorais na Sociedade de Informação.

¹³⁷ O “*Digital Millenium Copyright Act*” foi promulgado em 28/10/98 nos EUA e incorpora os tratados da OMPI sobre os direitos autorais na Sociedade de Informação.

¹³⁸ A “*Information Society Directive*”, junto com a “*Eletronic Commerce Directive*”, implementam na União Européia os tratados da OMPI sobre os direitos autorais na Sociedade de Informação.

¹³⁹ SELL, Susan K. *Private power, public law*. New York: Cambridge University Press, 2003. p. 10-16.

¹⁴⁰ UNESCO. “*International flow of selected goods and services 1994-2003: defining and capturing the flows of global cultural trade*”. Disponível em http://www.uis.unesco.org/template/pdf/cscl/IntlFlows_EN.pdf . Visitado em 25/05/2008.

¹⁴¹ UNCTAD. “*Creative economy report. The challenge of accessing the creative economy: towards informed policy-making*.” Disponível em http://www.unctad.org/en/docs/ditc20082cer_en.pdf . Visitado em 20/05/2008.

Mercosul¹⁴², da União Européia¹⁴³, dos Estados Unidos¹⁴⁴, e do Brasil elaborados pelo IBGE¹⁴⁵ e pelo IPEA.¹⁴⁶ Deve ser ressaltado ainda que todos destacam os problemas metodológicos enfrentados, obrigando a relativização dos dados, em razão de sua incompletude.¹⁴⁷

Diante da necessidade de analisar as atividades econômicas sobre bens culturalmente impregnados, tem-se convencionado denominar o rol amplo destas atividades de “indústrias criativas” (“creative industries”), que inclui as atividades com substancial elemento criativo, tais como o audiovisual, jogos eletrônicos, música, livros e revistas, teatro, exposições, arquitetura, design, moda, artesanato e equivalentes, e o rol restrito de “indústrias culturais” (“cultural industries”), que inclui apenas as atividades ligadas diretamente à expressão estética, protegida pelos direitos autorais, como a música, o audiovisual e as publicações.¹⁴⁸

Adotando a definição da UNESCO, entendemos que as indústrias culturais são aquelas que produzem e distribuem bens e serviços de conteúdo criativo que sejam ao mesmo tempo intangível e cultural em sua natureza, sendo, na maior parte das vezes, protegido pelos direitos autorais.¹⁴⁹ Já as indústrias criativas, na concepção elaborada pelo ingleses e internacionalmente adotada, são todas aquelas que requerem criatividade, habilidade e talento, com potencial de produção de riqueza e trabalho, através da exploração da propriedade intelectual.¹⁵⁰ Observa-se que, neste sentido, estas incluem aquelas, sendo mais abrangentes, incluindo atividades - como moda, artesanato e eventos esportivos – que não fazem parte da indústria cultural. Com isso,

¹⁴² WIPO. “Study on the economic importance of industries and activities protected by copyright and related rights in the Mercosur countries and Chile”. Disponível em http://www.wipo.int/export/sites/www/sme/en/documents/pdf/copyright_mercosur.pdf. Visitado em 01/05/2008.

¹⁴³ UNIÃO EUROPEIA. “Eurostat: cultural statistics”. Disponível em http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-77-07-296/EN/KS-77-07-296-EN.PDF. Visitado em 15/05/2008.

¹⁴⁴ SIWEK, Stephen E; Economists Incorporated. “Copyright industries in the US economy”. Disponível em http://www.iipa.com/pdf/2004_SIWEK_FULL.pdf. Visitado em 18/05/2008.

¹⁴⁵ “Sistema de informação e indicadores culturais 2003”; “Sistema de informação e indicadores culturais 2003-2005” e “Pesquisa de informações básicas municipais: cultura, 2006.”

¹⁴⁶ “Política cultural no Brasil 2002-2006: acompanhamento e análise” e “Economia e política cultural: acesso, emprego e financiamento”.

¹⁴⁷ Para maiores detalhes ver: UNCTAD Creative Economy Report 2008, especialmente o capítulo 4; UNESCO International Flow of Selected Cultural Goods and Service Data, especialmente capítulo 2. As principais limitações à medição econômica destas atividades concentram-se na disponibilidade de dados e a natureza especial dos produtos culturais, demandando novos instrumentos de mensuração.

¹⁴⁸ Cabe aqui ressaltar que embora o termo ‘indústrias criativas’ seja muitas vezes utilizado como sinônimo de ‘indústrias culturais’, não são equivalentes, devendo ser considerado ainda que os limites exatos entre os significados destes conceitos e as atividades que abrangem ainda não é consensual, até pelo seu caráter de novidade, variando seu significado conforme o contexto de sua utilização.

¹⁴⁹ UNESCO. *Op. cit.* p. 11-13.

¹⁵⁰ UNCTAD. *Op. cit.* p. 11-12.

pode-se afirmar que as indústrias culturais formam um subconjunto dentro do conjunto maior das indústrias criativas.

Contudo, não se pode olvidar que, além de expressões individuais, estas obras artísticas são igualmente representações culturais. Assim, além do conteúdo pessoal – em sua relação com o criador - e patrimonial – pelo seu potencial comercial -, possuem também um aspecto cultural – como representação de um contexto simbólico.¹⁵¹

Enquanto multiplica-se o comércio de bens com características culturais, identifica-se uma mudança no processo de globalização que aparenta atingir a sua terceira dimensão, a cultural, apresentando-se após a mundialização dos espaços políticos, com a proliferação dos organismos internacionais, e econômicos, com a livre circulação do capital.¹⁵²

Um dos aspectos deste fenômeno são os movimentos para constituição de acordos multilaterais relativos à cultura, como a Convenção para a Promoção e Preservação da Diversidade Cultural,¹⁵³ capitaneada pela UNESCO, firmada em outubro de 2005, em vigor desde 18 de março de 2007 e contando atualmente com a ratificação de 83 países e da União Européia.¹⁵⁴ Este tratado¹⁵⁵, entre outras coisas, identifica a diversidade cultural como uma das características definidoras da humanidade e reconhece sua importância para a ampla realização dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

Outro aspecto desta nova etapa da globalização é a crescente necessidade de uma maior interlocução entre as sociedades. Facilitada pelo desenvolvimento tecnológico, diante dos múltiplos canais existentes, a comunicação e compreensão intercultural revelam-se desafios presentes e inafastáveis.¹⁵⁶ Com este objetivo, o diálogo intercultural é uma das estratégias expressas, interna e externa, da União Européia para este início de século, tendo inclusive 2008 sido escolhido como o “Ano Europeu para o Diálogo Intercultural”.¹⁵⁷

Os efeitos da globalização cultural podem igualmente ser sentidos nas ações concretas dos países, que, com sua política externa, buscam promover o reconhecimento de sua própria e

¹⁵¹ GEERTZ, Clifford. *Local knowledge: further essays in interpretive anthropology*. USA: Basic Books, 1983. p. 95-120.

¹⁵² WOLTON, Dominique. *Il Faut Sauver la Communication*. Paris: Flammarion, 2005, p. 220.

¹⁵³ Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001429/142919e.pdf>. Visitado em 20/05/2008.

¹⁵⁴ Disponível em <http://portal.unesco.org/la/convention.asp?KO=31038&language=E&order=alpha>. Visitado em 30/05/2008.

¹⁵⁵ Promulgado pelo Brasil através do Decreto 6.177, de 1º de agosto de 2007.

¹⁵⁶ WOLTON, Dominique. *Op. cit.* p. 127.

¹⁵⁷ Disponível no endereço eletrônico <http://europa.eu/scadplus/leg/pt/lvb/129017.htm>. Visitado em 25/05/2008.

distinta natureza cultural, valorizando suas expressões próprias, além de promover o comércio e circulação destes bens, em ambos casos buscando resultados políticos, sociais e econômicos.¹⁵⁸

Os componentes culturais são também utilizados como meio para instigar o desenvolvimento e aplicação da criatividade, seja em novas expressões artísticas ou inovação tecnológica. Este, por exemplo, é o objetivo geral da Comissão de Cultura da União Européia ao propor instituir em 2009 o “Ano Europeu da Criatividade e Inovação”¹⁵⁹, que denota um entendimento que a matéria prima essencial de todas as atividades econômicas fundadas na propriedade intelectual é a criatividade humana expressa e projetada nestes bens.¹⁶⁰

Por suas características econômicas e culturais, a produção e comercialização destes bens artísticos têm sido vistos, junto com os demais bens derivados da criatividade e do conhecimento, como fatores essenciais para o desenvolvimento social e econômico. Com esse intuito, em abril de 2008, a UNCTAD apresentou estudo sobre a economia criativa, ressaltando esta oportunidade como essencial para os países em desenvolvimento ou pobres.¹⁶¹

Apesar dos movimentos pela afirmação da cultura como fator estratégico econômico, político e social, parte considerável do conteúdo necessário a ser entregue pelos ampliados canais de comunicação é constituída de obras protegidas, em grande parte, pelos direitos autorais, que, por sua vez, pertencem a uma ampla cadeia de regramentos controlando o processo e as diversas etapas entre a concepção de uma criação artística até o sua utilização. O controle deste processo inclui, entre outros, a monopolização das vias da informação, a proteção dos próprios códigos tecnológicos que permitem esta comunicação, além da restrição ao conteúdo em si.¹⁶²

Além disso, este controle se consolida cada vez mais nas mãos de pouquíssimas organizações,¹⁶³ o que é acompanhado por um processo de “caça às excessões”¹⁶⁴. O controle jurídico da arte e da tecnologia em sua conformação atual possibilita a centralização da produção

¹⁵⁸ Veja por exemplo os relatórios anuais do Departamento do Tesouro dos EUA intitulados “Section 301 report”. O relatório de 2008 encontra-se disponível no endereço eletrônico http://www.ustr.gov/Document_Library/Press_Releases/2008/April/USTR_Issues_2008_Special_301_Report.html. Visitado em 25/05/2008.

¹⁵⁹ Disponível no endereço eletrônico http://ec.europa.eu/culture/news/news1269_en.htm. Visitado em 25/05/2008.

¹⁶⁰ Esta presunção encontra-se igualmente presente em inúmeros documentos, estudos e relatórios das organizações internacionais como WIPO, UNESCO e UNCTAD.

¹⁶¹ UNCTAD. Op. cit. parte V.

¹⁶² LESSIG, Lawrence. *Free Culture*. New York: Penguin Press, 2004. *passim*.

¹⁶³ ASCENSÃO, José Oliveira. *Direito de autor no ciberespaço*. IN ASCENSÃO, José Oliveira. *Direito da Internet e da Sociedade da Informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 135-137

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 130-132.

e difusão do conteúdo cultural, com conseqüente influência na construção das identidades, interferência na comunicação intercultural e enfraquecimento dos estímulos criativos dos cidadãos.¹⁶⁵

O contexto contemporâneo onde são produzidas, distribuídas e utilizadas as obras autorais demanda investigar o papel atual do interesse público na regulamentação destas relações.

Entende-se aqui como sendo o interesse público “o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”.¹⁶⁶ Esta distinção mostra-se relevante por dois motivos principais: primeiramente porque supera a indevida suposição de que os particulares são dissociados destes interesses, que de fato são apenas uma faceta dos interesses individuais; em segundo lugar pois não se confunde com os interesses do Estado enquanto pessoa jurídica.¹⁶⁷ Este interesse público primário, de toda a sociedade, é “a razão de ser do Estado, e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social.”¹⁶⁸

Concebido a partir das premissas de que a criação artística é valiosa e deve ser incentivada, que o sistema de proteção autoral propicia uma justa remuneração aos criadores, estimulando em troca a produção e distribuição destes trabalhos, resultando em um benefício para toda a sociedade. Nesta lógica, a busca pelo interesse público requer a construção de normas que assegurem esta estrutura.¹⁶⁹

Porém, as radicais mudanças ocorridas nas últimas décadas – com os avanços tecnológicos, a ampliação da proteção e concentração da titularidade e do controle sobre a circulação das obras – obrigam a uma reflexão abrangente, uma vez que o sistema encontra-se desajustado aos desafios contemporâneos. Neste debate participam diversos atores – titulares, autores, usuários, estudiosos de diversas correntes e especialidades -, com contínuas referência ao interesse público. Mas, desta vez, o interesse público têm sido invocado não a favor da ampliação da proteção como habitual, mas em prol de um acesso gratuito e desbloqueado. Reconhece-se

¹⁶⁵ COOMBE, Rosemary. *The cultural life of intellectual property: authorship, appropriation and the law*. EUA: Duke University Press, 1998. p. 208 e ss.

¹⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 52-53.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸ BARROSO, Luiz Roberto. Prefácio. IN SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos vs interesses privados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. xiii.

¹⁶⁹ DAVIES, Gillian. *Copyright and the public interest*. 2 ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2002. p. 5-8.

com isso a necessidade de equilíbrio entre a proteção concedida e o direito de acesso,¹⁷⁰ devendo o Estado, na defesa do interesse público primário, garantir ao mesmo tempo proteção à exploração das obras artísticas, a remuneração dos criadores e a ampla disponibilidade da criação.

¹⁷⁰ Ibidem.

3. Os Direitos Fundamentais e a Constituição

Após a sua idealização e positivação dos Direitos Fundamentais, vimos, com o advento da Declaração Universal dos Direitos do Homem, o início de sua universalização. A expansão das categorias de direitos positivados e sua universalização foram concretizadas nas diversas constituições nacionais que emergiram com o fim dos estados totalitários na segunda metade do século passado.¹⁷¹

Esta mudança vem acompanhada da superação de uma dogmática jurídica tradicional, que no campo constitucional significa o afastamento da problemática exclusiva da organização do Estado e relação entre os Poderes para concentração nos paradigmas ditados pelos direitos fundamentais. Esta nova interpretação constitucional é marcada pela centralidade dos direitos fundamentais, em todas as suas dimensões, em nossa ordem jurídica e busca igualmente o reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais e da ascensão dos valores à categoria normativa, dentre os quais destaca-se o objetivo fundamental da República do Brasil de promoção da dignidade da pessoa humana.¹⁷²

No Brasil, esta transmutação resultou de duas mudanças de paradigma: a busca pela efetividade da Constituição e o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional. Em conjunto estes paradigmas conduziram o direito constitucional ao centro do sistema jurídico, desempenhando um papel de filtragem constitucional das normas infraconstitucionais.¹⁷³

A construção, na Constituição, de uma ordem objetiva de valores, identificada nos direitos fundamentais, reforça a força vinculante destes preceitos, a cujas diretrizes e impulsos devem ser submetidos todos os campos do Direito. Assim, nenhuma das prescrições civilistas pode estar em contradição com estes preceitos máximos e todas devem ser interpretadas segundo seu espírito, sendo decisivos tanto para o legislador como para o aplicador, sem, porém, que o direito privado perca sua essencialidade, que é a preservação e garantia da personalidade do ser humano.¹⁷⁴

¹⁷¹ BOBBIO, Norbert. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. p. 25 e ss.

¹⁷² BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. IN BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional* Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 11 e ss.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 47.

¹⁷⁴ HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Editorial Civitas, 1995. p. 73-74.

Ainda que haja proposições diversas para a aplicação da Constituição nas relações civis,¹⁷⁵ suas propostas não utilizam toda potencialidade das normas constitucionais, olvidando seu caráter substancial e não meramente formal ou interpretativo. Porém, o reconhecimento do ordenamento como um sistema unitário,¹⁷⁶ caracterizado por valores e pela proteção integral à pessoa, a solução que alcança-se é da aplicação direta da norma constitucional, “confirmando a eficácia – com ou sem uma norma específica ordinária – da norma constitucional frente às relações pessoais e sócio-econômicas”. A norma constitucional torna-se assim a “razão primária e justificadora” das normas jurídicas e constitui “parte integrante da normativa na qual elas, de um ponto de vista funcional, se concretizam”, tornando-se bem mais que uma mera norma de hermenêutica, mas uma norma de comportamento que funcionaliza as normas civis aos valores objetivados no núcleo fundamental da constituição.¹⁷⁷

No Brasil, a aplicação direta da Constituição nas relações privadas, impulsionada pelo movimento de constitucionalização do direito civil,¹⁷⁸ ganha fôlego a partir da segunda metade dos anos 90, conquistando progressiva aceitação por parte da doutrina e da jurisprudência,¹⁷⁹ embora os tribunais sejam mais reticentes.¹⁸⁰

¹⁷⁵ Sugere-se, por exemplo, a aplicação isolada das leis ordinárias, mediante a subsunção, e recorrer-se à Constituição apenas para verificar a compatibilidade. Outra visão propõe que os preceitos constitucionais sejam também usados na interpretação dos enunciados individuando a norma ordinária sob a ótica funcional. Pode-se igualmente defender uma aplicação unicamente indireta das normas constitucionais, quando a norma constitucional disciplinaria as relações civis apenas na ausência de norma infra-constitucional (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 10-11).

¹⁷⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. cap. 2.

¹⁷⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.* p. 12.

¹⁷⁸ Inicialmente proposto pelo Departamento de Direito Civil da UERJ, capitaneado por Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, produziu uma série de reflexões sobre os efeitos e propôs interpretações da legislação civil fundamentadas na Constituição Federal de 1988.

¹⁷⁹ Para uma análise dos movimentos de constitucionalização do direito civil no Brasil ver TEPEDINO, Gustavo. *Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira*. IN *Studia Iuridica* 48, colloquia 6 (boletim da faculdade de direito de Coimbra). Portugal: Editora da Universidade de Coimbra, 2000.

¹⁸⁰ Mesmo assim, os magistrados dos tribunais superiores não têm se furtado à fazer referência aos preceitos constitucionais, mostrando especialmente propensos a aprovar a superioridade do princípio da dignidade da pessoa humana, com efeitos em todo o ordenamento.

É de especial importância para a discussão dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas no Brasil e da qualificação dos tratados internacionais de direitos fundamentais incorporados no ordenamento jurídico o Recurso Extraordinário junto ao Supremo Tribunal Federal, n. 466.343, sobre a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel prevista no artigo 652 do Código Civil de 2002. Incidentalmente, o julgamento visita a questão do posicionamento dos tratados internacionais de direitos humanos incorporados no ordenamento pátrio, que tem grande aplicação à propriedade intelectual em geral e aos direitos autorais em especial.

Ainda em andamento¹⁸¹ mas com 7 votos a favor da inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, o voto do Ministro Gilmar Mendes, fundamentado nos artigos 4º, § único, art. 5º, § 2º, § 3º e § 4º, introduzidos pela EC 45¹⁸², contextualizando em função da “abertura cada vez maior do Estado Constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção aos direitos humanos”,¹⁸³ em razão da “premente necessidade de dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno e internacional”,¹⁸⁴ vislumbra como “imperiosa uma mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional”¹⁸⁵, e afirma que:

Em conclusão, entendo que, desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O *status* normativo *supralegal* dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287

¹⁸¹ Aguardando vista do Ministro Celso de Mello desde 22/11/2006.

¹⁸² Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 16-17.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 14.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 27.

¹⁸⁵ *Ibidem*.

do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002).¹⁸⁶

Esta decisão indica um recrudescimento em nossa ordem jurídica dos Direitos Fundamentais, especialmente aqueles que se fundam na Declaração Universal de Direitos Humanos e seus tratados complementares - os Pactos de Direitos Cíveis e Políticos¹⁸⁷ e Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁸⁸ - além do Pacto de São José da Costa Rica,¹⁸⁹ que igualmente trata dos direitos fundamentais e alça todo o continente americano. Esta nova posição deve ser comemorada e precisa ser efetivamente incorporada às leis ordinárias, como a lei de direitos autorais.

O direito autoral enquadra-se no plano maior do direito da cultura,¹⁹⁰ por diversos motivos, como a própria justificativa histórica¹⁹¹ e sua importância para as indústrias culturais.¹⁹² Igualmente relevante são a revelação do conteúdo e a promoção da efetividade do direito à cultura¹⁹³ em nosso ordenamento, com direta aplicação sobre os direitos autorais, especialmente na conformação do acesso.

O chamamento à aplicação dos direitos fundamentais e das normas Constitucionais nas relações de direitos autorais reverbera tanto no Brasil¹⁹⁴ quanto no exterior.¹⁹⁵ Em comum, identificam o recurso às normas constitucionais como essencial tanto para a elaboração das leis como para revelar o seu conteúdo, definindo sua aplicação e efeitos. O momento é propício para sua viabilização.

¹⁸⁶ Ibidem, p. 59.

¹⁸⁷ Ratificado pelo Brasil em 24/01/1992

¹⁸⁸ Ratificado pelo Brasil em 24/01/1992

¹⁸⁹ Ratificado pelo Brasil em 25/09/1992

¹⁹⁰ PONTIER, Jean-Marie; RICCI, Jean-Claude; BOURDON, Jacques. *Droit de la culture*. Paris: Dalloz, 1990.

¹⁹¹ Remuneração do autor pela disponibilização da criação.

¹⁹² Veja os estudos sobre a economia da cultura previamente citados.

¹⁹³ Entre os diversos entendimentos sobre a cultura, vislumbra-se como mais adequado à complexidade da questão sua concepção semiótica, que compreende a cultura como sendo as estruturas psicológicas nas quais são coletivamente elaboradas teias de significados e significantes, que guiam o comportamento e moldam as experiências individuais, e que toda expressão artística é concebida, produzida e percebida neste contexto cultural. Ver: GEERTZ, Clifford. *The interpretation of cultures*. USA: Basic Books, 1973. p. 5

¹⁹⁴ Ver, por exemplo: SOUZA, Allan Rocha. *A função social dos direitos autorais*. Campos: Editora da Faculdade de Direito de Campos, 2006; e LEWICKY, Bruno. *Limitações ao direito de autor: releitura na perspectiva do direito civil contemporâneo*. Tese de Doutorado. UERJ, 2007.

¹⁹⁵ Ver, por exemplo: GEIGER, Christophe. *Constitutionalising intellectual property? The influence of fundamental rights on intellectual property in the European Union*. IN *International Review of Intellectual Property and Competition Law - IIC*. Munich: Max Planck Institute of Intellectual Property, vol. 27, 2006, n. 4, pp. 371-406;

4. A lei 9.610 e o TRIPS

A lei 9.610 de 1998 começou a ser formulada pelo Senado Federal com o Projeto de Lei do Senado nº 249/89.¹⁹⁶ Em sua justificção, o autor do projeto afirma sua intencção de “assegurar a desejável continuidade no relacionamento entre os autores e a sociedade”, e para isso manteve “a numeraçção da lei original no que tange aos princípios gerais, permitindo, assim, que a interpretaçção da Jurisprudência existente continue a incidir sobre disposiçções substancialmente idênticas.”¹⁹⁷

Ressalta igualmente a necessidade de adequaçção às novas diretrizes do ordenamento jurídico, pois afirma que “tendo em conta a necessidade de harmonizar a lei vigente com os nossos preceitos constitucionais e às novas técnicas, deparamo-nos com a contingência de adequá-la a essas situaçções, sem alterar-lhe, contudo, a essência”, concluindo a seguir que “por conseguinte, foi dado ao projeto a feiçção de consolidaçção tanto por haver absorvido as disposiçções da nova Constituiçção Federal como por incorporar matérias regulares em outras leis extravagantes.”¹⁹⁸

O projeto teve rápida apreciaçção no Senado Federal, tendo sido relatado na Comissão de Cidadania e Justiça pelo Senador Cid Sabóia de Carvalho em 8 de março de 1990,¹⁹⁹ após ouvir as associaçções (primárias ou secundárias) dos titulares dos direitos autorais.²⁰⁰ O projeto e o relatório foram então oferecidos ao plenário para emendas, resultando no encaminhamento de 25 emendas, todas do Senador Jamil Haddad, que foram rejeitadas após o Parecer 122 do relator, votado em 03 de maio de 1990.

Encaminhado à Câmara dos Deputados foi publicado no Diário do Congresso Nacional em 07 de agosto de 1990, após leitura no dia anterior. Na Câmara, recebeu diversos apensos e passou pelas Comissões de ‘Constituiçção, Justiça e Cidadania’ e de ‘Ciência e Tecnologia, comunicaçção e Informática’ antes de ser aprovada uma Comissão Especial para avaliar o projeto, já em 12 de setembro de 1996, seis anos após a entrada na Câmara. O relator designado foi o

¹⁹⁶ Proposto pelo falecido Senador Luiz Viana Filho, então do PMDB da Bahia, tendo sido publicado no Diário do Congresso Nacional em 31 de agosto de 1989, na seção II, pg 4394 e ss.

¹⁹⁷ CONGRESSO NACIONAL. Projeto de Lei do Senado 249/89: justificção. In Diário do Congresso Nacional, seção II, 31 de agosto de 1989. p. 4401.

¹⁹⁸ *Ibidem*.

¹⁹⁹ CONGRESSO NACIONAL. Comissão de Constituiçção, Justiça e Cidadania. Parecer n. 38/90. In Diário do Congresso Nacional, seção II, 21 de março de 1990. p. 774.

²⁰⁰ Interessante notar que não há comentários sobre a participaçção dos interessados na circulaçção das obras, como os estudantes, consumidores, agentes culturais, etc

Deputado Federal Aloysio Nunes Ferreira, em 13 de agosto de 1997, cujo parecer foi entregue à comissão foi em 22 de outubro do mesmo ano e aprovado, na Comissão Especial, por unanimidade, em 06 de novembro.

No plenário, recebe caráter de urgência, onde é discutido em turno único, recebendo diversas emendas. Novo parecer é apresentado pelo relator Deputado Federal Aloysio Nunes Ferreira em 10 de dezembro de 1997, quando foi votado e aprovado. Encaminhado ao Senado em 15 de dezembro de 1997, enviado à sanção presidencial em 06 de fevereiro de 1998, promulgado em 19 de fevereiro de 1998, com vetos. Transformado na Lei 9.610, entrou em vigor em 19 de junho de 1998.

Embora, a tramitação do projeto tenha sido razoavelmente rápida no Senado, quando em um ano de sua entrada foi encaminhado à Câmara Federal, na Câmara o projeto ficou sete anos sem movimentações relevantes, até que fosse rapidamente concluído em menos de seis meses após a designação do relator na Comissão Especial.

A representação da Constituição em sua plenitude não se confirma na legislação que pretensamente o fez.. A estrutura e princípios da legislação refletem tendenciosamente o Acordo TRIPS, cuja aprovação e incorporação no ordenamento brasileiro ocorreu em 1995, Considerando o momento e a motivação em que se apreciou a legislação, não nos surpreende a condução e resultado insatisfatórios.

O próprio tratado TRIPS foi um resultado alcançado a partir de uma agenda privada que reuniu em torno do *Intellectual Property Comittee (IPC)*, formado, na segunda metade dos anos 80, por 12 membros das indústrias americanas baseadas na exploração dos direitos de propriedade intelectual que, em conjunto com seus equivalentes na Europa e no Japão, propuseram um esboço de regulamentação internacional da propriedade intelectual ao Secretariado do GATT (General Agreement on Tariffs and Trade), alcançando seus objetivos em 1994 com a aprovação do TRIPS.²⁰¹

Bem sucedidos na organização do lobby, os membros do IPC conseguiram reformular a demanda em termos de “direitos”, em substituição de “privilégio” ou “concessão”, convencer das qualidades “*pro-free trade*” destes bens e tornar sua proteção um tópico de relevante interesse nacional americano. Assim desenvolveram uma estrutura internacional de amparo aos seus interesses particulares.²⁰² A cristalização da expansão proprietária sobre estes bens trouxe como

²⁰¹ SELL, K. Susan. *Op. cit.* p. 1-2.

²⁰² *Ibidem*, p. 5-8.

efeitos a redução das opções de desenvolvimento dos países não industrializados, o aumento do preço da tecnologia e da informação e a assunção da defesa destes interesses pelos Estados, atuando numa espécie de condomínio.²⁰³

Queda indagar sobre as razões da aceitação destas regras pelos países em desenvolvimento – potencialmente os maiores prejudicados com sua implementação – que sugere-se ter sido conjuntamente pelo desconhecimento do impacto do tratado ao tempo em que foi negociado, pela coerção econômica e pela promessa de acesso dos produtos agrícolas e têxteis aos mercados dos países desenvolvidos.²⁰⁴

O que fica claro sobre o TRIPS são os benefícios alcançados pelos titulares, a desconsideração dos prejuízos suportados pelas sociedades com a privatização de parte substancial do domínio público. Este espírito unilateral reflete substancialmente na legislação nacional de 1998.

Observa-se ainda que durante a tramitação da legislação nacional poucas foram as vozes defendendo o interesse público de disponibilização da obra e garantias de remuneração dos criadores, sendo que estes últimos foram supostamente representados por associações sem ampla legitimidade na classe e com interesses próprios que nem sempre coincidiam com os dos associados. Notamos claramente essa subrepresentação dos interesses dos criadores e do público no resultado final, que privilegia as entidades titularidade de direitos autorais.

Desde então, porém, outros interesses têm sido promovidos e se articulado. Assim, o direito de patente farmacêutica deve ser limitado e funcionalizado em razão do acesso à medicamentos e a saúde pública.²⁰⁵ Outros grupos se articularam e desenvolveram know-how no assunto, produzindo contra-argumentos informados e eficientes contra os excessos e desequilíbrios na proteção.²⁰⁶ Novos tratados, revelando às necessidades culturais, foram firmados, mas cujos efeitos ainda estão sendo revelados.²⁰⁷

²⁰³ Ibidem, p. 9.

²⁰⁴ Ibidem.

²⁰⁵ Vide os desenvolvimentos da rodada de Doha e as recentes desenvolvimentos sobre a questão das patentes farmacêuticas e o acesso aos medicamentos.

²⁰⁶ Veja, por exemplo, os movimentos de open-source e copyleft.

²⁰⁷ Em especial a Convenção para a Promoção e Prevenção da Diversidade Cultural, da UNESCO, cujos reais efeitos sobre os direitos autorais ainda estão para ser revelados.

A par destes movimentos estritamente ligados à propriedade intelectual, tanto em nível nacional quanto internacional, novas questões jurídicas, já tratadas neste trabalho, têm recebido proeminência em nosso ordenamento.

Há hoje uma nova realidade, diversa daquela onde foi confeccionada a legislação vigente, que circunstancia os direitos autorais atualmente. O entendimento dos movimentos propulsores e efeitos do TRIPS, o papel que os direitos fundamentais no ordenamento nacional e sua irradiação sobre as relações privadas, a funcionalização dos institutos de direito e o reconhecimento da relevância do elemento cultural são algumas das facetas dessa nova realidade, que deve ser representada na legislação de direitos autorais.

Existe, portanto, uma necessidade urgente de promover uma adequação da legislação nacional, de forma a incorporar o novo entendimento legislativo e jurisprudencial do papel dos direitos fundamentais em nosso ordenamento e de equilibrar os interesses dos autores e artistas, dos empresários e dos usuários, pois só assim refletirá o contexto e responderá aos desafios contemporâneos, avançando no processo de inclusão social demandado pelo Estado Democrático de Direito e fortalecendo sua própria legitimidade e respeitabilidade política e social.

5. Equilibrando os interesses

Vista a necessidade de revisão, resta indagar qual revisão é desejável.

A idéia de sistemas jurídicos herméticos fundados sobre regras casuísticas, que pretendem regulamentar todos os atos privados possíveis não merece mais acolhida em um sistema cuja inspiração venha da Constituição.²⁰⁸ O mesmo é verdade para os microssistemas,²⁰⁹ que encontram na Constituição a amálgama que interliga essas regulamentações especiais com o conjunto normativo.²¹⁰

²⁰⁸ Discorrendo sobre o Código Civil de 2002, a Professora Judith Martins Costa afirma que: “No universo *croquelé* da Pós-Modernidade não tem sentido, nem função o Código total, totalizador e totalitário, aquele que, pela interligação sistemáticas regras casuísticas, teve a pretensão de cobrir a plenitude dos atos possíveis e dos comportamentos devidos na esfera privada, prevendo soluções às variadas questões da vida civil em um mesmo e único *corpus* legislativo, harmônico e perfeito em sua abstrata arquitetura. (COSTA, Judith Martins. *O direito privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro*. IN Revista dos Tribunais, vol. 753, julho, 1998, p. 26).

²⁰⁹ Sobre o advento dos microsistemas e seus efeitos sobre a regulamentação e interpretação jurídica ver TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. IN TEPEDINO, Gustavo (Coord.), Problemas de Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

²¹⁰ “Reconhecendo embora a existência dos mencionados universos legislativos setoriais, é de se buscar a unidade do sistema deslocando para a tábua axiológica da Copnstituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil” (TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. IN

É possível observar²¹¹ também a passagem do Estado de mero repressor a agente de promoção dos valores,²¹² que situa-se em um processo mais amplo, não restrito às fronteiras nacionais, que implica na mudança de uma análise estrutural para um exame funcional do ordenamento.²¹³ Com isso, uma reforma legislativa só se justificaria na medida em que, através da “adoção de princípios normativos e de cláusulas gerais que não sejam meras estruturas formais e neutras mas, vinculados a critérios expressamente definidos, exprimam a tábua de valores da sociedade, consagrada na Constituição.”²¹⁴

A utilização de cláusulas gerais representa a superação da cingibilidade da legislação “à rígida descrição das *fattispecies* cerradas, à técnica da casuística”. É também uma das técnicas para a construção um sistema arejado, que contenha “janelas abertas para a mobilidade da vida, campos que o ligam a outros corpos normativos – mesmo os extrajurídicos – e as avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais”.²¹⁵ Consistindo nessas janelas, pontes e avenidas, a viabilidade das cláusulas gerais para este papel nasce de suas características, estrutura e funções.

Caracterizada por “utilizar, em seu enunciado, uma linguagem de tesitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’”,²¹⁶ estas cláusulas têm uma ampla possibilidade de significação, o que lhe confere o atributo da flexibilidade, que por sua vez é proporcionada pela sua estrutura normativa própria, “que é o modo como conjuga a previsão ou hipótese normativa com as consequências jurídicas (efeitos, estatuição) que lhe são correlatos”²¹⁷

Aceitando a peculiaridade de sua estrutura, por não se constituírem de uma previsão normativa (fatos regulados) e uma estatuição (consequências jurídicas) como as regras casuísticas, tem-se que são “normas parcialmente em branco, devendo ser completadas com referências a regras extrajurídicas, de modo que a sua concretização exige que o juiz seja reenviado a modelos de comportamento e pautas de valoração”. E a constatação de sua incompletude traz com consequência a necessidade de serem completadas, não apenas com o

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). Temas de Direito Civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 13).

²¹¹ Em diversos estatutos nacionais como a Lei de Locações, o CDC e o ECA

²¹² TEPEDINO, Gustavo. *Premissas...* p. 5.

²¹³ Para uma análise ampla da questão da funcionalização do direito ver BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Barueri, SP: Manole, 2007.

²¹⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit. Código civil, os chamados microssistemas...* p. 16.

²¹⁵ COSTA, Judith Martins. *Op. cit.* p. 26.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 29.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 31.

estabelecimento do significado do enunciado, mas igualmente “criando o direito, ao completar a *fattispecie* e ao determinar ou graduar as consequências (estatuição) que [o aplicador] entenda correlatas às hipótese normativa indicada na cláusula geral”²¹⁸

O processo de significação e criação, a partir do caso concreto, de normas jurídicas de aplicação geral pelo aplicador – sua função inicial – não é arbitrário mas vinculado a outras normas existentes no sistema (mobilidade interna) e direcionado ao ambiente social onde opera o aplicador (mobilidade externa), fazendo destas cláusulas verdadeiros elementos de conexão (entre os microssistemas, o ordenamento e os elementos meta-jurídicos) e referência (por serem o ponto a partir do qual são levados os casos para apreciação judicial), além de instrumentos de viabilização da “integração inter-sistemática” (que permite a migração de conceitos e valores entre a Constituição, o Código e as leis especiais).²¹⁹

As constantes e rápidas mudanças do contexto político, econômico e social onde se desenvolvem as relações de direitos autorais exigem uma regulamentação suficientemente flexível que permita a rápida adequação às transformações, que faculte instrumentos para uma solução jurídica que possibilite a concretização das demandas constitucionais da proteção plena à pessoa e eficácia máxima dos direitos fundamentais, e proporcione um equilíbrio entre os interesses essenciais albergados. A legislação deve também almejar a neutralidade tecnológica e empresarial, possibilitando a coexistência de modelos de negócios diversos e incorporando as transformações tecnológicas..

Alcançar estes objetivos demanda uma solução que, conciliando segurança jurídica com justiça, prioritariamente reflita os valores constitucionais do Estado Democrático de Direito – inclusivo por essência – e compatibilize-se com as mudanças internas, no próprio ordenamento, e externas, da realidade social.

O meio aqui proposto para atingir estes fins é através das cláusulas gerais, que são, enfim, instrumentos de viabilização da aplicação das normas, princípios e valores estabelecidos na tábua axiológica da da Constituição,²²⁰ através das quais se opera a confirmação da eficácia da Constituição, cujos preceitos consituem parte intrínseca da normatividade das relações jurídicas, principalmente as privadas.²²¹

²¹⁸ Ibidem, p. 32.

²¹⁹ Ibidem, p. 34-36.

²²⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*. IN TEPEDINO, Gustavo (Coord.), *Temas de Direito Civil – Tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. *passim*.

²²¹ PERLINGIERI, Pietro. *Op. cit.* p. 11-12.

Por todas estas razões, acredita-se que o recurso às cláusulas gerais permitirá a justa e integrada proteção dos interesses albergados, pois serviriam como balisadoras do microsistema autoral, proporcionando sua almejada abertura às mudanças macro-sociais ou jurídicas. Para isso propõe-se aqui a inclusão de duas cláusulas gerais, a primeira buscando garantir a remuneração do autor e a segunda o direito de acesso dos usuários.

Objetivando garantir a remuneração justa dos efetivos criadores, sugere-se uma cláusula geral com a seguinte redação:

“Os autores, artistas e intérpretes têm direito à remuneração equitativa pelo exercício dos direitos patrimoniais sobre suas obras, vedadas as disposições contratuais em contrário”

Almejando caucionar os direitos da sociedade ao acesso, indica-se:

“os direitos autorais devem atender a sua função social”

Os efeitos da introdução destas proposições faria-se sentir por toda a legislação especial, devendo seu espírito conduzir as demais modificações necessárias à consolidação dos princípios de proteção e remuneração do criador e acesso ao público.

Entre os efeitos da instituição positiva da justa remuneração devida aos criadores, vislumbra-se a limitação da cessão total de direitos pelo autor, garantindo-lhes por exemplo a inalienabilidade na remuneração pela execução pública de suas obras, possibilitando ainda a extensão destes direitos para além dos músicos e intérpretes de maneira a incluir todos os autores e artistas; a concretização do inafastável dever de prestação de contas de toda reprodução ou representação, que incluiria o controle de toda reprodução das obras; a publicidade financeira e administrativa dos agentes de gestão coletiva de direitos autorais e a garantia de participação paritária ou equitativa de todos os filiados.

Por outro lado, a afirmação da funcionalidade da proteção autoral conduziria ao estabelecimento de parâmetros para identificar os limites do exercício dos direitos particulares dos titulares de impedir a utilização da obra protegida. A regra dos três passos expõe critérios obrigatórios para a aplicação do princípio da função social. Os direitos fundamentais legitimam o afastamento da proteção nos casos em que o interesse coletivo protegido é de maior relevância que o privado. Ressaltam nesta problemática as questões referentes ao uso exclusivamente privado, os usos com finalidade educativas ou culturais, os limites do que é execução pública, os usos das obras financiadas pelo poder público.

6. Conclusões:

A legislação autoral ganhou impulso em sua tramitação logo após a incorporação do TRIPS no ordenamento pátrio. É reflexo da onda neoliberal que impulsionou a globalização financeira e econômica com a progressiva liberalização do comércio mundial, que alimentou os contínuos movimentos de enclaustramento, causando desnecessários desequilíbrios internos no sistema, gerando nocivos efeitos para a circulação e usos destas obras, provocando contestações a sua legitimidade.

Seus efeitos não foram percebidos então, mas passaram a ser sentidos quando de sua aplicação, e esta percepção resultou em uma reação e uma crescente demanda para a correção de seu constatado desequilíbrio. Desde então, mudanças relevantes que afetam a estrutura da proteção têm ocorrido.

Entre as transformações, destacam-se o posicionamento que se consolida no STF sobre o papel dos tratados internacionais de direitos fundamentais no ordenamento, reforçando sua posição central e axiomática; o reconhecimento da relevância do elemento cultural no desenvolvimento pessoal e de integração comunitária; o papel político e econômico estratégico das indústrias culturais.

O elemento funcional que permitiria a abertura e integração do microsistema seria a adoção, mediante a inserção de cláusulas gerais, de princípios determinantes da aplicação da legislação, que consolidariam tanto a proteção direta do autor como do interesse social.

A fixação destes princípios não impede alterações normativas pontuais, aproximando as regras aos princípios estabelecidos através de suas cláusulas gerais. Aspectos relevantes podem e devem ser enfrentados neste processo de mudança da legislação, dentre os quais a questão da condução e regulação da gestão coletiva no Brasil destaca-se. A cópia privada, as TPM e os DRM, a digitalização e preservação de obras por particulares e instituições, a extensão do direito de remuneração por execução pública igualmente merecem ser ressaltadas.

Adequar a legislação ordinária especial nacional aos preceitos fundamentais é função do qual não se pode omitir um Estado que pretende-se Democrático de Direito, e com esta motivação deve caminhar o Estado Brasileiro na revisão da Lei de Direitos Autorais atualmente vigente.

7. Referências:

ASCENSÃO, José Oliveira. *Direito de autor no ciberespaço*. IN ASCENSÃO, José Oliveira. *Direito da Internet e da Sociedade da Informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002

ASCENSÃO, José Oliveira de. *Direito de Autor e Direitos Conexos*. Coimbra: Editora da Universidade de Coimbra, 1992.

BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional* Rio de Janeiro: Renovar, 2003

BOBBIO, Norbert. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992

BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à função*. Barueri, SP: Monole, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Vol. 1. 3 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000

COOMBE, Rosemary. *The cultural life of intellectual property: authorship, appropriation and the law*. EUA: Duke University Press, 1998

COSTA, Judith Martins. *O direito privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no projeto do Código Civil Brasileiro*. IN *Revista dos Tribunais*, vol. 753, julho, 1998

DAVIES, Gillian. *Copyright and the public interest*. 2 ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2002

GEERTZ, Clifford. *Local knowledge: further essays in interpretive anthropology*. USA: Basic Books, 1983

GEERTZ, Clifford. *The interpretation of cultures*. USA: Basic Books, 1973

GEIGER, Christophe. Constitutionalising intellectual property? The influence of fundamental rights on intellectual property in the European Union. IN *International Review of Intellectual Property and Competition Law - IIC*. Munich: Max Planck Institute of Intellectual Property, vol. 27, 2006, n. 4, pp. 371-406

HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Editorial Civitas, 1995

LESSIG, Lawrence. *Free Culture*. New York: Penguin Press, 2004

LEWICKY, Bruno. *Limitações ao direito de autor: releitura na perspectiva do direito civil contemporâneo*. Tese de Doutorado. UERJ, 2007

LOJKINE, Jean. *A revolução informacional*. São Paulo: Cortez Editora, 1995

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

PONTIER, Jean-Marie; RICCI, Jean-Claude; BOURDON, Jacques. *Droit de la culture*. Paris: Dalloz, 1990

SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos vs interesses privados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

SELL, Susan K. *Private power, public law*. New York: Cambridge University Press, 2003

SIWEK, Stephen E; Economists Incorporated. “*Copyright industries in the US economy*”. Disponível em http://www.iipa.com/pdf/2004_SIWEK_FULL.pdf. Visitado em 18/05/2008

SIWEK, Stephen E; Economists Incorporated. *Engines of growth: economic contributions of the US intellectual property industries*. Disponível em

http://www.nbcuni.com/About_NBC_Universal/Intellectual_Property/pdf/Engines_of_Growth.pdf. Visitado em 26/05/2008

SOUZA, Allan Rocha. *A função social dos direitos autorais*. Campos: Ed. da Faculdade de Direito de Campos, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*. IN TEPEDINO, Gustavo (Coord.), *Temas de Direito Civil – Tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

TEPEDINO, Gustavo. *Normas constitucionais e relações de direito civilna experiência brasileira*. IN *Stvdia Ivridica* 48, colloquia 6 (boletim da faculdade de direito de Coimbra). Portugal: Editora da Universidade de Coimbra, 2000

TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. IN TEPEDINO, Gustavo (Coord.), *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000

TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. IN TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Temas de Direito Civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

UNCTAD. “*Creative economy report. The challenge of accessing the creative economy: towards informed policy-making.*” Disponível em http://www.unctad.org/en/docs/ditc20082cer_en.pdf . Visitado em 20/05/2008

UNESCO. “*International flow of selected goods and services 1994-2003: defining and capturing the flows of global cultural trade*”. Disponível em http://www.uis.unesco.org/template/pdf/cscl/IntlFlows_EN.pdf . Visitado em 25/05/2008

WIPO. “*Study on the economic importance of industries and activities protected by copyright and related rights in the Mercosur countries and Chile*”. Disponível em

http://www.wipo.int/export/sites/www/sme/en/documents/pdf/copyright_mercosur.pdf . Visitado em 01/05/2008

WOLTON, Dominique. *Il Faut Sauver la Communication*. Paris: Flammarion, 2005.

PARTE V

DIREITO DE AUTOR E DESENVOLVIMENTO



PREMISSAS PARA O DESENVOLVIMENTO: REFLEXÕES A PARTIR DA OBRA DE AMARTHYA SEM

Marcia Carla Pereira Ribeiro²²²

SUMÁRIO: 1.Introdução. 2. Critério para aferição do desenvolvimento. 2.1. Liberdades políticas. 2.2. Grau de liberdade. 2.3. Privação de liberdade. 2.4. Expansão da liberdade. 2.5. Mercados e liberdades. 2.6. Liberdade individual e social. 2.7. Notas Conclusivas

RESUMO: A idéia de desenvolvimento é indissociável da percepção dos avanços trazidos à sociedade contemporânea pelos incrementos tecnológicos de nossa era. Além da medida do desenvolvimento a partir de critérios puramente econômicos, o maior ou menor acesso à liberdade também pode servir de critério à confirmação do estágio de organização de uma sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Desenvolvimento. Liberdade. Avanços tecnológicos. Direito do autor

ABSTRACT: The idea of development is inseparable from the perception of progress brought to the contemporary society by technological advances of our age. Beside the extent of development from purely economic issues, the greater or lesser access to freedom can also serve as a criterion to confirm the stage of society organization

KEYWORDS: Development. Freedom. Technological advances. Authors' Right

1. Introdução.

A utilização excessivamente generalizada de termos com forte apelo emocional pode conduzir a uma armadilha. A atitude de falar agrada a quem expressa e a quem ouve, porém, com o passar do tempo, a repetição que não se concretiza esvazia-se de utilidade e o

²²² Mestre e doutora em Direito pela UFPR. Pós- Doutorado FGVSP. Professora graduação, mestrado e doutorado da UFPR e PUCPR. Diretora do PPGD/PUCPR. Ex. pesquisadora visitante na Université de Montreal. Procuradora do Estado do Paraná. Agradecimentos da autora à colaboração de Eduardo Agostinho na elaboração deste paper.

desacreditar se materializa na percepção do vazio da palavra dita que não se transforma em obra.

A busca pelo desenvolvimento é indissociável das civilizações contemporâneas. Desde que primeiramente o acesso aos bens, depois em tempos mais próximos, a perspectiva de acesso à informação generalizaram-se, tornou-se mais difícil a aceitação da exclusão de alguns – ou, infelizmente, muitos – a condições de vida que os tempos contemporâneos expõem com tanta vivacidade, especialmente por meio da publicidade.

O aparato ofertado pela contemporaneidade, a seu turno, em muito se tornou o que é em razão dos avanços tecnológicos, assustadoramente rápidos, dos últimos cinquenta ou sessenta anos.

São produtos e serviços aperfeiçoados pela técnica científica, reproduzidos às centelhas de milhares por estas mesmas técnicas. São os milagres da modernidade que, ao menos na aparência, são passaportes para a felicidade.

Mas, qual o parâmetro para a compreensão do significado da palavra desenvolvimento? Numa cidade sem rede de esgoto, desenvolvimento é a superação das carências de saneamento. Para regiões sem serviço médico, a instalação de um posto de saúde. Para os contratantes de planos de saúde é poder marcar uma consulta médica pelo telefone. Para os que buscam o hospital especializado é o acesso aos maquinários de última geração na realização dos exames que facilitarão a formulação do diagnóstico. Vários são os pontos de partida para aferição do significado da palavra desenvolvimento.

Ao mesmo tempo em que os melhores e mais promissores instrumentos condutores de desenvolvimento estão atrelados à genialidade humana, à sua capacidade de criação e aperfeiçoamento, daí a relevância a ser atribuída ao Direito do Autor, também o real desenvolvimento depende da atuação do homem no sentido de ampliar a possibilidade de acesso à informação e às novas tecnologias que efetivamente contribuam para a melhoria das condições de vida em sociedade.

O presente texto busca contribuir para a identificação do sentido da palavra desenvolvimento, a partir da visão do economista, ganhador do Prêmio Nobel de Economia, Amartya Sen, na obra *Desenvolvimento como liberdade*²²³ e estabelecer uma relação entre desenvolvimento e Direito do Autor.

2. Critérios para aferição do desenvolvimento

²²³ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Editora Schwarcz, 2007.

Sen aponta para a dificuldade não só do entendimento do conteúdo da palavra desenvolvimento, como busca demonstrar as limitações da concepção de avaliação do crescimento de um país, que normalmente se opera por intermédio de critérios relativos. Associa-se crescimento à renda, por exemplo, quando o critério utilizado tem por parâmetro a capacidade de consumo de uma população. Para o economista, a avaliação do desenvolvimento pode partir de outros critérios, especialmente a partir da valoração quanto à existência de liberdades substantivas que englobam, por exemplo, as liberdades políticas, as facilidades econômicas, as oportunidades sociais, as garantias de transparência e a segurança protetora.

2.1. Liberdades políticas

A liberdade não se resume àquela de troca entre os indivíduos. Para que efetivamente exista a livre concorrência, é preciso que exista, antes, a oportunidade social para a participação nesse mercado.

Para Sen, “geralmente temos excelentes razões para desejar mais renda ou riqueza. Isso não acontece porque elas sejam desejáveis por si mesmas, mas porque são meios admiráveis para termos mais liberdade para levar o tipo de vida que temos razão para valorizar (Sen, 2007, p. 28), vale dizer, a riqueza encontra seu fundamento e utilidade quando serve de meio para a obtenção da vida desejada”. Sem dúvida que o desenvolvimento econômico tem um importante papel para tal fim, porém, o crescimento não é um fim em si mesmo.

O desenvolvimento atrelado ao crescimento econômico não conduz automaticamente a uma redução das desigualdades sociais, sendo que, por vezes, o simples crescimento, sem preocupações distributivas, pode até agravar as desigualdade. Desenvolvimento, para além do econômico, pode ser valorado a partir da oportunidade que se dá para o indivíduo exercer as suas liberdades.

Uma das formas de liberdade, a liberdade política se expressa não só na aptidão para eleger seus representantes, mas na percepção do papel das políticas públicas na aceleração do crescimento. Na verdade, desenvolvimento pressupõe de um lado a melhor organização dos mercados e de outro a implementação de políticas públicas, as quais na visão de Sen, não são suficientes para garantir uma melhoria da condição de vida que se mostre duradoura. Mercados estáveis, nos seus estudos, são instrumentos eficazes de crescimento.

Por outro lado, quando a questão é analisada sob o prisma da liberdade, em especial da liberdade política, para Sen há poucos indícios de que uma política autoritária auxilie na

melhoria social, já que, em tese, nos regimes democráticos a busca pelo voto poderá induzir os governantes a agir de forma a evitar grandes comoções sociais, especialmente quando atreladas à fome coletiva (p.30).

2.2. Grau de liberdade

Economicamente, liberdade vincula-se ao exercício de ações e de tomada de decisões, desde que se acompanhe da liberdade de oportunidade.

Liberdade pressupõe condições para a condução da vida de forma a tornar-se viável aquela escolhida, inclusive se necessário, mediante auxílio das políticas públicas, e mais, capacidade de influir nesta política, o que remete à liberdade política.

Portanto, se há a liberdade e o indivíduo se habilita a uma vida econômica ativa, por meio do trabalho, é imprescindível que a condição econômica do país permita-lhe ter acesso ao trabalho, sob pena de sua decisão ficar desprovida de efetividade. Aqui, o acesso ao conhecimento e à tecnologia são imprescindíveis. Observa-se que, no Brasil, segundo dados disponibilizados, há oportunidades de trabalho que demoram a ser preenchidas por falta de qualificação dos interessados. Logo, se o desenvolvimento pode ser associado ao grau de liberdade e se esta liberdade torna-se visível, para além do aspecto psicológico, na condição de concretização da aspiração, quanto mais generalizado o acesso à informação, maior a perspectiva de desenvolvimento.

2.3. Privação de liberdade

Sen indica algumas formas de privação da liberdade. Não há liberdade na ausência de oportunidades reais, na qual a existência da fome e da desnutrição fazem com que parte da sociedade não tenha pleno acesso à liberdade básica de sobrevivência.

Em outros casos, ainda, existe, como barreira à liberdade, o autoritarismo, que priva os indivíduos da liberdade política e dos direitos civis básicos. Alguns economistas, inclusive, compreendem que o regime autoritário pode até desejável sob o enfoque econômico, pois seria aquele cuja estabilidade permite a otimização dos recursos e a sua alocação eficiente. Observa o autor, contudo, que na história da humanidade, as únicas situações de fome coletiva se deram em regimes autoritários, o que coloca em questão essa suscitada maior possibilidade de eficiência, favorecendo, portanto, a preferência por um ambiente em que os agentes possuam liberdade de ação.

No Brasil, dados demonstram que efetivamente durante períodos ditatoriais, ocorrem melhorias econômicas, observem-se os picos dos índices de Produto Interno Bruto ocorridos

em 1937, entre 1945 e 1947 e, especialmente a escalada que vai de 1964 a 1974. As maiores taxas de crescimento no país ocorreram entre 1967 e 1973. Economicamente falando o governo de Ernesto Geisel de 1974 a 1978 caracterizou-se por uma política de elevado crescimento, de estrutura produtiva diversificada e participação no mercado externo, porém, o crescimento econômico não se mostrou sustentável em razão da concentração de renda e das desigualdades.

Afora as questões diretamente econômicas, os períodos ditatoriais no Brasil, acompanhados de seus efeitos sociais e humanos negativos, não podem ser considerados como paradigmas eficientes no desenvolvimento de nosso país, já que perduram até os dias atuais as mazelas da condição de país não desenvolvido.

Isto porque, como exposto por Sen, a simples melhoria econômica não significa desenvolvimento quando abstraída de outras questões relacionadas às liberdades e à qualidade de vida do ser humano.

A liberdade como critério de avaliação para o desenvolvimento, é vista não apenas como resultado do processo, mas também a partir dos meios adotados para se chegar ao crescimento. Deve ser vista como um aspecto do processo a fim de garantir, por intermédio da liberdade, o desenvolvimento. Sen toma a liberdade como instrumento e como finalidade no direcionamento das políticas públicas e das iniciativas individuais voltadas ao desenvolvimento. As formas de privação da liberdade se antagonizam com o primado do crescimento.

Sob esta ótica, há como substituir-se o critério da pobreza de renda para o de privação de capacidade que impede, por sua vez, o exercício das liberdades, como parâmetro de avaliação do grau de desenvolvimento de um país.

2.4. Expansão da liberdade

O desenvolvimento como liberdade compõe-se por um conjunto de liberdades substantivas, que representam elementos constitutivos básicos para o indivíduo, de modo que, afere-se o desenvolvimento de acordo com a *capacidade* do indivíduo de exercer essas liberdades.

A concretização das liberdades asseguradas legislativamente depende desta postura de busca da capacitação do ser humano para escolher a vida que levará, para poder agir a partir de suas escolhas, para compreender a importância das políticas públicas e sua capacidade de interferência na fixação destas políticas

O incremento dessa capacidade e a velocidade com que se processa, é indissociável das políticas públicas, as quais, em ciclo, são direcionadas pela influência dos indivíduos que fazem uso efetivo de suas capacidades.

Numa sociedade democraticamente madura se estabelece um círculo de virtuosidade, no qual a ampliação do acesso aos benefícios do crescimento conduz à melhor formação do titular do poder democrático, que fará escolhas a partir do instrumento obtido por meio do conhecimento e elegerá agentes multiplicadores de políticas públicas socialmente positivas.

O acesso à informação e às tecnologias facilitadoras é indispensável ao propósito de se dotar o indivíduo da liberdade que somente pode ser forjada a partir do conhecimento. Maior acesso, melhores escolhas, maior a probabilidade de estabelecimento de políticas públicas multiplicadoras que terão um papel fundamental no desenvolvimento e na sua velocidade de implementação.

No âmbito privado, o conceito dado pelo autor em relação à conduta do indivíduo é pautado no aspecto da condição de agente. Este age como membro do público e como participante de ações econômicas, sociais e políticas. A preocupação, nesse caso, é tornar a conduta do homem racional, mais complexa que a visão utilitarista, fundada na conduta racional voltada à satisfação pessoal.

Estabelecidas essas premissas, destaca Sen, que o objetivo de sua obra é apresentar uma nova proposta de sistema de avaliação do desenvolvimento, em contraposição à constatação *econômica* da primazia da renda e da riqueza, pautando-o nas liberdades substantivas. Segundo esse enfoque, lembre-se, pobreza deixa de ser equivalente à baixa renda e passa a corresponder à privação de capacidade.

2.5. Mercados e Liberdades

Com isso, procura o autor, compreender a noção do livre mercado fora do centro de atenção da utilidade e, observando-o a partir da ótica da liberdade, a qual, segundo SEN, era a leitura original, posteriormente restringida pelos liberais clássicos pós-smithianos. Vale dizer, a liberdade do sistema pode incrementar o desenvolvimento, admitindo-se restrições pontuais, normalmente pela regulamentação. Nessa leitura, sob a ótica da liberdade, o preceito do livre mercado é pautado, justamente, pelo fato de que a sua negação caracterizaria uma fonte de privação de liberdade.

Há o direito das pessoas fazerem transações e trocas, mas também uma necessária percepção dos limites que serão fixados pela regulamentação. Assim, uma determinada negociação danosa a terceiros poderá ser proibida, mediante intervenção dos poderes que

conduz a uma perda direta que pode ser compensada, no entanto, pela perda alternativa dos efeitos indiretos sobre terceiros (p.42).

Afasta-se, deste modo, uma outra concepção de liberdade de mercado que coincidente com a ótica utilitarista, na qual se constata que o livre mercado funciona como mero mecanismo de expansão de riqueza.

Para Sen, foi uma grande perda para a sociedade quando se substituí os fundamentos dos sistemas pró-mercado que passou da liberdade para a utilidade, orientando pela retomada do papel central da liberdade.

2.6. Liberdade individual e social

Sen reforça que a liberdade individual é um produto social e que existe uma relação de mão dupla, pois existem disposições sociais que visam expandir as liberdades individuais, no entanto, por outro lado, o seu uso deve ser realizado não só para a melhoria da vida de cada um, mas para tornar as disposições sociais mais apropriadas e eficazes.

Apregoa a existência de disposições sociais para a expansão das liberdades individuais, estas para melhorar a vida de cada um e para o estabelecimento de disposições sociais mais apropriadas (p.46).

Quanto à tradição, à cultura e à democracia, as pessoas envolvidas devem ter a oportunidade de escolha para a definição das medidas a serem tomadas quando a tradição conduz à pobreza e à morte (p.47).

2.7. Notas conclusivas

Sob o escopo do desenvolvimento, tem-se a expansão da liberdade como fim primordial e, portanto, como elemento constitutivo, e também como principal meio, em seu papel instrumental.

Caracterizam-se como liberdades instrumentais, as liberdades políticas (sufrágio), as facilidades econômicas (crédito), as oportunidades sociais (educação e saúde), as garantias de transparência (licitude nas relações) e a segurança protetora (segurança social). Essas liberdades tendem a contribuir para a capacidade geral de o indivíduo viver mais livremente, e têm o efeito de complementar umas às outras.

Dentro de um sistema de inter-relação e complementaridade o desenvolvimento é consequência do crescimento econômico que permite um aumento da renda privada e um aumento da intervenção governamental ativa, pela expansão de serviços sociais.

Para Sen, “*Correspondendo a múltiplas liberdades inter-relacionadas, existe a necessidade de desenvolver e sustentar uma pluralidade de instituições, como sistemas democráticos, mecanismos legais, estruturas de mercado, provisão de serviços de educação e saúde, facilidades para a mídia e outros tipos de comunicação etc. Essas instituições podem incorporar iniciativas privadas além de disposições públicas, bem como estruturas mais mescladas, como organizações não-governamentais e entidades cooperativas.*” (p. 71)

Portanto, desenvolvimento é liberdade. Liberdade é indissociável da exteriorização das capacidades. As capacidades se formam a partir da preservação da própria vida – direito à saúde- e do conhecimento. As ações voltadas ao conhecimento e a expansão desejável de seu acesso tem um papel fundamental na busca do desenvolvimento.

DESENVOLVIMENTO E DIREITOS DE AUTOR²²⁴

José Augusto Fontoura Costa²²⁵

Fernanda Sola²²⁶

SUMÁRIO 1 Desenvolvimento 2 Direitos de autor. 3 Desenvolvimento e direitos de autor.

1 DESENVOLVIMENTO

Ao que parece, a precisão do sentido de uma palavra ou expressão é inversamente proporcional à força que esta tem em sua dimensão emotiva. Quanto mais seja percebida como intensamente adorável ou odiosa, uma palavra ou expressão tende a ter significados menos precisos. É por isso que, como no que diz respeito a “justiça” ou “democracia”, o “desenvolvimento” se apresenta, hoje, como pouco definido e polissêmico.

A polissemia é a característica de palavras ou expressões que têm dois ou mais significados diferentes, embora relacionados. Assim, “cravo” pode se referir a um tipo de prego, bem como a um tempero, uma flor ou um instrumento musical. Embora seja possível encontrar correlações entre os vários sentidos, não é razoável confundir o ingrediente culinário com o insumo do carpinteiro, sob pena de uma severa indigestão. Não se trata, evidentemente, de vagueza, mas de núcleos diversos de significação.

No que se refere à vagueza ou imprecisão, por outro lado, termos que lidam com intensidades não quantificadas, como “claro”, “grande” e “vermelho” tendem a deixar ao seu redor uma zona cinzenta, não ficando muito claro onde começa ou termina a abrangência da noção. De maneira menos evidente do que nos termos exemplificados, os sentidos de alguns termos pressupõem intensidades, como a justiça: para saber se uma pena ou uma indenização pode ser considerada justa, é preciso avaliar a sua intensidade.

“Desenvolvimento”, como veremos, é tanto polissêmica, quanto vaga.

²²⁴ Participação como debatedor no II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público.

²²⁵ Professor da Universidade Católica de Santos e da Universidade do Estado do Amazonas. Livre-docente em Direito Internacional pela FADUSP.

²²⁶ Mestre em Direito Ambiental pela Universidade Católica de Santos.

Em primeiro lugar, é preciso deixar claro que o termo se refere a um processo, não a um estado. Neste sentido, pode-se dizer que se trata de um fenômeno dinâmico tendente ao estado de desenvolvido. O que já se encontra nesta condição, portanto, não pode se desenvolver. O parâmetro de desenvolvimento é, portanto, dado pela observação dos países desenvolvidos.

Um processo comumente associado ao desenvolvimento é o crescimento econômico. Seu indicador mais difundido é o produto nacional bruto (PNB), que pode ser definido como “o valor de todos os bens finais e serviços produzidos por fatores próprios de produção no decorrer de um dado período”, embora no Brasil o indicador mais amplamente adotado seja o produto interno bruto (PIB), que é o “valor dos bens finais produzidos no país”²²⁷.

Embora seja inegável a relação entre crescimento e desenvolvimento, não há dúvida de que se tratam de noções diversas. A variação da renda *per capita*, que corresponde ao PIB dividido pela população, é um indicador melhor do que a simples taxa de crescimento, mas, apesar disto, deixa de considerar aspectos significativos, como, por exemplo, a distribuição de renda.

O primeiro núcleo de significado de desenvolvimento, portanto, se refere a critérios quantitativos, os quais podem se referir a crescimento, renda *per capita* ou outros indicadores referentes a industrialização, alfabetização e expectativa de vida. Esta percepção conduz a uma percepção gradualista do desenvolvimento, conforme a qual o incremento dos índices relevantes assinala um processo contínuo.

É com relação a esta percepção, entretanto, que um outro núcleo de significado começa a ser construído a partir dos anos 1950, especialmente a partir da Conferência de Bandung, em 1955. Na América Latina, as teorias da dependência apontaram, especialmente a partir do trabalho da Comissão das Nações Unidas para a América Latina (CEPAL) e, em particular, de Raúl Prebisch, que elaborou a hipótese da deterioração dos termos de intercâmbio, conforme a qual os países exportadores de commodities tendem a obter cada vez menos divisas com o mesmo nível de exportações²²⁸.

Desta perspectiva, a substituição de importações mediante processos de industrialização, com a imposição de barreiras seletivas à importação, foi adotada como política por diversos países, inclusive o Brasil. Não obstante, mesmo estas políticas foram

²²⁷ Dornbusch e Fischer, 1991, p. 38 e 39. A diferença entre os dois é que o PNB considera os bens produzidos no exterior com a aplicação de fatores nacionais. Os honorários recebidos por um advogado brasileiro que presta consultoria na Argentina faria parte do PNB brasileiro e do PIB argentino, mas não do PIB brasileiro ou do PNB argentino.

²²⁸ Bielschowsky, 1996.

insuficientes para superar o desequilíbrio departamental, decorrente do ciclo do produto e da manutenção, nos países centrais, do investimento em pesquisa e tecnologia²²⁹.

Pode-se, portanto, falar de duas noções conflitantes de desenvolvimento. Uma delas, gradualista, identifica o subdesenvolvimento com um atraso histórico, o qual pode ser solucionado mediante a aceleração do crescimento resultante de ajuda internacional e regimes comerciais e financeiros estáveis. Por outro lado, o subdesenvolvimento estrutural resulta da deterioração dos termos de intercâmbio e do desequilíbrio departamental dos processos de industrialização tardia²³⁰:

Na atualidade, porém, o sentido do desenvolvimento ultrapassou o âmbito estritamente econômico para levar em conta aspectos que denotam melhor qualidade de vida. É neste sentido que foram desenvolvidos por Amartya Sen e Gustav Ranis, a pedido do PNUD, os índices de desenvolvimento humano (IDH), que consideram quatro variáveis: o PIB *per capita*, a expectativa de vida, a escolaridade obrigatória e os índices de alfabetização de adultos²³¹. A noção de desenvolvimento como liberdade, ademais, agrega a dimensão institucional e política à análise dos padrões de conforto e dignidade, trazendo novas e importantes variáveis à tona, como a liberdade política, as oportunidades sociais, a transparência e a segurança, além de assumir que a liberdade é tanto instrumental quanto constitutiva do desenvolvimento²³².

Um sentido particularmente importante para desenvolvimento é o de sustentabilidade, que limita o crescimento às demandas das futuras gerações, considerando as dimensões ecológica, econômica e social²³³. O caráter transgeracional já aparecia na Declaração de Estocolmo, de 1972, mas tomou sua forma mais conhecida com a formulação do Relatório Brundtland, de 1987, como ficou conhecido o documento elaborado pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, intitulado “Nosso Futuro Comum”, como a forma de desenvolvimento que “satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de que as gerações futuras satisfaçam suas próprias necessidades²³⁴”.

Retomando, então, a noção de polissemia, pode-se afirmar que a noção de desenvolvimento tem mais de um núcleo de significado por duas razões. Em primeiro lugar, as percepções gradualista e estruturalista se constroem em torno de noções bastante diversas

²²⁹ Lacerda *et al.* 2005.

²³⁰ Abellán, 2003, p. 299-300;

²³¹ Samuelson e Nordhaus, 1999, p. 540.

²³² Barral, 2005, p. 39 a 41; Sen, 1999.

²³³ Juste, 1999, p. 33.

²³⁴ Nanda, Ved. P.3

de desenvolvimento: uma é principalmente quantitativa e fortemente ancorada no crescimento, seja econômico, seja de outros indicadores, como os que compõem o IDH; a outra é qualitativa e não se confunde com o mero incremento de índices, mas na sua relação estrutural com os processos produtivos e sociais. Em segundo lugar, ao se tratar das modalidades qualificadas de desenvolvimento, é possível, desde logo, identificar núcleos de referência nas noções de desenvolvimento humano e de desenvolvimento sustentável, sem prejuízo de outros possíveis tipos, como o industrial, social e setorial entre outros.

Além disto, principalmente no que se refere ao desenvolvimento compreendido de maneira gradualista, a classificação em graus de desenvolvimento é possível a partir do estabelecimento de critérios discricionários: os desenvolvidos apresentam determinados índices acima de um dado patamar, os emergentes, entre duas cifras e os de menor desenvolvimento relativo, abaixo de dados limites. O uso natural do termo, portanto, apresenta-se como vago – pelo menos potencialmente²³⁵ – sendo possível sua definição mediante a fixação artificial de parâmetros.

2 DIREITOS DE AUTOR

Havendo sido conceituados com maior propriedade em outros trabalhos apresentados, é desnecessário, aqui, um novo esforço de identificação de seu sentido e alcance. Concentra-se a atenção, destarte, na compreensão da possível influência destes direitos sobre os processos de desenvolvimento.

Antes de qualquer coisa, é importante rememorar que o Direito cumpre algumas funções de grande importância para a estruturação das modernas economias. Estabelece, em primeiro lugar, um marco institucional mínimo que possibilita o funcionamento das economias de mercado, na medida em que estabelece institutos como a propriedade privada e os contratos, baseando-os na ampla liberdade individual garantida pelas constituições liberais e os códigos de Direito Privado. Mais do que isso, servem para a correção das chamadas falhas de mercado: custos de mobilização dos fatores produtivos; falta e assimetria de informação, concentração dos agentes econômicos, externalidades e ausência de oferta de bens coletivos. Por fim, o Direito é, ainda, instrumento de implementação de políticas públicas, as quais podem buscar metas públicas diversas da simples manutenção do bom funcionamento do mercado²³⁶.

²³⁵ Carrió, 2001.

²³⁶ Nusdeo, 2006.

O estabelecimento e a regulação dos direitos de autor pode, com efeito, ser compreendida em qualquer destas três dimensões da ação estatal mediante o Direito.

Com efeito, os direitos de autor são uma das espécies de institutos abrangidos pela categoria da propriedade intelectual. Sua função primordial é o estabelecimento de critérios de excludibilidade, os quais tornam tais direitos objetos passíveis de trânsito no mercado. Em outras palavras, como as demais posições jurídicas derivadas do instituto da propriedade, os direitos de autor subjetivos se tornam comercializáveis apenas na medida em que é possível excluir as pessoas de sua utilização e fruição. Como esclarecem Sol Picciotto e David Campbell (2003), não há nenhuma diferença essencial entre a propriedade de tangíveis ou intangíveis, já que ambos dependem da possibilidade de excluir terceiros, o que pode se dar mediante instrumentos estatais (como os direitos juridicamente estabelecidos, sistemas jurisdicionais e sistemas de cumprimento forçado) ou com o estabelecimento de instituições não estatais (como a condenação moral da pirataria, o estabelecimento de protocolos tecnológicos excludentes de não-membros e a construção publicitária do prestígio associado a marcas) e, até mesmo, por meio da própria auto-tutela (como na resistência contra a turbação e o esbulho e na capacidade física e tecnológica de afastar potenciais usuários).

O primeiro sentido do direito de autor, portanto, é o de reforçar a criação de objetos jurídicos passíveis de apropriação mediante a titularidade dos direitos de uso, gozo e fruição. Cria-se, portanto, propriedade, a qual pode ser objeto de transações jurídicas. Neste sentido, pode-se falar, portanto, na articulação de institutos que possibilitam as trocas em uma economia de mercado.

A principal justificativa pragmática²³⁷ para o emprego de recursos estatais na criação e tutela de ativos privadamente apropriados é de que a sistemática do mercado implica na alocação mais eficiente de fatores produtivos, bem como na oferta da mescla de bens melhor adequada à satisfação de necessidades individuais. Particularmente significativa é, neste sentido, a questão referente à oferta dos bens coletivos²³⁸ e, particularmente, à ausência de oferta devida à falta de preferências reveladas pelos consumidores.

Os bens coletivos são aqueles que podem satisfazer a necessidade de mais de um consumidor. É possível que a satisfação de todos os que podem se beneficiar do bem supere os custos de sua produção, mas que esta, mesmo assim, não se verifique em razão do custo demasiadamente elevado para um único consumidor. Imagine-se, por exemplo, que cinco

²³⁷ Há importantes *topoi* que justificam a prestação estatal de tutela ao direito de autor pela *justiça* em relação aos inventores e criadores. Não se discutirá tal linha argumentativa neste trabalho.

²³⁸ É comum, na Economia, a referência a *bens públicos*. Preferimos, aqui, a expressão *bens coletivos* para evitar a possível confusão com o conceito jurídico de bens públicos.

peçoas desejem ouvir uma determinada canção em uma *jukebox*, mas o preço da execução, de R\$ 2,00, é considerado muito alto por cada um dos interessados, que estariam dispostos, por hipótese, a pagar R\$ 0,45. Se todos se reunissem e aportassem R\$ 0,40, todos estariam mais satisfeitos ($R\$ 0,40 < R\$ 0,45$), mas isto não ocorre em condições de mercado, em decorrência da existência de custos de transação²³⁹.

Assim, em uma situação em que todos pudessem ter acesso livre aos bens resultantes da criação artística ou da produção técnico-científica, não haveria incentivo suficiente para os seus fornecedores, pois nenhum consumidor estaria disposto a pagar por algo que estivesse disponível para todos, independentemente de despesas.

Por outro lado, existem argumentos no sentido de que a produção artística e as inovações técnicas e científicas existem sem a necessidade da criação de direitos exclusivos e que a livre disponibilidade de informação e para o uso das descobertas favorecem a criatividade e a possibilidade de novos inventos.

Existem, decerto, formas alternativas de remuneração dos artistas e cientistas, como os subsídios estatais e o pagamento por prestação específica de serviços, como apresentações artísticas, palestras e consultorias. Por outro lado, no que tange às ações empresariais de pesquisa e desenvolvimento, o segredo industrial e as vantagens de manter a vanguarda na oferta de produtos e serviços é incentivo suficiente para garantir pelo menos algum grau investimento.

Além disto, o acesso ao conhecimento e às inovações já existentes é que tornam possível o progresso técnico e científico. A propriedade sobre substâncias, processos e modelos aumenta os custos de outros inventores e pesquisadores, levando a situações de monopólio, as quais são contrárias à eficiência de mercado. Isso, na atualidade, vale também para a cultura e as artes, pois à medida que a proteção de direito de autor estende seu âmbito de cobertura material e temporal, torna-se mais difícil encontrar referências recentes que não estejam protegidas.

Deste modo, deve-se deixar claro que existem alternativas para a conformação dos direitos de propriedade intelectual e, em particular, os de autor. Por um lado, é possível a equiparação destes direitos aos de propriedade, tendência que parece vir ganhando força com a ampliação do âmbito de abrangência dos direitos de autor para, por exemplo, alcançar os

²³⁹ Pressupõe-se que, no mercado, os consumidores manifestam suas preferências mediante o pagamento do preço pelos bens que desejam adquirir. Se dois ou mais indivíduos se reúnem e tomam decisões econômicas conjuntamente, mediante a formação de uma pessoa jurídica, por exemplo, haverá um único agente, não múltiplos. A existência de custos de transação explica por que, na prática, muitas vezes estas reuniões não se realizam. Para um estudo detalhado, Coase (1937; 1970) e Williamson (1985).

programas de computador, bem como a extensão dos prazos destes direitos. É importante deixar claro, no entanto, que esta opção gera custos para as autoridades estatais, uma vez que os mecanismos institucionais e jurisdicionais para a garantia dos direitos de propriedade intelectual são mantidos pelo Estado.

Pelo outro lado, as opções de facilitar o acesso aos direitos de autor, que também dependem de investimentos estatais, parecem vir sendo preteridas em relação às formas proprietárias. Isto, porém, não significa que esta alternativa tenha deixado de existir, mas apenas que as opções políticas e jurídicas vêm apontando, nos âmbitos internos e internacional, uma tendência a tornar os direitos de propriedade intelectual mais abrangentes e resistentes.

Como, porém, não se trata da proteção de direitos *naturalmente* atribuídos, mas da conformação jurídica de opções políticas, cabe perguntar a quais fins seguem as escolhas governamentais e legislativas. Neste sentido, deve-se proceder a crítica da capacidade do modelo que intensifica a exclusividade em favor dos detentores dos direitos de autor em vista dos objetivos de desenvolvimento.

3 DESENVOLVIMENTO E DIREITOS DE AUTOR

Ao tratar do acesso e dos direitos referentes aos recursos genéticos, Sabrina Safrin (2004), seguindo a noção proposta por Michael Heller (1998), aponta para a hiper-titularidade como uma situação capaz de impedir o aproveitamento econômico de recursos. Trata-se, resumidamente, da tragédia dos anti-comuns, situação na qual a sobreposição de direitos sobre a utilização de um bem impede sua oferta em condições de mercado, sendo necessário o concerto entre os agentes, o que pode emperrar em razão de elevados custos de transação.

Uma situação particularmente interessante é a que diz respeito às cadeias de utilização de descobertas e, portanto, de autorizações para o uso de fragmentos de informação protegidos.

Um dos âmbitos onde tal situação se revela de maneira vigorosa é o da produção de *software*, no qual a preponderância tendente ao monopólio da Microsoft se funda na impossibilidade de livre desenvolvimento de novos produtos por terceiros, sendo necessário o pagamento de *royalties*. De modo algo irônico, o principal sistema concorrente, o Linux, é baseado na liberdade de acesso aos códigos fonte, o que permite um ambiente de maior cooperação e competitividade.

Também no campo dos produtos artísticos e culturais as barreiras à criatividade e ao mercado se apresentam na forma de direitos de autor. Com efeito, nos tempos atuais, os referências culturais acidentais são, muitas vezes, protegidos por direitos de autor. É algo que pode ser percebido nas crianças que transitam melhor pelo universo dos personagens Disney do que pelas tradições e lendas nacionais. Mesmo sem se fazer um juízo de valor sobre as vantagens e desvantagens de escolher o folclore ou a cultura pop, o fato é que a expressão cultural destas pessoas será limitada, no futuro, pelos direitos de autor sobre as referências culturais e artísticas. Parte da crítica articulada pela pop art e pelos objetos-pastiche pós-modernos aponta para esta mesma direção. A criação artística e a produção cultural, portanto, ficam cada vez mais restritas em virtude da ampliação de direitos de propriedade.

Mas como isto afeta o desenvolvimento?

Considerando a concepção estrutural do desenvolvimento, conforme a qual as relações internacionais de dependência são constituídas em torno da centralização de certas atividades em alguns países, o incremento da proteção da propriedade intelectual e dos direitos autorais pode servir como um instrumento de manutenção das assimetrias em favor de países centrais e das empresas que sejam detentoras dos blocos de informação necessários para inovar. As ações de pesquisa e desenvolvimento terminam por se concentrar nas matrizes, garantido sua prosperidade mediante a cobrança de *royalties*, ao mesmo tempo em que as defende da potencial concorrência. As críticas à elevação dos padrões internacionais de proteção mediante o acordo TRIPs e de outros instrumentos como os tratados de livre comércio, tomam esta direção. Da mesma forma, as exigências de transferência de tecnologia em acordos internacionais são voltadas a mitigar as barreiras à circulação e utilização de informação protegida.

Além disto, se o desenvolvimento também é entendido em termos de bem estar e qualidade de vida, deve-se ressaltar que estes também dependem do exercício dos direitos à liberdade de expressão, inclusive artística, e aos bens culturais. Como a restrição ao acesso e uso de bens culturais relevantes, limitam-se os direitos pessoais, cujo exercício passa a ser condicionado ao pagamento de preços aos detentores de direitos sobre a produção anterior.

Uma vez que, atualmente, os fluxos econômicos e eletrônicos vêm se tornando fundamentais para quaisquer atividades, é ainda possível perceber que, na sociedade de informação, os limites decorrentes da propriedade intelectual podem retardar o desenvolvimento, pois dificultam a utilização das peças de informação e podem, em muitas circunstâncias, levar a situações de tragédias de anti-comuns.

Com efeito, a vida e a produção se tornaram indissociáveis das novas formas de fluxo informacional, redesenhando a própria arquitetura das atividades do dia-a-dia. As próprias atividades produtivas capazes de agregar mais valor estão se afastando dos modelos industriais e fabris tradicionais e passam por uma reestruturação profunda. Este tema, porém, não será abordado nesta apresentação.

O que importa, aqui, é deixar claro que a adoção de um modelo de propriedade intelectual, conforme o qual os direitos de autor garantem a exclusividade individual das informações, é resultado de uma opção política a respeito de como o Estado deve empregar seus recursos para alocar direitos e obrigações. Além disso, esta escolha tem efeitos sobre o próprio desenvolvimento, podendo ter efeitos negativos, seja no que se refere a sua concepção estruturalista ou dependentista, seja a sua modalidade qualificada em termos de qualidade de vida e desenvolvimento humano. A crítica e a discussão dos modelos e formas de proteção e incentivo à produção artística, cultural, científica e tecnológica, portanto, não pode cessar, uma vez que seus efeitos para a atividade econômica e, sobretudo, para a vida são importantes demais para serem relegadas à condição de mera opção técnica.

BIBLIOGRAFIA

ABELLÁN, Victoria. La cooperación internacional en la solución de problemas de carácter económico y social. *In*: DIEZ DE VELASCO, Manuel (Org.). **Las organizaciones internacionales**. Madri: Tecnos, 2003. 13^a ed.

BARRAL, Welber. Direito e desenvolvimento: um modelo de análise. *In* BARRAL, Welber (Org.) **Direito e Desenvolvimento**. São Paulo: Editora Singular, 2005.

BIELSCHOWSKY, Ricardo. **1930 – 1964 – Pensamento Econômico Brasileiro, o Ciclo Ideológico do Desenvolvimento**, 3rd Edition. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre derecho y lenguaje**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001.

COASE, R. H. (1937) “The Nature of the Firm”, *in* **Economica**, New Series, Vol. 4, No. 16, p. 386-405.

_____. (1960) “The Problem of Social Cost”, *in* **Jornal of Law and Economics**, V. 3, p. 1-44.

COSTA, José A. F. Desenvolvimento e soberania permanente sobre recursos naturais. *In*: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (Orgs.). **Comércio Internacional e Desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

DORNBUSCH, Rüdiger; FISCHER, Stanley. **Macroeconomia**. São Paulo: Makron, MacGraw Hill, 1991. 2ª ed.

HELLER, Michael A. The tragedy of the anticommons: property in the transition from marx to markets. *In Harvard Law Review*, n. 111, p. 621-688, 1998.

JUSTE, Jose. **Derecho Internacional Del Medio Ambiente**. Madrid: Mc Graw Hill, 1999.

LACERDA, Antônio C. de, BOCCI, João I., REGO, José M., BORGES, Maria A. e MARQUES, Rosa M. **Economia Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2005. 2ª ed.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**. São Paulo: RT, 2006.

SEN, Amartya. **Development as Freedom**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

NANDA, Ved. Sustainable Development, International Trade and the Doha Agenda for Development. *In Chapman Law Review*, n. 8, P. 2. Primavera de 2005.

PICCIOTTO, Sol e CAMPBELL, David. Whose molecule is it anyway?: private and social perspectives on intellectual property. *In HUDSON, Alistair (Ed.). New perspectives on property law, obligations and restitution*. London: Routledge-Cavendish, 2003.

SAFRIN, Sabrina. Hyperownership in a time of biotechnological promise: the international conflict to control the building blocks of life. *In American Journal of Intrenational Law*, n. 98, p. 641-685, 2004.

SAMUELSON, Paul A.; NORDHAUS, William D. **Economia**. Lisboa: MacGraw-Hill, 1999. 16ª ed.

WILLIANSON, Oliver E. (1987) **The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting**. Nova Iorque, Free Press.



VOLUME II



I FÓRUM DE DEBATES

SOCIEDADE INFORMACIONAL E DIREITO DE AUTOR

DIREITOS AUTORAIS NA INTERNET E SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Sávio de Aguiar Soares²⁴⁰

SUMÁRIO: 1 Conteúdo do Direito intelectual 2 Teoria Geral do Direito autoral 3 Obras intelectuais e mídias digitais 4 Direito de acesso às obras digitais na sociedade da informação. 5 Considerações finais; Referências.

RESUMO: O trabalho tem o objetivo de delinear o estudo do Direito intelectual que compreende a criação do espírito humano que se rege pelos interesses materiais do indivíduo como modo de exteriorização de pensamentos, sensações, sentimentos, conhecimentos. Estes são essenciais para o exercício do direito autoral enquanto emanção da paternidade da obra intelectual, tendo em vista a nova ordem jurídica do Estado Democrático de Direito que corrobora com a tutela autoral em questão. A regulamentação da atividade criadora das produções artísticas, científicas e literárias proporciona ao próprio criador intelectual enquanto objeto de propriedade de ordem material e moral reconhecido socialmente o exercício de um monopólio que deve ser compatibilizado com o interesse público ante os objetivos de índole cultural da humanidade. Nesse passo, o presente estudo tem por fito deslindar a temática acerca dos aspectos gerais relativos aos direitos de autor a partir da interação entre os dispositivos da Lei de Direitos Autorais e os mandamentos constitucionais que erigem os direitos autorais à condição de direitos humanos fundamentais. Portanto, o propósito é buscar uma interpretação dos conflitos entre o Direito autoral e o direito de acesso à informação e à cultura no sentido da relativização dos direitos de autor a fim de estabelecer o equilíbrio entre os direitos do criador e o conjunto da sociedade que deve ter assegurado o direito de acesso à informação, à educação, à ciência, à tecnologia e ao domínio público.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO INTELECTUAL; OBRA DIGITAL; DIREITO DE ACESSO; SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO.

²⁴⁰ Advogado. Mestre e Doutorando em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Professor de Direito Civil e Metodologia da Pesquisa Jurídica na PUC Minas – Campus Contagem. Associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI).

RIASSUNTO: Questo lavoro ha come obiettivo delineare lo studio del diritto intellettuale che ingloba la creazione dello spirito umano che se regola per l'interessi materiali dello individuo come modo di dire i pensieri, sensazioni, sentimenti, conoscimenti. Questi sono abbastanza importanti per l'esercizio del diritto d'autore come frutto della paternità della opera intellettuale, poichè la nuova ordine giuridica dello Stato Democratico del Diritto in esame in questo lavoro. La regolamentazione della attività di creazione di produzione di valore artistico, scientifico e letterario proporziona per creatore intellettuale mentre oggetto di proprietà di ordine materiale e morale socialmente conosciuto l'esercizio di un monopolio che deve essere armonizzato con l'interesse pubblico davanti obiettivi di carattere culturale della umanità. Perciò questo studio ha come obiettivo vedere aspetti generali su diritti d'autore mediante interazione tra Legge di Diritti d'autore e norme costituzionale che fa il diritto d'autore come diritto umano fondamentale. Pertanto, l'obiettivo è cercare un'interpretazione dei conflitti tra diritto d'autore e diritto di accesso alla informazione e cultura nel senso di relativizzazione del diritto d'autore con il fine di fare l'equilibrio tra diritti del creatore e la società che deve avere sicuro il diritto di accesso alla informazione, educazione, scienza, tecnologia e anche al dominio pubblico.

PAROLE-CHIAVE: DIRITTO INTELLETTUALE; OPERA DIGITALE; DIRITTO DI ACCESSO; SOCIETÀ DELLA INFORMAZIONE.

1 Conteúdo do Direito Intelectual

O Direito intelectual compreende na sua gênese os Direitos autorais e os Direitos industriais ambos envolvidos no arcabouço da denominada propriedade imaterial (bens jurídicos intangíveis). Essa categorização lógico-jurídica é definida por intermédio da classificação das espécies de direitos subjetivos na órbita do Direito Privado, sendo relacionada com os conceitos derivados da evolução do racionalismo jurídico o que ensejou a tutela legal aos direitos emanados do intelecto humano.

Estes Direitos do homem enquanto criador intelectual afiguram-se nas criações do espírito, de cunho estético e/ou utilitário, conforme o caso, tendo em vista a possibilidade de exploração econômica pela elevada diversidade de usos das obras intelectuais na sociedade moderna em decorrência da valoração promovida pela ideologia liberal burguesa, com relevo para os movimentos políticos do liberalismo e do capitalismo, de que são também manifestações jurídicas as declarações políticas dos direitos do homem e do cidadão.

O Direito intelectual foi concebido em 1877 quando o jurista belga Edmond Picard preconizou a tese de inserção dessa nova categoria jurídica, em vista da insuficiência da clássica divisão tripartite dos direitos (direitos pessoais, direitos obrigacionais e direitos reais), sendo intitulada teoria dos direitos intelectuais, tendo sido adotada para elaboração da lei belga de 1886 que importou na sua aceitação por meio de convenções internacionais e, posteriormente, nas leis internas de vários países.

Exsurge uma diversidade de propostas de conceituação para o termo propriedade intelectual que se sobrepõem consoante os interesses e necessidades dos sujeitos de direitos correlacionados, seja dos criadores (titulares originários), seja dos titulares derivados de direitos intelectuais e até mesmo dos intérpretes da normativa de regência.

A posição mais usual reputa-o como o direito de propriedade, dotado de exclusividade como incentivo, que recai sobre as mais variadas e intangíveis formas de criação da mente humana resultante do esforço intelectual. (LEITE, 2004).

Consoante José de Oliveira Ascensão (2004, p.6) a estratégica e controvertida expressão “propriedade intelectual” surgiu com o fito de preparar um entendimento favorável ao reconhecimento e expansão do direito de autor ante o advento da Revolução Francesa no século XVIII que emergiu para abolir privilégios. Nesse diapasão, a nomenclatura em comento teve um aspecto pragmático, a fim de situar os bens jurídicos protegidos no rol das propriedades, numa leitura de sacralização da propriedade individual à luz do liberalismo jurídico.

Ademais, a gênese dos direitos intelectuais em espécie constitui-se na criação do espírito humano que se rege pelos interesses materiais do indivíduo como modo de exteriorização da personalidade do autor (mediante pensamentos e a transmissão de sensações, sentimentos, conhecimentos etc), estabelecendo-se por instrumentos mecânicos tangíveis ou simplesmente perdurando na dimensão incorpórea do que se expressa (desprovido do emprego de suporte fático) de acordo com a necessidade do criador intelectual.

Bittar (2004, p.3) sustenta que os direitos intelectuais em espécie cumprem finalidades estéticas (de deleite, de sensibilização, de aperfeiçoamento intelectual, como nas obras de literatura, de arte e de ciência), bem como atende a objetivos práticos (de uso econômico ou doméstico, de bens finais resultantes da criação como móveis, máquinas etc), incorporando-se ao mundo do Direito em razão da diferenciação em dois sistemas jurídicos especiais quanto ao Direito de Autor e ao Direito de Propriedade Industrial.

O Direito de Autor em sentido objetivo é o ramo que regula as relações jurídicas decorrentes da criação intelectual e a utilização das obras protegíveis, desde que pertencentes ao campo da literatura, das artes e das ciências. O Direito Industrial aplica-se às criações de feição utilitária, voltadas para a satisfação das necessidades humanas imediatas, sendo dotadas de uso empresarial, afigurando-se nas patentes (invenção, modelo de utilidade, modelo industrial e desenho industrial), marcas (de indústria, de comércio, ou de serviço e de expressão ou sinal de propaganda), indicações geográficas e cultivares (para as variedades vegetais).

Assim, a justificativa teleológica para a bipartição do Direito intelectual fulcra-se na valoração dos bens de natureza utilitária cujo interesse mais imediato para a vida humana submete-lhes a um prazo menor de exclusividade do criador.

Em contrapartida, os direitos decorrentes das criações do espírito que atendem os requisitos necessários voltados para o aprimoramento cultural são munidos de maior alcance social o que exige lapso de proteção patrimonial estendido.

É inteligível que o Direito intelectual conceitua-se como propriedade imaterial ou incorpórea na qualidade de gênero, tendo como espécies ou ramos: os direitos autorais (direito de autor e direitos conexos), os direitos de propriedade industrial, além dos direitos de propriedade tecnodigital.

Vale dizer, o Prof. Dr. Leonardo Poli (2006a) propõe a ressystematização com a tripartição da propriedade intelectual em três ramos, quais sejam, propriedade industrial, direito autoral e propriedade tecnodigital, que comungariam das mesmas normas fundamentais na direção de conceber uma Teoria Geral da Propriedade intelectual e a partir disso oportunizar a reaproximação ao Direito civil às normas constitucionais fundamentais. De modo que, essa nova categoria jurídica versaria sobre a aplicação do direito autoral em vista da tecnologia digital que tem ocasionado mudanças cruciais na seara da propriedade intelectual.

Cuida-se de uma nova compreensão da propriedade intelectual. O impacto da tecnologia digital no processo de massificação e acesso às obras intelectuais traduz uma nova realidade que demanda da legislação, da doutrina jurídica e da jurisprudência um exame renovado no sentido de debelar a propalada crise existente nas instituições autoralistas clássicas em prol da harmonização entre a sociedade da informação e os Direitos autorais.

Esse ramo do Direito intelectual em comento seria responsável pela tutela das novas formas de utilização das obras, ante o desenvolvimento tecnológico, com base na possibilidade de fixação das obras em suporte digital, da codificação de qualquer modalidade

de obra em representação digital (armazenamento digital), da rapidez no fluxo das informações (compartilhamento pela rede mundial de computadores) e divulgação das obras, assim como no aparecimento de novas categorias de obras intelectuais etc.

O acordo TRIPS (*Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*) ou Acordo sobre Aspectos dos Direitos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (ADPIC) emergiu no cenário internacional no sentido de reconhecer a extrema importância da propriedade intelectual para o desenvolvimento socioeconômico-cultural da humanidade.

Izabel Vaz citada por Leite (2004, p. 24) assevera que um dos motivos da inclusão da tutela à propriedade intelectual entre os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 tem respaldo na proteção dos direitos econômicos ou patrimoniais e morais do criador sobre as suas criações e do público quanto ao acesso aos bens criados, a fim de fomentar o desenvolvimento econômico e social.

A Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) criada em 1967 é um dos organismos especializados da Organização das Nações Unidas (ONU), sendo responsável pela administração da Convenção de Berna para proteção das obras literárias e artísticas. Essa entidade apregoa que a propriedade intelectual compreende os Direitos de autor e os que lhe são conexos, programas de computador, bancos de dados, marcas, patentes e a concorrência desleal.

A razão de ser dos Direitos do Intelecto funda-se na tutela jurídica que se exige nos tratados e convenções internacionais, assim como nas legislações internas da maioria dos países integrantes da Organização Mundial do Comércio (OMC), entidade supranacional criada em 1995, cujos Estados-membros em sua totalidade são signatários da Convenção da União de Paris (CUP) alusiva aos direitos industriais de 1883, bem como da Convenção de Berna relativa aos Direitos Autorais datada de 1886, com suas respectivas revisões posteriores.

O denominado sistema de proteção da propriedade intelectual mundial é composto pelas entidades supracitadas, de modo que a OMPI atua na harmonização legislativa do direito de propriedade intelectual e a OMC cuida dos aspectos relacionados ao comércio internacional com fulcro no TRIPS/ADPIC, gerando obrigações de conduta na ordem internacional exigíveis dos Estados-partes do referido tratado-contrato.

A OMC ao regular os direitos intelectuais em espécie teria transformado tais direitos em mercadoria como mero componente do mercado internacional, ignorando o elemento personalístico ou cultural. José de Oliveira Ascensão (2004, p.9) designa esse fenômeno como

a representação da hegemonia da vertente empresarial sobre a criação intelectual no campo do que o jurista português qualifica como das empresas de *copyright* cujos efeitos se expandem na economia da informação que estaria sendo alvo de apropriação privada em contraposição ao direito da cultura (liberdade da informação).

Em suma, o conteúdo do Direito de propriedade intelectual ou simplesmente Direito intelectual reveste-se de uma relevância ímpar na sociedade contemporânea em razão da diversidade de questões vitais na formulação de políticas e diretivas que implicam conseqüências incomensuráveis no comportamento dos indivíduos, das instituições privadas e públicas, de alcance nacional e internacional.

Por conseguinte, esse caráter crucial exige dos teóricos da Ciência do Direito a tomada de posicionamentos capazes de contribuir para a pacificação dos interesses e o deslinde das controvérsias resultantes das relações sociais e jurídicas disseminadas no meio social, político, econômico etc.

2 Teoria Geral do Direito autoral

A proposta de uma Teoria Geral busca fixar os contornos desse microssistema jurídico a partir do exame da relação jurídica autoral no âmbito existencial e patrimonial, de seus elementos estruturais, natureza jurídica e de sua principiologia.

Além da análise dos direitos conexos, dos negócios jurídicos autorais, das relações de trabalho intelectual e titularidade das criações, da responsabilidade civil, penal e administrativa por violação aos direitos de autor (ilícito autoral), como também das questões relativas à propriedade tecnodigital, na dimensão da nova realidade tecnológica e as mudanças paradigmáticas nos institutos de Direito autoral.

A Lei de Direitos autorais (LDA), Lei Federal nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998, assenta-se como a lei básica do microssistema autoral dotada de regras e princípios destinados a regular os casos concretos. No entanto, as regras de Direito autoral devem ser interpretadas com o escopo de preservar a unidade hermenêutica e coerência do ordenamento jurídico, isto é, do direito positivo.

Leonardo Poli (2006a) pontifica que o Direito autoral contemporâneo deve ser voltado à tutela das relações jurídicas decorrentes da criação, de modo que a obra intelectual deixa de ser o centro gravitacional do Direito autoral. Evidencia-se a constitucionalização do Direito autoral na expressão cunhada de Direito autoral-constitucional que considera o direito

subjetivo em razão de suas plúrimas funções, quais sejam, econômica, social, cultural, pedagógica, política, normativa etc, superando a tutela individualista do criador.

Noutras palavras, as relações jurídicas autorais devem ser funcionalizadas a interesses existenciais e sociais na ordem pública que é norteada pela preocupação com a dignidade da pessoa humana e sua personalidade, elevando-se ao plano constitucional os princípios fundamentais do Direito autoral em decorrência da absorção pelo texto constitucional da prerrogativa de disciplinar, principiologicamente, a totalidade das relações jurídicas intersubjetivas, a fim de proteger a personalidade humana mais do que a propriedade, o ser mais o que o ter, os valores existenciais mais do que os patrimoniais. (TEPEDINO, 2003).

Nessa esteira, insta aludir sucintamente ao processo que desencadeou o advento do microsistema autoral no desiderato de elucidar o contexto de edição do estatuto autoral e da premência de sua ressystematização a partir da Teoria Geral ora demarcada.

Remonta à Escola da exegese, movimento ideológico que emergiu da edição do Código Napoleônico de 1804, o mito do legislador racional, onisciente e onipresente, com capacidade de criação de um Código que circunscrevesse a plenitude das situações da vida humana. Ao intérprete caberia tão-somente aplicar silogisticamente o Código ao caso concreto com base numa lógica puramente dedutiva, conforme método jurídico do positivismo. Isto é, o pensamento denominado sistemático-axiomático segundo o qual qualquer processo de aplicação do Direito concebia-se como existente prévia e independentemente da realidade a que se refere (do contexto de aplicação). (GALUPPO, 2003).

A codificação civil brasileira de 1916 alicerçou-se no paradigma do Estado liberal, patriarcal e individualista com a pretensão de conformar um corpo normativo único das relações jurídicas patrimoniais privadas, exercendo uma posição de centralidade e exclusividade no campo do Direito Privado.

Contudo, as necessidades, anseios e demandas socioeconômicas suscitaram o que o jurista argentino Ricardo Luis Lorenzetti (1998) classificou como o “*big bang* legislativo”, ou no dizer de Gustavo Tepedino (2004) na configuração da vocação expansionista da legislação especial ou extravagante, consagrando na evolução da civilística a pluralidade de fontes normativas.

Os microsistemas consolidaram-se com independência temática, individualidade lógica e formal, princípios autônomos, institutos específicos e particulares para regulamentar setorialmente determinadas matérias. Firmou-se um fenômeno de descodificação no qual o Código Civil passou a ter um alcance cada vez menor.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 desempenha o papel nuclear de unidade e equilíbrio do sistema normativo pátrio. Por sua vez, no sistema juscivilístico, no entender do Prof. César Fiuza (2006), o Código Civil ainda ocupa a posição central, submetendo-se inelutavelmente à leitura do texto constitucional na consecução da chamada virada hermenêutica em que as normas fundamentais, valores e princípios constitucionais atuam como convergentes e toda norma jurídica deve ser interpretada a partir deles.

Demais disso, os princípios da socialidade, eticidade e operabilidade que foram erigidos pela codificação de 2002 ao patamar de postulados fundamentais devem ser suficientes para a implementação dos valores constitucionais com o intuito de lograr a paz social e o pleno desenvolvimento econômico-social.

Os microssistemas, embora sejam munidos de vida própria, giram em torno do Código Civil ante o caráter interdisciplinar e do ponto de vista interpretativo na disciplina de casos não regulados por normas especiais.

Não obstante a fragmentação do sistema jurídico verifica-se que a reorganização normativa do Direito Privado é obtida pela aplicação dos princípios constitucionais e das normas fundamentais.

As normas constitucionais aplicáveis na esfera privada culminaram no processo de constitucionalização do Direito Civil com ênfase para os valores existenciais da pessoa humana. Entendendo-se que se devem colocar as situações patrimoniais a serviço das situações jurídicas existenciais. A adjetivação reflete a despatrimonialização do Direito Privado. O Direito civil é visto constitucionalizado, socializado, publicizado, como expressão das transformações operadas pela normativa constitucional no bojo do Direito civil na sua totalidade seja do ponto de vista da criação, aplicação e interpretação jurídicas.

Nessa linha de intelecção, Mattietto (2000) aduz que cabe ao intérprete e construtor do sistema a formação de uma mentalidade constitucionalística com a adoção das normas contidas na Constituição cujas direções hermenêuticas, de efetivo caráter de direito substancial, devem estar presentes na regulação das situações jurídicas, bem como empreendendo uma civilística mais sensível aos problemas e às exigências da sociedade.

Assim, o Direito autoral apresenta-se sob a égide de uma lógica própria que se robusteceu com a evolução social e tecnológica em constante renovação o que exige da legislação autoral uma dinâmica específica com o escopo de adaptar seus institutos, resultando na supramencionada ressystematização.

A visão constitucionalizada do microsistema autoral institui-se na reformulação do método de interpretação jurídica no emprego da perspectiva funcional, perfazendo a mencionada ressystematização na busca de harmonizar as novas tecnologias, a liberdade de expressão artística, intelectual e científica, o acesso à cultura, à informação e ao conhecimento com o exercício da exclusividade de exploração econômica do titular de direitos autorais.

A teoria jurídica do Direito autoral outrora fundada nos dogmas da autonomia da vontade, na liberdade econômica, na dualidade público e privado, no formalismo e positivismo, sendo bastante arraigada à ideologia liberal burguesa transmuda-se ao corporificar os fundamentos da dignidade da pessoa humana e da funcionalidade do direito subjetivo autoral.

O Direito de autor reveste-se de uma razão especial na tutela da pessoa humana enquanto criadora da obra intelectual, sendo dotado de norma de ordem pública e por isso é qualificado como direito fundamental da pessoa humana que independe do Estado e se manifesta pela criação intelectual.

Por seu turno, o Direito autoral constitui ramo da Ciência do Direito que agrega as situações jurídicas vislumbradas nas faculdades e prerrogativas atinentes aos sujeitos de direito de autoria (autor e titular de direito autoral), destinando-se a salvaguardar os respectivos titulares, na defesa da paternidade e integridade das obras intelectuais, em observância ao caráter bifronte, no tocante ao aspecto da manifestação direta da personalidade intangível do autor da própria essência da atividade criadora e, igualmente, na qualidade de propriedade móvel ante a natureza de direito real pela índole econômica viável no exercício do *jus utendi, fruendi et abutendi* (direito de usar, fruir e dispor) de sua criação, por força do fixado no diploma autoral. (SOARES, 2006, p.87).²⁴¹

3 Obras intelectuais e mídias digitais

O Direito intelectual insere-se no paradigma do ambiente tecnológico digital (dos avanços das telecomunicações e da informática), sendo que da Teoria Geral do Direito autoral obtêm-se os elementos para a formação dos conceitos da propriedade tecnodigital enquanto decorrência da digitalização, das auto-estradas da informação e da multimídia, configurando

²⁴¹ As situações jurídicas são conjuntos de direitos ou de deveres que se atribuem a determinados sujeitos em virtude das circunstâncias em que eles se encontram ou das atividades que desenvolvem, constituindo uma categoria jurídica abrangente que compreende numerosas manifestações de poder e de dever contidas na relação jurídica como o direito subjetivo e o dever jurídico. (AMARAL, Francisco, 2006, p.186).

“a sociedade de comunicação em que tudo estaria ao alcance do utente no meio digital e em regime de interatividade.” (ASCENSÃO, 1997).

Na abertura de um novo espaço de comunicação em que a informação assume papel de relevo para o desenvolvimento econômico, social, cultural, contribuindo para a Revolução tecnológica digital (tecnodigital) que sufragou a propriedade intelectual (leia-se com destaque ao direito de autor) à condição de bem principal na regência da economia de mercado do século XXI.

A digitalização é reputada como fundamento técnico da nova face do mundo virtual, tendo o ciberespaço como meio de comunicação que emana da interconexão mundial dos computadores cujo significado representa não somente a infra-estrutura material da comunicação digital, mas inclusive o universo de informações por ele compiladas e a multiplicidade das sociedades humanas com ele relacionadas. (LÉVY, 1999).

O ambiente digital afigura-se na definição da cibercultura que se perfaz mediante um conjunto de técnicas (materiais e intelectuais), de práticas, atitudes, modos de pensamento e de valores que suscitam o crescimento desse ciberespaço, seja em razão da dinâmica libertária e comunitária da Internet na configuração da interatividade, seja nas implicações culturais do desenvolvimento das tecnologias digitais de informação e de comunicação.

O estudo ora delineado funda-se na evolução do instituto do direito de autor em que o processo de digitalização apresenta-se como expressão do domínio tecnológico sobre a informação digital na busca de soluções para a manifesta crise existente nas instituições autorais clássicas. Isso pressupõe a releitura conceitual (que seguramente já se encontra em processamento) das instituições de Direito autoral, a fim de se coadunar a realidade tecnológica em constante metamorfose na dinâmica da tecnologia que produz em toda sua extensão reflexos no plano da Ciência do Direito.

A virtualização do saber e da comunicação, a convergência tecnológica, a complexidade das mídias (multimídia), as mutações no modo de ser da interatividade e da interconexão mundial por via digital, assim como as relações jurídicas desencadeadas nessa dimensão de transformações socioeconômicas, políticas e culturais compõem o quadro das questões versadas no debate sobre o direito de autor e a informação diante das novas tecnologias da Internet (efeitos da tecnologia digital no âmbito do Direito de autor).

Isto é, a digitalização das obras tuteladas pelo Direito de autor demanda um tratamento legal específico que seja suficiente ao equacionamento dos interesses dos criadores intelectuais e dos usuários das obras disponibilizadas no meio virtual.

Nesse passo, entende-se a tecnologia da informática (em que a internet desempenha papel de destaque) como meio de comunicação revolucionário responsável pela superveniência da cibercultura e do fenômeno da digitalização.

O ponto central consubstancia-se na adaptação do direito de autor à realidade tecnológica, por meio do exame de pontos nevrálgicos, como a plausibilidade ou não da aplicação de tecnologias que obstaculizem o acesso público ao conteúdo das informações e conhecimentos, mediante o emprego de ferramentas que controlem e restrinjam a reprodução, execução e distribuição de obras no formato digital. Cuida-se do questionamento acerca das medidas tecnológicas adotadas no ambiente virtual para o alcance do balanceamento de interesses dos sujeitos de direito autoral.

Por força da virtualização do conhecimento e das informações ocorre a discussão sobre os aspectos jurídicos da Internet e a aplicação do Direito autoral no seu campo de abrangência. Inclusive sobre o controle de utilização das obras e a disponibilização das mesmas em rede.

Os efeitos jurídicos da virtualização são identificados por meio das obras digitais que têm relação com a liberdade intelectual (enquanto prerrogativa individual do criador limitada constitucionalmente) em que se visualiza o confronto com os demais direitos fundamentais em tela.

Assim, impõe-se averiguar o movimento de privatização da informação (ou apropriação privada da informação) em face do controle da mesma por agentes econômicos (indústria cultural e midiática) no mercado cultural que a transformam em mercadoria e reduz o cumprimento das experiências culturais (com a escassez dos recursos culturais), porquanto a informação é convertida em produto de consumo.

Em relação à obra multimídia caracterizada como obra que reúne vários tipos de expressão de obras (texto, som e imagem) num único suporte informático é importante ponderar sobre a autorização de uso por parte da pluralidade de titulares de direitos autorais e a respectiva remuneração pelo emprego dessas obras com a superveniência do fenômeno da digitalização.

Logo, na Era Digital (também chamada de Era das Redes) a obra multimídia passa por uma releitura, pois com a digitalização dos dados e da desnecessidade de um suporte material tangível para se considerar a obra existente ou para a sua divulgação no ciberespaço, cria-se a possibilidade de reprodução de obras intelectuais em questão de segundos, permitindo com mais facilidade a violação dos direitos autorais.

A digitalização das obras reflete a decodificação e fixação das criações do espírito em suporte digital com a finalidade precípua de utilização ou exteriorização, conforme o caso. A obra digitalizada incorpora-se ao mundo virtual e comporta usos que transcendem aos conceitos tradicionais do Direito autoral. (POLI, 2006, p. 135).

A modificação da tecnologia analógica para a digital repercutiu estruturalmente no Direito autoral. Com o advento da Internet a forma de exteriorização das obras passa a ser digitalizada (informações codificadas em bits), permitindo que a compilação de diversas obras, ou mesmo sua reprodução e a divulgação sejam feitas de uma forma bem mais rápida do que possível ou alcançada pela tecnologia analógica.

Desta feita, o movimento geral de digitalização ocorre mediante a integração de todas as mídias, isto é, qualificando a “unimídia” em que as mídias separadas são unidas numa mesma rede digital integrada e interconectada.

Em suma, o essencial é elucidar a definição de ciberespaço como “espaço de comunicação aberto pela interconexão de computadores e das memórias de computadores” (LÉVY, 1999, p.92), considerando sua marca distintiva na codificação digital da informação (digitalização geral da informação) com destaque para seu papel de canal de comunicação do século XXI.

Não obstante as características do espaço virtual, tais como, a falta de territorialidade, a incidência de anonimato virtual, a natureza descentralizada da rede, o grande número de usuários, bem como a rapidez do desenvolvimento tecnológico existe de forma efetiva a possibilidade de gerenciamento, controle e segurança do bem jurídico autoral por meio da Gestão de Direitos Digitais (do inglês *Digital Rights Management* ou DRM) que se refere aos métodos de tutela do conteúdo produzido no formato digital.

4 Direito de acesso às obras digitais na sociedade da informação

A sociedade da informação consiste no modo de desenvolvimento econômico em que a informação é essencial na formulação do conhecimento e na satisfação das necessidades dos indivíduos, com ênfase na atividade econômica, na circulação de riquezas, na definição da qualidade de vida das pessoas e de suas práticas culturais como síntese das alterações tecnológicas introduzidas na organização social (em suas leis e costumes) pelas quais a informação vincula o local e o global.

Manuel Castells citado por Marcos Wachowicz (2007, p.89) entende que o termo sociedade da informação enfatiza o papel da informação na sociedade enquanto “atributo de

uma forma específica de organização social em que a geração, o processamento e a transmissão da informação tornam-se as fontes vitais de produtividade e poder, devido às novas condições tecnológicas surgidas nesse período histórico.”

Trata-se de novo paradigma tecnológico, social, cultural e comportamental estabelecido como marco analítico para qualificar o modelo da sociedade. O conhecimento é a principal força de produção da sociedade e da necessária harmonia com o direito à liberdade da informação, considerando o papel decisivo do Estado Democrático de Direito na tutela do acesso à informação e do exercício da liberdade de pensamento e de expressão.

A informação é fundamental no aspecto econômico, tornando-se um autêntico bem de produção universal que Ascensão (2004) denomina instrumento-motor ou fator decisivo do fenômeno da globalização, proclamando que se trata de uma realidade dos nossos dias segundo a qual “quem domina a informação domina o mundo”.

Segundo Aires J. Rover e Djônata Winter (2003, p.77-80) a informação acompanha as mudanças derivadas das demandas e pressões da sociedade de massas e da economia de mercado em que o desenvolvimento das inovações tecnológicas especialmente da informática influi em diversos setores da organização social, política e econômica como um todo. Na era do acesso faz-se imperativo restabelecer o equilíbrio entre o âmbito cultural e o âmbito comercial.

Vislumbra-se a degradação do saber como mercadoria em que o conhecimento transforma-se em bem apropriável e por isso objeto cada vez mais de direitos de exclusivo na esfera do Direito intelectual no que seria reputado como uma mercantilização geral.

Em outras palavras, a concepção empresarialista do *copyright* ao revés de estimular à criação em si configura estímulo à comercialização em virtude da excessiva proteção aos direitos patrimoniais.

Destarte, na evolução dos direitos intelectuais a preocupação com a mercantilização do direito de autor em mercadoria evidencia sua qualificação como um subproduto do direito do comércio internacional. Assim, o fomento da cultura é entendido como o fomento das indústrias culturais (*copyright*).

Em particular, no tocante à obra multimídia acima aludida convém fazer mais algumas ponderações. Essa obra intelectual pode ser entendida combinação de duas ou mais formas digitalizadas de expressão artística (texto, imagens ou sons), transmitidas pelo computador por intermédio de um programa de computador, sendo caracterizado pela conjugação de arte (os textos, as imagens e os sons digitalizados) e técnica (o *software* que faz o sistema funcionar) (CARBONI, 2003, p.14).

No que concerne à exteriorização da obra multimídia verificam-se os aspectos relacionados com a utilização da tecnologia digital. Notadamente, a tecnologia digital consiste numa espécie de codificação da informação. Vale dizer, vislumbra-se na utilização de um código binário (seqüência de dígitos) para indicar qualquer quantidade e/ou espécie de informação. Isto é, como já frisado acima com a tecnologia digital, textos, imagens e sons podem ser fixados e transmitidos em uma mesma mídia (multimídia).

Há iniciativas que permitem o acesso às obras intelectuais digitais ao público sob condições mais flexíveis com base em projetos colaborativos ou de criação integrada de desenvolvimento e disponibilização de licenças públicas em que a coletividade de usuários tem acesso dentro dos limites das licenças.

No ambiente virtual o modelo cooperativo de uso de obras sucede por meio do sistema *creative commons* que consiste numa licença de uso (como um contrato atípico) pelo qual o titular do direito de autor e conexo autoriza que as obras disponíveis ou não no formato digital sejam identificadas em vários níveis de autorização (BRANCO JÚNIOR, 2007).

Nesse acesso condicionado as restrições ou travas tecnológicas (medidas tecnológicas de proteção) correspondem a chaves criptográficas (dispositivos de codificação) inseridas nos bens culturais digitais, atuando no reconhecimento de características tecnológicas programadas de fábrica.

Nesse sentido, a justificativa para a aplicação de medidas de proteção aludidas sustenta-se no fato de que o uso privado teria deixado de ser privado, tendo em vista que os usuários finais teriam se tornado verdadeiros agentes intermediários destinados a redistribuir o conteúdo das obras disponibilizadas no meio digital (GERVAIS, 2007, p.217).

No tocante às licenças públicas são outorgadas pelos legítimos titulares de direitos autorais para que as obras intelectuais possam ser utilizadas (distribuídas, copiadas etc) por qualquer interessado em arquivos públicos na Internet, em redes de compartilhamento de arquivos etc.

Traduz-se em uma conciliação entre os interesses individuais do criador e os da coletividade de pessoas. Ao criador conferindo-se o monopólio do produto do intelecto humano por certo lapso de tempo e à coletividade implementa-se a utilização por qualquer de seus integrantes, voltando-se ao desenvolvimento e a difusão da cultura.

Convém a revisão da possibilidade do direito de reprodução no que diz respeito as limitações dos direitos patrimoniais de autor, nos termos do art. 46 e seguintes da LDA (reprodução de pequenos trechos de um só exemplar para uso privado do copista sem fins lucrativos). A limitação legal deve ser observada no sentido de contemplar o chamado uso

privado ou doméstico, abrandando o rigor da legislação autoral e a regra proibitiva da reprodução de obras intelectuais pelos usuários da internet.

Com o crescimento do acesso à internet em altas velocidades o modo de pensar com relação aos Direitos autorais exige uma reflexão sobre a fluidez dos padrões estabelecidos e conhecidos e as soluções possíveis tanto jurídicas quanto tecnológicas a curto, médio e longo prazo.

As normas constitucionais garantidoras do desenvolvimento nacional (socioeconômico), acesso à cultura, à informação, à educação e ao conhecimento em geral são consideradas como causas de atribuição do direito patrimonial de autor. Isto é, a razão de ser (a função) que o ordenamento jurídico reconhece aos direitos patrimoniais de autor é no sentido de conferir eficácia aos preceitos constitucionais supracitados.

No entendimento ora propugnado devem ser consideradas livres as atividades que não tiverem nenhuma incidência negativa na exploração econômica da obra, bem como noutros casos que envolvam qualquer ato incapaz de prejudicar a referida exploração da obra (ASCENSÃO, 1997).

Depreende-se, em verdade, que o problema consiste na interpretação dos conflitos entre o Direito autoral e o direito de acesso à informação e à cultura no sentido da relativização dos direitos de autor a fim de estabelecer o equilíbrio (balanceamento) entre os direitos do criador que deve lograr uma justa compensação pela sua atividade intelectual e o conjunto da sociedade que deve ter assegurado o direito de acesso à informação, à educação, à ciência, à tecnologia e ao domínio público (inclusive no que diz respeito à utilização do patrimônio cultural comum) como um todo na qualidade de categórico direito imanente ao exercício da cidadania.

5 Considerações finais

O desafio monumental que se apresenta ao Direito autoral consiste precisamente na formulação de normas regulamentadoras capazes de assegurar tutela mais eficaz à propriedade intelectual como um todo diante do ambiente virtual fragmentado e com a multiplicação incomensurável dos usuários nos meios digitais.

Na seara das obras multimídia e da tecnologia digital é válido o tipo de gestão coletiva que compreenda a concessão de licenças ou autorizações centralizadas para várias espécies de obras intelectuais.

Portanto, o exercício do direito subjetivo patrimonial de autor consistente no poder do titular legítimo de excluir terceiros da utilização pública da obra, sem a respectiva autorização, reforça-se com a posição na qual devem ser consideradas livres as atividades que não tiverem nenhuma incidência negativa na exploração econômica da obra, bem como noutros casos que envolvam qualquer ato incapaz de prejudicar a referida exploração da obra, nos termos dos princípios da Convenção de Berna supracitada.

Em síntese, o presente estudo buscou corroborar com visão constitucionalizada da teoria jurídica haurida do microsistema autoral à luz da hermenêutica jurídica na perspectiva funcional que coadune as novas tecnologias, a liberdade de expressão artística, intelectual e científica, o acesso à cultura, à informação e ao conhecimento em consonância com o exercício da exclusividade de exploração econômica do titular de direitos autorais.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. 754p.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito de autor e desenvolvimento tecnológico: controvérsias e estratégias. **Revista de Direito Autoral**, São Paulo, ano 1, número 1, p.3-33, ago. 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 4. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2004.

BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. **Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 fev. 1998.

CARBONI, Guilherme Capinzaiki. **Função social do direito de autor**. Curitiba: Juruá, 2006.

FIUZA, César. **Direito civil**: curso completo. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GALUPPO, Marcelo Campos. O direito civil no contexto da superação do positivismo jurídico: a questão do sistema. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.) **Direito Civil**: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GERVAIS, Daniel. Em busca de uma nova norma internacional para os direitos de autor: o “teste dos três passos” reversos. In: POLIDO, Fabrício; JR., Edson Beas Rodrigues (Org.) **Propriedade intelectual: novos paradigmas internacionais, conflitos e desafios**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

LEITE, Eduardo Lycurgo. **Direito de autor**. Brasília: Brasília jurídica, 2004.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 2000.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MATTIETTO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. IN: TEPEDINO, Gustavo (Coord.) **Problemas de direito civil –constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.163-186.

POLI, Leonardo Macedo. **A tripartição da propriedade intelectual e o princípio da funcionalidade como pressuposto de sua legitimidade**. 2006a. 167f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte.

POLI, Leonardo Macedo. A funcionalização do direito autoral: limitações à autonomia privada do titular de direitos autorais. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.) **O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2006b.

SOARES, Sávio de Aguiar. Direitos autorais morais e sua tutela no estado democrático de direito brasileiro. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, Brasília, ano XXXVI, nº 82, p.84-99, jan./jun. 2006.

TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo código. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.) **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

WACHOWICZ, Marcos. Desenvolvimento econômico e tecnologia da informação. In: PIMENTEL, Luiz Otávio; BARRAL, Welber. **Propriedade intelectual e desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

WINTER, Djônata; ROVER, Aires J. A revolução tecnológica digital e a proteção da propriedade intelectual. In: WACHOWICZ, Marcos. **Propriedade intelectual e internet: uma perspectiva integrada à sociedade da informação**. Curitiba: Juruá, 2003.

A ARTE NA ERA PÓS-INDUSTRIAL E O DIREITO AUTORAL

Lindsay Azambuja²⁴²

Herik Assis²⁴³

SUMÁRIO Introdução 1. Aparelhos na sociedade pós-industrial. 2. Criação, repetições ou intervenção. 3. A autoria. 4. O uso da tecnologia da informação. 5. Repensando a autoria. Considerações finais.

RESUMO

Estabelecendo questionamentos sobre arte e direito autoral na sociedade da informação, discute-se, resguardados sob a clarificação dos pressupostos jurídicos da Lei nº 9.610/98, as novas interações, advindas da influência dos recursos midiáticos e de ferramentas próprias da tecnologia da informação, no processo de criação.

A evolução tecnológica é apresentada como um fator de transformação cultural, e, nesse cenário, as formas de interação da sociedade com a tecnologia podem se dar através de ações cujo objetivo seja o de buscar novas alternativas de produção por meio da simbiose entre homem e aparelho, propiciando a criação artística, sendo o mérito da produção da obra pertencente ao homem e não às possibilidades do programa. No entanto, o produto que resulta desse processo não mais pertence somente ao artista, mas à relação simbiótica entre ele e as possibilidades programadas pelo aparelho.

Observe-se que a pluralidade de autoria, prevista na lei, é posta em cheque quando são apresentadas possibilidades não previstas nas definições de obra coletiva e de obra em co-autoria, a saber: a criação de obras em tempos diferentes e por diversos autores. Essa “cadeia” de criação de uma obra envolve uma obra como o insumo para a criação de outra, chegando até o usuário da informação que atua ativamente como produtor, e não mais somente como

²⁴² Mestre em Tecnologia e Interação (Cefet-PR) e especialista em Educação a Distância (UFPR), é graduada em Letras pela PUC-MG. Com 8 anos de experiência na área editorial, responde pela função de editor-chefe da Editora Ibepex, além de ser docente da Facinter no curso de Pedagogia, lecionando a disciplina de Língua Portuguesa - Produção Textual.

²⁴³ Cientista da Informação pela PUC-MG e consultor de informação para negócios.

um expectador. Há que se considerar que na contemporaneidade (época pós-industrial) muitos paradigmas foram reavaliados, e a questão de autoria, no que se refere a novos processos de criação, não pode se furtar a isso.

PALAVRAS CHAVES: DIREITO AUTORAL; ARTE; LEI Nº 9.610/98, INTERVENÇÃO; AUTORIA.

ABSTRACT

By establishing some questionings about art and copyright in the society of information we can argue, protected under the light of Law nº 9.610/98, about the new interactions created by the influence of the media resources and proper tools of information's technology in the creation process.

The technological evolution is presented as a factor of cultural transformation, and, in this scene, the forms of interaction of the society with technology can happen through actions with the objective to search for new production alternatives which use the symbiosis between man and device, propitiating artistic creation, being the merit of the work's production attributed to the man and not to the possibilities of the program. However, the product that results from this process does not belong only to the artist anymore, but also to the symbiotic relation between the artist and the possibilities programmed by the device.

It shall be observed that the authorship's plurality, foreseen in the law, is questioned when possibilities not foreseen at the definitions of collective or created by co-authorship works are presented: the creation of works at different times and by diverse authors. This "chain" of a work's creation involves the work as the input for the creation of another one, reaching the information's user that acts actively as a producer of the work and not only as a spectator anymore. It has to be considered that at the contemporaneousness (postindustrial age) many paradigms were reevaluated, and the authorship question, referring to new processes of creation, cannot be avoided.

KEYWORDS: COPYRIGHT; ART; LAW Nº 9.610/98, INTERVENTION; AUTHORSHIP.

INTRODUÇÃO

Pensar arte e questões autorais, nos dias de hoje, envolve um intrincado questionamento. Vive-se em uma época na qual, indubitavelmente, a tecnologia a tudo permeia. Preenche todos os espaços, influenciando em todas as áreas do conhecimento humano, gerando conceitos, costumes, posturas e idéias; mergulhando o mundo naquilo que Vilém Flusser designa de Pós-História, ou seja, a “era da imagem técnica”.

A interação social através da tecnologia, presente na “sociedade da informação”, é mencionado por Silva (2000, p. 29) quando diz:

A ‘sociedade da informação’ emerge com a convergência explosiva do computador com as telecomunicações. O computador é o ponto culminante do processo de gestação desta sociedade que vem desde o telefone, rádio, cinema e televisão. Seu progresso técnico vai permitindo que ele englobe todos os meios de informação e comunicação anteriores, tornando-se o centro processador da informação. Sua presença cada vez mais decisiva como infra-estrutura de processos sociais (finanças, comércio, meios de comunicação, lazer, educação, etc.) tem implicações profundas na configuração da própria sociedade, que, por sua vez, notadamente a partir da década de 60, passa a lidar com o universo informacional midiático de modo menos passivo.

1. APARELHOS NA SOCIEDADE PÓS-INDUSTRIAL

Aparelhos, segundo Flusser (2002), são objetos trazidos da natureza. Se considerados pertinentemente como instrumentos, possuem o propósito de tornarem-se prolongamentos dos órgãos do corpo, ou seja, instrumentos que possibilitam uma ação mais eficaz de determinada função exercida ou pelo braço, ou pelos dentes, ou pernas. A Revolução Industrial trouxe novo significado à relação entre o homem e os instrumentos que, redefinidos a partir de técnicas e pesquisas científicas, adquiriram uma nova configuração. Transformaram-se em máquinas. Se, antes da Revolução Industrial, o homem cercava-se de instrumentos que o serviam, a partir da transformação dos instrumentos em máquinas, essa relação se inverteu, e a máquina passou a ser a constante, cercada de homens que trabalham em função da máquina.

A própria sociedade reconfigurou-se em torno dela, uma vez que criou condições para que uns poucos detentores de poder aquisitivo possam valer-se das máquinas em proveito próprio; enquanto a grande maioria que não possui os recursos necessários para adquiri-las acaba por viver em função do proveito daqueles. Nessa conjuntura (em torno da máquina), a sociedade acaba por viver dividida em duas classes: capitalistas e proletariado. Flusser (1998) questiona incessantemente – ao discorrer sobre instrumentos, máquinas, e a situação deste na sociedade humana – se os aparelhos se encaixam nessas concepções, e conclui classificando-os como pós-industriais. Esta classificação se justifica, pois, apesar de também serem produtos industriais, eles não têm como propósito o trabalho no que diz respeito a recolher elementos da natureza e informá-los, como fazia o homem em períodos anteriores. Em vez de transformar o mundo, os aparelhos modificam a vida do homem, que não mais trabalha no sentido tradicional do termo, mas age produzindo e armazenando símbolos que servem para informar – são portanto informadores. O aparelho passa, na verdade, a ser o executor dessa produção, alteração e armazenamento de símbolos. Se, na sociedade pré-industrial, o artesão cercava-se de instrumentos; na industrial, o homem vivia em torno da máquina; na sociedade pós-industrial, o funcionário penetra o aparelho, faz parte do processo, confunde-se com o aparelho.

Devido à facilidade da manipulação os aparelhos parecem funcionar em função do homem. Devido à sua complexidade parece que o homem funciona em função dos aparelhos. Na realidade, homem e aparelho se co-implicam, e vão formar um amarrado de funcionamento: a máquina funciona em função do fotógrafo, se, e somente se, este funcionar em função da máquina. (FLUSSER, 1998)

Tem-se, então, o panorama da sociedade pós-industrial, onde homem e aparelho estão amalgamados em uma relação, em que o funcionário, emancipado de seu trabalho, não se vale do aparelho como instrumento, mas como brinquedo, onde o objetivo é explorar suas potencialidades. Sociedade em que o material duro – *hardware* – tem menos importância do que o programa que contém em seu interior, suas virtualidades – *software*. Flusser apresenta essa nova disposição de valores e a nova estrutura de poder da sociedade pós-industrial.

Por conseguinte, não mais vale a pena possuir objetos. O poder passou do proprietário para o programador de sistemas. Quem possui o

aparelho não exerce o poder, mas quem o programa e quem realiza o programa. O jogo com símbolos passa a ser jogo do poder. Trata-se, porém, de jogo hierarquicamente estruturado. O fotógrafo exerce poder sobre quem vê suas fotografias, programando os receptores. O aparelho fotográfico exerce poder sobre o fotógrafo. A indústria fotográfica exerce poder sobre o aparelho. E assim *ad infinitum*. Eis o que são “sociedade informática” e “imperialismo pós-industrial”. (FLUSSER, 2002, p.27)

As transformações sociais conseqüentes dos recursos tecnológicos próprios da sociedade da informação trazem consigo novas possibilidades de manifestações, que conduzem ao plano jurídico a discussão da amplitude dos direitos de uma produção.

Retomando o pensamento de Flusser (2002), isto é, de que o poder não se concentra mais no objeto, mas na gama de conceitos e informações que o mesmo possui. Clarifica-se essa situação quando ele define a fotografia como sendo obra pós-industrial, quase isenta de suporte, pois a mensagem fotográfica contida em um papel – que seria considerado o suporte – pode ser muito bem copiada para outro papel, assim como o negativo também pode ser copiado. O valor não está na fotografia nem tampouco no negativo; está no ato de fotografar, no processo de produção das informações contidas na fotografia, valor eterno justamente por ser copiável.

As máquinas e os programas são criações do homem, fruto de um processo mental. Machado (1997) as define como “um pensamento que tomou corpo”. No entanto, são baseadas na repetição que conduz, inevitavelmente à estereotipia, na previsibilidade dos resultados. Por isso, vê-se trabalhos que, por serem frutos da simples utilização técnica de um programa comercial, acabam por ser parecidos, padronizados, impessoais.

2. CRIAÇÃO, REPETIÇÕES OU INTERVENÇÃO

Quando se trata de uma máquina destinada a produzir conceitos, a intervir no imaginário, a repetição é, no mínimo indesejável. E é exatamente nesse ponto que se pode começar a avaliar o papel da arte na sociedade pós-industrial e as questões concernentes ao “direito autoral”.

Começa pela necessidade premente de não ser geradora de simples repetições estéticas e conceituais previstas pelo programa existente no aparelho do qual se vale. Cabe ao artista

escapar a essa previsibilidade, criando novas potencialidades e instaurando uma nova relação entre homem e aparelho. Para que isso seja possível, é necessário que o artista seja capaz de construir uma máquina que atenda a seus propósitos ou que saiba alterar o programa de um aparelho existente.

Como exemplo típico de intervenção, Machado (1997) cita o fotógrafo Kenji Ota. Este artista subverte todo o controle químico e matemático do processamento fotográfico trabalhando de forma aleatória sem seguir o devido protocolo no processo de revelação das fotografias. Rejeitando cada vez mais o processo industrial e padronizado, reintroduz o artesanato na fotografia. Utilizando processos antigos, papel artesanal, procura extrair da fotografia qualidades novas. O resultado de toda essa subversão está nas imagens manchadas, com uma intensa variedade de cores, texturas e tons.

Não havendo a possibilidade de intervenção no programa, o artista se vê reduzido a um mero funcionário do sistema, sem poder alterá-lo. Nesse sentido, Arlindo Machado apresenta uma visão pessimista do cenário artístico contemporâneo quando declara que

[...] assistimos hoje a um certo desgringolamento da noção de valor em arte: os juízos de valorização se tornam frouxos, ficamos cada vez mais condescendentes em relação a trabalhos realizados com mediação tecnológica, porque não temos critérios suficientemente maduros para avaliar a contribuição de um artista ou de uma equipe de realizadores. Como consequência, a sensibilidade começa a ficar embotada, perde-se o rigor do julgamento e qualquer bobagem nos excita, desde que pareça estar *up to date* com o estágio atual da corrida tecnológica. (MACHADO, 1997)

Tudo leva a crer que a atuação do artista como interventor na “caixa preta”, visando, como Flusser (2002) define, branqueá-la, é a única forma de se executar criações artísticas autênticas, no entanto existem casos em que o artista consegue transpor o computador à sua esfera de conhecimento. Couchot (1990, 51-52, *apud* MACHADO, 1997) menciona a utilização híbrida de técnicas, conceitos e suportes (computadores e imagens técnicas misturados a outros elementos mais familiares ao artista), como uma instalação, a migração entre diferentes suportes, ou a coabitação em um mesmo espaço de elementos de naturezas distintas.

Mas levando-se em consideração que a atuação do artista como interventor é a solução adequada à produção artística da era pós-industrial, como se daria essa intervenção? Ele deixaria de ser o criador para ser o interventor? No caso de uma intervenção, o autor teria o direito autoral sobre a obra? Teria o artista que se familiarizar com os conceitos matemáticos, físicos e químicos que permitiriam a ele desvelar a “caixa preta”, tornar-se um analista de sistemas capaz de conhecer e desenvolver os programas que satisfaçam às suas necessidades? Silveira (2000) ressalta esse questionamento apontando as vantagens da conquista da liberdade de criação e da concretização da tradicional visão renascentista de que o artista é um gênio isolado, cuja obra é fruto de sua capacidade criativa individual. Mas aponta também o ônus do gasto de tempo no estudo da engenharia ou programação de computadores e máquinas.

3. A AUTORIA

A Lei nº 9.610/98, sobre a “autoria das obras intelectuais” diz que:

Art. 11. Autor é pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica.

Parágrafo único. A proteção concedida ao autor poderá aplicar-se às pessoas jurídicas nos casos previstos nesta Lei.

Art. 12. Para se identificar como autor, poderá o criador da obra literária, artística ou científica usar de seu nome civil, completo ou abreviado até por suas iniciais, de pseudônimo ou qualquer outro sinal convencional.

Art. 13. Considera-se autor da obra intelectual, não havendo prova contrário, aquele que, por uma das modalidades de identificação referidas no artigo anterior, tiver, em conformidade com o uso, indicada ou anunciada essa qualidade na sua utilização.

Art. 14. É titular de direitos de autor quem adapta, traduz, arranja ou orchestra obra caída no domínio público, não podendo opor-se a outra adaptação, arranjo, orquestração ou tradução, salvo se for cópia da sua.

Art. 15. A co-autoria da obra é atribuída àqueles em cujo nome, pseudônimo ou sinal convencional for utilizada.

Parágrafo 1º Não se considera co-autor quem simplesmente auxiliou o autor na produção da obra literária, artística ou científica, revendo-a, atualizando-a, bem como fiscalizando ou dirigindo sua edição ou apresentação por qualquer meio.

Há uma opção, nesse contexto, levantada por Machado (1997), na qual o artista alia-se com um engenheiro, programador, ou mesmo a uma equipe de técnicos capazes de criar as soluções adequadas à sua criação artística. Seria a parceria onde, ao contrário do que ocorre no caso anterior, do artista-engenheiro, a criação passa a ser compartilhada, e não há mais um gênio inventivo isolado, mas há a soma de uma gama de fatores, valores e talentos implicados na execução da obra, incluindo o espectador. Machado (1997) cita, como exemplo, o artista Nam June Paik, que estabeleceu uma parceria com o engenheiro japonês Suya Abe para criar um sintetizador de imagens eletrônicas. Cita também Valdemar Cordeiro e sua parceria com Giorgio Moscati, físico italiano, para construir imagens digitais na década de 60.

4. O USO DA TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO

Couchot (1990, *apud* MACHADO, 1997) conceitua o computador como uma espécie particular de “caixa preta” que contém dois tipos distintos de programação. Uma vinda de fábrica (*hard*), e outra constituída de linguagens, algoritmos. Essa característica permite que o computador seja utilizado como linguagem, o que seria uma verdadeira intervenção no interior da “caixa preta”, visando interferir em seu funcionamento. Isso possibilita a uma gama de artistas específicos, isto é, que possuem também habilidade técnica e científica para implementar suas inovações estéticas e desvelar a “caixa preta”, incluindo também os que não possuem o conhecimento técnico adequado, mas que, de uma forma ou de outra, acabam encontrando o caminho.

Mas a arte e a autoria devem ser entendidas nessa nova configuração da sociedade, encontrando sua referência na quebra de paradigmas relacionados com o mecanicismo? Ou será que há possibilidade artística e autoral também no campo das imagens como portadoras de idéias simbólicas, ainda que mediadas por aparelhos, com seus programas e suas potencialidades limitadas?

“A mudança dos sistemas de produção ou criação da arte tem gerado novas poéticas, dando margem ao aparecimento e novos domínios da arte, determinados por uma relação sinérgica com os meios eletrônicos”. Aliás, Tavares (1996, *apud* CARVALHO, 2003) afirma

que hoje a arte está atrelada à cultura do disponível. É o mundo pós-industrial impregnado pela instantaneidade dos mecanismos de ação e reação, que ocorrem praticamente em tempo real. Estamos vivendo em um mundo onde tudo é intermediado pela interação simbiótica entre o homem e a máquina, sobretudo a intervenção artística, cujo processo tem sido amplamente discutido, já inicialmente com a fotografia, e, hoje, ainda mais com o advento das imagens digitais. A questão é: qual é o papel da máquina no processo criativo artístico? E quanto à autoria? A quem pertence o direito autoral quando o criador utiliza-se de recursos cuja autoria pertence a outro?

O artista do mundo pós-industrial aproxima-se da tecnologia da informação, da cibernética e se vê munido de uma potente estrutura, onde ele pode viabilizar suas criações eletrônicas através de uma relação de sinergia com o aparelho do qual se vale. No entanto, o espírito criador pertence ao homem, enquanto que a máquina lhe oferece os meios de concretização de suas idéias através da gama de possibilidades que possui.

Ao falar sobre fotografia, Brill (1997) remete a essa relação entre o homem e o aparelho do qual se serve para concretizar seu intento artístico. Segundo esse autor, o homem não seria apenas um funcionário que, a exemplo daquele operário da Era Industrial, executaria a mesma ação com o mesmo resultado, incessantemente; mas ao contrário, quando vários fotógrafos “colocados diante da mesma realidade (ou mesma cena), nas mesmas condições de luminosidade, munidos dos mesmos aparelhos, tirarão fotos diferentes”. Diante dessa concepção, é então levantada a questão a ser elucidada: seria o homem livre ou apenas imbuído de todas as características culturais, estéticas e políticas pertencentes ao programa? Enquanto Flusser discorre sobre a luta entre o fotógrafo e o aparelho na intenção de se tornar livre da máquina, Brill (1997) sugere a simbiose. Uma relação de amor entre o homem e o aparelho, que propicia a criação artística e que, obviamente, não é compartilhada pelos “fotomaníacos”, os quais se encarregam apenas de adquirir o modelo de aparelho mais recente não para melhor explorar suas novas possibilidades, mas apenas para transferir para a máquina a responsabilidade do pensar, através de seus novos recursos tecnológicos. Quando se coloca em evidência essa relação particular entre o aparelho e o homem, é facilmente explicável porque, diante de um mesmo aparelho, com potencialidades iguais, um artista pode apresentar resultados surpreendentes, enquanto que outro pode obter um trabalho banal. Tavares (1996, *apud* CARVALHO, 2003) sugere que essa experiência demonstra a sensibilidade criativa que torna o mérito da produção artística uma obra pertencente ao homem, e não às possibilidades do programa. No entanto, o produto que resulta desse

processo não é mais pertencente somente ao artista, mas à relação simbiótica entre ele e as possibilidades programadas pelo aparelho.

5. REPENSANDO A AUTORIA

É a partir dessa relação de interação – entre homem e máquina, entre a sensibilidade artística e a objetividade do programa – que transparece a intenção criadora do artista. Essa interatividade pode ocorrer também em relação ao receptor do produto da criação artística, de modo que o receptor também acaba por pertencer ao processo criativo. Dentro dessa perspectiva, onde temos a pluralidade de autoria, fica questionável a quem pertence o direito sobre a obra original, uma vez que ela não foi criada em um único momento e pelo mesmo autor. Na Lei nº 9.610/98 (art. 5º), fala-se sobre a obra em co-autoria, “*quando é criada em comum, por dois ou mais autores*”, e encontra-se também a referência à obra coletiva, “*criada por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa física ou jurídica, que a publica sob seu nome ou marca e que é constituída pela participação de diferentes autores, cujas contribuições se fundem numa criação autônoma*”. Tanto na definição de obra coletiva, quanto na definição de obra em co-autoria, citada na lei, não é contemplado a produção, criação, que se dá no processo interativo entre homem e máquina.

O artista, quando se depara com as possibilidades em relação às suas idealizações, pode simplesmente explorá-las ou transferir parte dessa responsabilidade para o receptor, tornando-o participante de suas idealizações, e assumindo outros papéis no processo criativo, como a de programador.

Quando um receptor entra em contato com uma obra de arte produzida pela interação entre um artista e um computador e a modifica através dos recursos que dispõe – ferramentas gráficas digitais –, ele não apenas re-produz, mas re-cria através de um processo de renovação, de exploração de novas possibilidades, o que pode resultar na criação de um novo produto artístico. Isso ocorre também quando a criação artística envolve elementos de representação tradicional, como a fotografia. Em ambos os casos, é necessário refletir sobre o direito autoral dessa obra: se a nova obra é uma derivada da original, se ambos participaram na criação, quem detém os direitos ?

Machado (2001) comenta o caso de Rosângela Rennó, fotógrafa brasileira que não se vale nem de câmera nem de filme, mas de fotografias padronizadas antigas e em desuso, como fotografias para carteiras de identidade ou para obituários, que são descartadas e podem

ser encontradas em estúdios fotográficos populares. Ela propõe uma nova visualização dessas fotografias, modificando-as, às vezes ampliando o negativo e expondo versões escurecidas das fotografias, outras vezes, imprimindo sobre vidro as fotografias, afim de que, quem as veja, veja também sua própria imagem sobreposta às imagens que se apresentam. Com isso, ela aplica o processo de reciclagem e releitura de outros elementos de representação, abrindo-as para uma nova possibilidade de criação artística.

No que diz respeito a essa questão, é preciso compreender o receptor como um “co-criador”, ou seja, um participante ativo e indispensável para a realização de uma determinada obra. Por exemplo, Silva (2000) cita o trabalho de Hélio Oiticicca²⁴⁴, que trabalha nas artes tratando a respeito dos Parangolés, obras que são capas, estandartes e tendas. Tais obras só têm sua finalidade, enquanto obra artística concretizada, quando as capas são vestidas, os estandartes empunhados e suas tendas penetradas, ou seja, tais trabalhos só podem ser consumados, enquanto obras de arte, a partir do momento em que o espectador toma parte ativa no processo. Nesse sentido, Couchot (1997), que trabalha nas artes, atribui ao receptor as faculdades de ação, modificação e aumento sobre a obra, fazendo dele, assim, um co-autor. Pois a palavra autor, sentido primordial de *augere*, tem como principal significação o termo “aumentar”. Dessa maneira, o autor

delega a este co-autor uma parte de sua responsabilidade, de sua autoridade, de sua capacidade de fazer crescer a obra. Necessariamente associados à produção e à circulação dos textos, das imagens e dos sons, o autor e seu(s) destinatário(s) se encontram atrelados ao mesmo projeto, projeto em perpétua gestação, mutação, destruição, apagamento, pulo, eles dividem a mesma vontade de troca e de responsabilidade, o mesmo espaço sensível (aquele das interfaces e das redes) e, por meio da mesma lógica de imediatismo, eles dividem finalmente a mesma temporalidade – aquela do tempo real de sua instantaneidade (COUCHOT, 1997, p.140).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

²⁴⁴ Para saber mais sobre o trabalho de Hélio Oiticicca, ver “Arte e tecnologia: a poética participacionista de Hélio Oiticicca e a arte tecnológica contemporânea”, de Vinicius Pontes Spricigo – Dissertação de mestrado defendida em outubro de 2004, pelo PPGTE – CEFET-PR.

Ao finalizar um breve panorama sobre a arte na era pós-industrial e o direito autoral, vê-se que ela pode tanto existir através da intervenção direta na “caixa preta”, visando branqueá-la, como também existir através da simbiose entre homem e aparelho, na exploração de suas potencialidades. Na segunda possibilidade, procurou-se explorar o entendimento das complexas relações entre criação, autoria, co-autoria e direito autoral. Pode-se dizer, entretanto, que a exploração dessa temática se apresenta potencialmente promissora, pois esta realça os processos ativos de criação, indo além da autoria tradicional. Acredita-se que esta ampliação do entendimento do processo de criação pode contribuir inclusive para uma reflexão sobre as fronteiras entre as áreas de arte, literatura e direito.

REFERÊNCIAS

BRILL, S. *As relações futuras do homem com a máquina.* Disponível em: <www.fotoplus.com/fpb/fpbdisp.htm> Acesso em: 28 maio. 2008.

CARVALHO, A. C. *Arte digital: arte?* Disponível em: <www.facom.ufba.br/acm/ensaios.html> Acesso em: 28 maio. 2008.

COUCHOT, E. A Arte pode ainda ser um relógio que adianta? O autor, a obra e o espectador na hora do tempo real. In: DOMINGUES, D. (Org.). **A Arte no século XXI: a humanização das tecnologias.** São Paulo: Unesp, 1997. p.135-143.

FLUSSER, V. **Filosofia da caixa preta: ensaios para uma futura filosofia da fotografia.** Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

_____. **O instrumento do fotógrafo ou o fotógrafo do instrumento.** Disponível em: <www.fotoplus.com/fpb/fpbdisp.htm> Acesso em: 28 maio. 2008.

FRANÇA, J. L.; VASCONCELLOS, A. C. **Manual para normalização de publicações técnico-científicas.** 7. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

MACHADO, A. **Repensando Flusser e as imagens técnicas.** Rio de Janeiro: Rios Ambiciosos, 2001.

_____. A fotografia como expressão do conceito. **Revista Studium**, Campinas, n. 2, 1997.
Disponível em: <www.studium.iar.unicamp.br/doi/index.html> Acesso em: 28 maio. 2008.

SILVA, M. **Sala de aula interativa**. Rio de Janeiro: Quartet, 2000.

SILVEIRA, L. M. . O Computador como Ferramenta e como Linguagem na intervenção artística. **Educação & Tecnologia**, Curitiba, v. 6, 2003. Disponível em: <<http://www.ppgte.cefetpr.br/revista/vol6/artigos/art07vol06.pdf>>. Acesso em: 28 maio. 2008.

APONTAMENTOS SOBRE O DIREITO AUTORAL E A FORMAÇÃO DOS MERCADOS DE ARTE FOTOGRÁFICOS

Patrícia Pereira Peralta²⁴⁵

SUMÁRIO 1- Introdução. 2- Da invenção da imprensa ao mercado de arte fotográfico. 2.1- Da imprensa ao fim do século xviii. 2.2- O século XIX – a consolidação do direito autoral e o surgimento da fotografia. 2.3- Mercado de arte fotográfica. 3- Considerações finais. 4- Referências bibliográficas.

RESUMO

A fotografia teve uma inserção conflituosa dentro do universo de proteção do direito autoral, devido a sua dificuldade de inserir-se no universo da arte. Até hoje, a proteção conferida à fotografia não se equivale à proteção conferida às demais obras artísticas. Mas, atualmente, a proteção à fotografia vem se estendendo, pelo que pode ser levantado, em função da existência de um crescente mercado de arte fotográfico. Como equacionar, de forma equilibrada, a proteção concedida ao fotógrafo e os interesses de acesso de uma parcela significativa da população que não possui meios financeiros de participar do mercado de arte fotográfica é uma questão que logo deverá ser problematizada de forma clara e abrangente.

ABSTRACT

The conflicting inclusion of photography in the universe of copyright protection is due to its difficulty of insertion in the universe of art. So far, the protection given to photography is not equal to the one conceded to other works of art. Nevertheless, nowadays such protection has extended its boundaries as a consequence derived from a growing photograph market, as one can infer from available data. The matter is how to equalize and find a balance between the photographer copyrights and the above referred growing interest on the part of some layers of the population which is deprived from financial means in order to be part of the photographic art market. This issue will soon be placed in a clear wide scope range.

²⁴⁵ Doutora em Artes Visuais – EBA/UFRJ – Tecnologista em Propriedade Industrial – INPI. Linha: Direito Autoral e Desenvolvimento.

1- INTRODUÇÃO

A proteção conferida pelas várias legislações e tratados ao autor e outros produtores culturais vem sendo pensada, principalmente, a partir de uma perspectiva jurídica, com abordagens e enfoques legais, restringindo a compreensão e o dimensionamento do fenômeno da proteção da criação autoral a um único discurso. Entretanto, o que se percebe hoje é uma intensificação da proteção em função dos dados econômicos levantados, referentes às perdas ou ganhos econômicos, a partir das negociações ou contrafações de bens protegidos por direito autoral.

Saber até que ponto uma proteção maior é condição para o desenvolvimento social e econômico de um país ou um elemento de constrangimento desse mesmo desenvolvimento é uma questão de fôlego, sobre a qual se podem traçar alguns apontamentos, tomando como estudo de caso, a fotografia.

Pode-se contextualizar que, em função da ampliação do público consumidor, novas invenções contribuíram para a criação de equipamentos e máquinas que possibilitaram a reprodutibilidade de diversas criações culturais. Devido a essa possibilidade de transformar o conteúdo cultural em mercadoria, geradora de dividendos econômicos, as formas de proteção jurídica foram aperfeiçoadas e expandidas, ainda no final do século XIX, sendo esse processo intensificado durante todo o século XX.

A primeira dessas invenções, como se pode ver a seguir, foi a imprensa de Gutenberg. Pontua-se, aqui, ter sido a fotografia a segunda invenção que revolucionou não apenas o mundo das artes, mas o próprio universo da proteção autoral, pois, como explicita Hermano Duval *A fotografia é justamente o divisor do direito autoral clássico do moderno*.²⁴⁶ Em seguida, o cinema veio demarcar seu espaço no campo das novas artes, logo acompanhado pelo rádio e pela televisão.

A reprodutibilidade técnica, obtida a partir de tecnologias como a imprensa, a fotografia, o cinema, o rádio e a televisão promovem a expansão do universo de produção artística, constituindo, a partir de então, uma verdadeira arte de massa, de forte potencial econômico, mas que para gerar retorno aos investidores, demandou uma ampliação e intensificação da proteção, através de mecanismos jurídicos, como se tentará demonstrar no desenrolar desse artigo através da proteção conferida à fotografia.

2- DA INVENÇÃO DA IMPRENSA AO MERCADO DE ARTE FOTOGRÁFICO

²⁴⁶ SANTOS, p.27 *Apud* DUVAL, 1956.

2.1-DA IMPRENSA AO FIM DO SÉCULO XVIII

Ao pensar na produção intelectual humana, pode-se verificar que, apenas no século XVI, com a invenção da imprensa por Gutenberg, observa-se o surgimento da necessidade de construção de algum tipo de proteção para os investimentos a serem despendidos na produção de livros. Portanto, antes da invenção da imprensa, no período medieval, o conhecimento era tratado como uma emanção de Deus, sendo que aqueles que transcreviam os ensinamentos eram considerados escribas. A arte era, de certa forma, coletiva. Não há indícios dos nomes dos artistas, artesões e/ou arquitetos que trabalharam na construção das grandes catedrais. As *Lodges* e as *Guildas* eram as oficinas onde os artistas e artesões ficavam e se afiliavam para cada trabalho. Segundo Peter Burke:

*Essa visão foi a predominante na Idade Média, como mostra a tradição das cópias. Os escribas que copiavam manuscritos aparentemente se sentiam livres para fazer acréscimos e alterações. De modo análogo, os estudiosos que escreviam obras “novas” se sentiam livres para incorporar passagens de seus predecessores. A tendência a atitudes mais individualistas foi estimulada pela possibilidade da impressão... Mesmo assim, o processo de mudança não foi nem repentino nem suave, e exemplos da sobrevivência de atitudes coletivistas nos séculos XVI e XVII não são difíceis de encontrar...*²⁴⁷

O conhecimento literário, até a época da invenção da imprensa, era, portanto, de poucos. Apenas os que dominavam o latim (língua de extrema complexidade) possuíam o código de acesso para participar das discussões. Quase todo tipo de produção textual era manual e a réplica dessas produções manuais respondia a uma demanda extremamente restrita. Com a imprensa, um novo paradigma era criado e o mesmo podia ser considerado uma resposta da técnica à demanda social de acesso as novas formas culturais burguesas. A imprensa transformou o pensamento humano, as idéias e as obras do espírito em mercadorias, além de ter promovido o individualismo do conhecimento, como colocado por Carboni:

²⁴⁷ BURKE, 2003, p. 139-140.

É com o aparecimento da imprensa que o direito de autor encontra fundamento para se desenvolver, inicialmente, como uma forma de monopólio e, posteriormente, como algo semelhante a uma propriedade privada, visando proteger obras do espírito humano que, até então, estavam sob a égide do conhecimento comunitário.²⁴⁸

Para a produção das cópias dos livros eram necessários investimentos por parte dos editores/livreiros, começando a existir a demanda por parte desses investidores de um monopólio sobre a obra a ser publicada, de forma que lhes fosse assegurado o retorno do investimento demandado. Ou seja, a primeira proteção à obra, não foi uma proteção ao autor, mas ao investimento dos editores de livros sobre os seus negócios.

A proteção autoral, no princípio, foi concebida como “privilégios” concedidos pelos monarcas aos editores livreiros e abrangeu, basicamente, a obra literária, pois era a única forma de arte que passava, à época, por um processo mecânico (pode-se dizer o primeiro) de reprodutibilidade técnica. Mais que propriedade, falá-se de monopólio concedido e garantido pelo poder instituído. Monopólio, este, que possibilitaria o retorno dos investimentos. Por essa época, a própria idéia de um autor, entidade criadora, da qual emana a obra, era praticamente inexistente. A mesma começa a ser construída a partir da idéia do individualismo burguês.

Os privilégios concedidos para alguns editores/livreiros passaram a serem questionados ainda no século XVII. Dois grupos eram ouvidos nesse questionamento. Um era constituído pelos próprios autores, pois os privilégios funcionavam também como uma forma de censura prévia exercida pelo monarca através dos editores livreiros, o que incomodava os autores que se viam obrigados a escrever apenas sobre os temas permitidos. O outro grupo que questionava os privilégios era constituído por outros editores livreiros, excluídos do sistema de privilégios e que se viam impedidos de publicar as obras e competir. Esses questionamentos levaram à abolição dos privilégios (primeiramente na Inglaterra) e às primeiras discussões sobre a propriedade literária e artística.

Por isso ser a primeira lei de *copyright* provinda da Inglaterra, já no ano de 1710. Essa lei foi denominada “Estatuto da Rainha Anne”, como se pode acompanhar no texto de Marisa Gandelman:

Foi na entrada do século XVIII, na Inglaterra – que ocupava naquele momento posição privilegiada na Europa e era o país mais avançado nos aspectos político, econômico e social –, que foi adotada a primeira lei com as características do que conhecemos hoje como direito autoral, isto é, o direito dos autores sobre suas criações artísticas,

²⁴⁸ CARBONI, 2006, p. 50.

*literárias e científicas. Criado em 1709, e tendo entrado em vigor em 1717, o Estatuto Anne ou Copyright Act reflete uma mudança na forma de entender o tema e o foco da regulação.*²⁴⁹

Enquanto a Inglaterra se adiantava nas discussões sobre o *copyright*, os outros países europeus mantinham os sistemas de privilégio para a proteção do material publicado. Na França, por exemplo, percebe-se um movimento de questionamento por parte dos autores e da sociedade acerca dos privilégios de monopólio concedidos pelo Estado absolutista. Esse questionamento constitui um marco na luta dos autores pelos seus direitos, sendo marcado por ideologias conflitantes dentro da própria classe autoral.

Na sua obra *Carta sobre o comércio de livros*,²⁵⁰ por exemplo, Diderot defende os privilégios concedidos aos impressores da capital francesa, em detrimento dos editores das demais províncias francesas que se viam proibidos de publicar em função dos privilégios concedidos pelo monarca. Segundo Diderot, a abolição dos privilégios levaria ao fim do incipiente mercado editorial francês, pois exporia este a concorrência de livreiros descuidados do interior do país, que não teriam pudores em publicar livros de baixa qualidade editorial, na expectativa de auferirem maiores lucros pessoais. Não obstante o próprio Diderot obter muito pouco com a venda dos seus livros para os editores parisienses, uma renda inferior, na visão do autor, era melhor do que nada. Tem-se, na exposição dessa passagem do posicionamento do escritor francês, uma amostra de como as questões relacionadas ao direito autoral eram, à época, complexas e conflituosas.

2.2- O SÉCULO XIX – A CONSOLIDAÇÃO DO DIREITO AUTORAL E O SURGIMENTO DA FOTOGRAFIA

Apenas com os sentimentos propagados em torno da Revolução Francesa, já no fim do século XVIII e início do XIX, os autores passam realmente a exigir o fim dos privilégios concedidos aos livreiros da capital e a constituição de uma legislação de proteção autoral, o que ocorrerá nos anos de 1791 e 1793 em França.

A fotografia, uma técnica que promete reproduzir o mundo com fidelidade, rapidez e capacidade de reprodução, surge no século XIX, sendo anunciada e doada à humanidade pelo governo francês já no ano de 1839. Em seus primeiros anos, a fotografia foi rechaçada por vários artistas da época que viam nela o algoz do fim da pintura. Na verdade, uma das poucas

²⁴⁹ GANDELAMAN, 2004, 69.

²⁵⁰ DIDEROT, 2002.

coisas que a fotografia podia fazer na época de seu surgimento era rivalizar com a imagem artística, pois a técnica fotográfica podia reproduzir a realidade de forma muito mais fidedigna do que qualquer imagem pictórica poderia tentar fazer. Mas a questão da reprodutibilidade técnica só seria resolvida no final do século XIX, quando a fotografia passa a democratizar o acesso às novas formas de imagens dela derivadas.

Antes do advento fotográfico e de sua capacidade de reprodução de cópias, as obras de arte, por exemplo, eram conhecidas pelos críticos que não podiam viajar para os locais onde tais imagens se encontravam, através do relato daqueles que podiam visualizá-las. O próprio discurso crítico era moldado por essa limitação, se tornando mera descrição da cena pictórica, com seus personagens, cores, densidade de tons etc. Foi com a fotografia e sua capacidade de reprodutibilidade, que as grandes obras de arte passaram a ser conhecidas do grande público.

Destaca-se através da discussão que, enquanto a fotografia não resolvia seus problemas técnicos referentes à reprodutibilidade, ela travava uma luta pessoal com os artistas plásticos em busca de seu reconhecimento como arte. Nessa luta, os direitos autorais constituem episódios de extrema relevância pela busca do *status* de obra de arte almejado pelos fotógrafos, como se pode observar no texto de Fabris:

“O capítulo dos direitos autorais, aliás, é um dos mais interessantes na história da fotografia oitocentista em suas relações com as artes plásticas. Um dos episódios mais significativos dessa verdadeira batalha é o processo que os fotógrafos franceses Mayer e Pierson movem contra seus concorrentes Betbéder e Schwabbé, acusados de terem reproduzido abusivamente dois de seus retratos. Seu pedido de aplicação da legislação relativa à propriedade artística as suas obras não é bem sucedido porque a fotografia não era considerada arte.”²⁵¹

Ainda segundo Fabris, o tribunal julgou a primeira sentença desfavorável aos fotógrafos, contrariando os argumentos do advogado Marie que expunham que tanto o artista quanto o fotógrafo copiam da natureza. Para o citado advogado, o fotógrafo não é apenas uma mão que manipula um instrumento, pois ele deve ter uma imagem na mente, composta por sua fantasia, para poder captar com a câmara o que a inteligência concebeu, transmitindo-o à sua obra. Os argumentos do advogado sensibilizaram a Corte que passou a lhe dar razão,

²⁵¹ FABRIS, 1995, p. 185.

*considerando que os desenhos fotográficos não devem ser necessariamente e em todo caso considerados destituídos de caráter artístico.*²⁵²

Contextualizando essa demanda por parte dos autores e, à época de sua ocorrência, pode-se perceber claramente o quanto do individualismo burguês vai ajudar a construir o artista e o fotógrafo burgueses – marcados pelo seu individualismo – bem como um público burguês para o qual esse artista e esse fotógrafo produzirão. Claro que há artistas que fogem e negam esse estereótipo e outros que o vivenciam, criticando-o, como é o caso de Flaubert.²⁵³ O movimento artístico denominado romantismo vincula a figura do artista ao criador de gênio. No século XIX, a concepção da figura do autor finalmente é sedimentada e as demandas da classe autoral começam a serem ouvidas. Entretanto, os fotógrafos continuam (e continuaram) sendo relegados nessas discussões.

Em 1886, uma resposta é dada à demanda do público autoral, principalmente dos integrantes da *Association Littéraire et Artistique Internationale*, de 1878, da qual fazia parte o escritor francês Victor Hugo, levando à assinatura por parte de vários países da Convenção da União de Berna. A Convenção de Berna veio para possibilitar a proteção autoral além dos territórios nacionais dos quais faziam parte os artistas. O ato de criação da Convenção foi uma resposta à necessidade de ampliação do comércio internacional de obras artísticas e literárias, possibilitando as garantias de seus autores quanto à exploração econômica de suas obras. A Convenção segundo Carboni, estipulava o seguinte sobre a fotografia:

*Na redação do texto inicial, previu-se, ainda, a inserção de novas formas, em função de um debate havido sobre a qualificação da obra fotográfica: se a técnica ou estética. No protocolo final, os países signatários se comprometeram a estender a proteção às obras fotográficas, após reconhecido o seu caráter artístico, nos termos das legislações internas.*²⁵⁴

Por essa época, já se está vivenciando uma nova revolução nas tecnologias de reprodução que passam a englobar muito mais do que apenas as obras literárias. A fotografia começava a criar a possibilidade da reprodução em massa de qualquer imagem, o cinematógrafo se configurava em um projeto viável, bem como ocorria com os aparelhos fonográficos. Algumas tecnologias já nasciam dentro do contexto de produtoras e

²⁵² *Ib., Id.*, p. 185.

²⁵³ Para uma melhor avaliação e abordagem dos posicionamentos de Flaubert, se indica o trabalho de Pierre Bourdieu, *As regras da arte*. BOURDIEU, 2005.

²⁵⁴ CARBONI, 2003, p.56.

veiculadoras para as massas, como são os casos do cinema, do rádio e da televisão, conforme se percebe no texto de Walter Benjamin:

*Nas obras cinematográficas, a reprodutibilidade técnica do produto não é uma condição imposta do exterior para a sua divulgação em massa, contrariamente ao que sucede, por exemplo, com as obras literárias ou de pintura. A reprodutibilidade técnica da obra cinematográfica tem o seu fundamento diretamente na técnica da sua reprodução. Esta possibilita não só a sua imediata divulgação em massa, como também a impõem.*²⁵⁵

O início do século XX trará a sedimentação do rádio e, posteriormente, da televisão. As mudanças dos meios tecnológicos trazem a necessidade de uma proteção mais eficiente que agora deverá englobar a arte que nasce no seio de uma cultura de massas, pois tudo pode se torna obra para as massas.²⁵⁶

A reprodução em massa das grandes obras levou Walter Benjamin a escrever seu célebre artigo sobre “A obra de arte na era de sua reprodutibilidade técnica”. Egresso das discussões da Escola de Frankfurt, que viam na cultura de massa e sua reprodutibilidade a degenerescência da obra de arte, Benjamin expõe que a fotografia nada mais faria do que enaltecer a aura do objeto único que era a pintura.²⁵⁷

A obra de arte se via salva, pela percepção de Benjamin, da fúria da reprodutibilidade técnica da fotografia, mas e a própria foto? Benjamin tinha um certo apreço pela fotografia e conseguia lhe dar um caráter muito peculiar de apreciação. Em outro texto seu (“A pequena história da fotografia”),²⁵⁸ ele aprecia algumas imagens fotográficas, revelando o que as mesmas tinham de especial e criando a expressão “inconsciente ótico” para expor aquilo que, na imagem fotográfica, tinha sido tomado pelo fotógrafo sem que o mesmo se desse conta.

Mas mesmo com essa leitura feita por Benjamin sobre a foto – de rara sensibilidade –, a fotografia, à época, continuava sendo marginalizada no universo das artes. Como se verificou, para que a fotografia se beneficiasse da proteção autoral, a mesma tinha que poder

²⁵⁵ BENJAMIN, 1992, p. 83-84.

²⁵⁶ Revisões na Convenção de Berna tentam dar conta da proteção das obras difundidas através das novas mídias, mas tais revisões não conseguem atingir todo o escopo dos novos conteúdos a serem protegidos. Por isso, em 1961, novos interessados na extensão da proteção a novos conteúdos culturais, compõem a Convenção de Roma que visa a proteger artistas, intérpretes, executantes, bem como os produtores de fonograma e as empresas de radiodifusão. Aos direitos autorais somam-se os direitos vizinhos ou conexos aos do autor, acima citados e protegidos através da Convenção de Roma.

²⁵⁷ BENJAMIN, *Op. cit.*

²⁵⁸ BENJAMIN, 1985.

ser entendida como arte, fato que demorou a ocorrer. No final do século XIX e início do XX, o movimento pictorialista fotográfico tentou aproximar a imagem fotográfica da imagem artística, através de algumas técnicas que tentavam dar a fotografia um aspecto de pintura. Entretanto, apenas com o movimento fotográfico encabeçado por Alfred Stieglitz, na década de 1920, a fotografia passou a buscar uma linguagem própria, especificamente fotográfica, criando uma identidade.

Alfred Stieglitz, Man Ray, Edward Weston,²⁵⁹ Paul Strand,²⁶⁰ entre outros, são, portanto, os precursores de uma primeira fotografia de cunho autoral que se negava a ser tachada como mera técnica reprodutora da realidade. Esse movimento se espalhou por diversos países, como o Brasil, no qual Hélio Oiticica é um dos expoentes da fotografia autoral, que nega o referente do mundo real, captando formas abstratas, composições de luzes e sombras, explorando de forma apaixonada a matéria-prima da fotografia, ou seja, a luz. Através desse movimento, a fotografia nega seu papel de documento do real e de mero registro, rogando para si a autoridade de uma criação autoral.

Ainda no início do século XX, fotógrafos que trabalhavam para grandes agências jornalísticas, podiam ver o material de sua produção ser utilizado sem nenhum pudor em reportagens que desvirtuavam o sentido original dado pelo produtor a tais imagens, ferindo um preceito da legislação autoral, caso esta viesse a ser aplicada, à época, à fotografia, que é o caso dos direitos morais do autor.²⁶¹

Em resposta ao uso abusivo das imagens fotográficas por parte das grandes agências jornalísticas, fotógrafos como Henri Cartier-Bresson e Robert Capa fundaram a Agência Magnum Photos para fortalecer o poder do fotógrafo na produção e negociação de suas fotos, garantindo a preservação do sentido de suas imagens, seus contextos de apropriação e construção. Segundo Bauret, os fotógrafos tornam-se independentes na escolha de suas

²⁵⁹ Sobre Weston, fala Bauret: “Olha para os objetos ainda mais de perto, interroga a sua matéria, e neste movimento acaba por atingir a abstração... Quanto à luz, regulada pelo fotógrafo, ela sublima a matéria. A fotografia aparece, pois, como um novo instrumento capaz de criar beleza – o termo criar deve ser entendido aqui no seu sentido mais genérico – a partir de objetos vulgares” BAURET, Op. cit., p. 90.

²⁶⁰ Sobre Strand, Bauret cita as palavras do próprio Stieglitz: “Uma fotografia sem chiste, sem batota[...]; o trabalho é brutalmente direto, desprovido de qualquer tentação de mistificar um público ignorante, incluindo os próprios fotógrafos [...]. Essas fotografias são a expressão direta da atualidade [...]. A objetividade é a verdadeira essência da fotografia, a sua contribuição e ao mesmo tempo a sua limitação.” BAURET, Op. cit., p. 96.

²⁶¹ Os direitos morais estão presentes apenas nas legislações que seguiram os preceitos do *Droit d'Auteur* francês ou o direito continental. As legislações do *Common Law*, que seguiram o Copyright não possuem previsão para a proteção dos direitos morais. Um dos direitos morais do autor é o de integridade da obra, ou seja, só o autor ou a partir de sua permissão, a obra pode ser alterada.

temáticas. Por sua vez, suas fotos possuíam um rigoroso senso estético e de reflexão, produzindo fotos que tratavam a história com profundidade.²⁶²

Do surgimento e do fortalecimento da Agência Magnum, o *métier* do fotógrafo começa a ser encarado com um pouco mais de respeito por parte da sociedade como um todo. À mesma época do surgimento da Magnum, os Estados Unidos passariam por sua maior adversidade econômica, causada pela crise de 1929. Num projeto sem precedentes, o governo americano reúne um grupo de fotógrafos com o objetivo de produzir imagens documentais sobre o real estado da América, principalmente de partes mais distantes dos grandes centros urbanos. A Farm Security Administration foi a agência/empreendimento que reuniu fotógrafos como Dorothea Lange, Walker Evans e Russel Lee, entre outros. Desse grande empreendimento resultaram fotografias que em muito superaram sua função meramente documental, revelando verdadeira perícia de composições e cortes fotográficos.

Foram a partir dessas imagens acima comentadas (da *Magnum* e da *Farm Security*) que a fotografia foi acedendo ao mundo das Belas Artes. Galeristas começaram a tomar tais documentos imagéticos como artísticos e dedicar-lhes exposições, que abririam um local de consagração para a fotografia entre as grandes Artes e intensificariam as discussões e pressões acerca de sua proteção pela lei de direitos autorais.

Segundo Newton Teixeira, a proteção à fotografia foi primeiramente reclamada pela Suíça, seguida da França. Na revisão da Convenção de Berna de 1908, a fotografia figura em artigo à parte das demais obras (artigo 3º) no qual se lia: A presente Convenção aplica-se às obras fotográficas e às obras obtidas por um processo análogo à fotografia. Ainda segundo o autor, foi a pressão exercida pelos fotógrafos desde 1935 (que só se concretizou após a segunda Grande Guerra), que possibilitou a previsão da proteção da fotografia pela Convenção.

Mesmo sendo prevista a proteção em 1908, apenas na revisão de 1948, a fotografia passa a constar do artigo segundo da Convenção de Berna, no qual estavam as demais obras de arte. Ou seja, apenas em 1948, a fotografia é inserida no rol das artes pela Convenção. Não obstante sua inserção no rol das obras protegidas, os prazos de proteção para fotografia foram sempre inferiores. Primeiramente, o tempo de proteção chegou a ser de 10 anos, conseguindo, posteriormente, passar para 25 anos da realização da fotografia, após revisão realizada da Convenção de Berna.²⁶³

²⁶² BAURET, 2000, p. 39.

²⁶³ Segundo a Convenção de Berna, no seu artigo 7 (4) “Os países da União reservam-se, nas suas legislações nacionais, a faculdade de regular duração da proteção das obras fotográficas e das obras de artes aplicadas protegidas como obras artísticas; entretanto, a referida duração não poderá ser inferior a um período de vinte

Entretanto, a resistência à proteção à obra fotográfica continuou a ser forte durante boa parte do século, como se constatou numa passagem de um texto da década de 1960, escrito por Henri Desbois:

*A importância preponderante da execução pessoal permite-se ainda perceber a anomalia do dispositivo da lei francesa, segundo a qual as fotografias, pelo menos aquelas que têm um 'caráter artístico ou documentário', são assimiladas às obras de pintura ou de escultura, por que a personalidade do operador se manifesta na fase dos preparativos, ou dos retoques, não no momento preciso da tomada de vista, que é o resultado do concurso de agentes mecânicos e químicos.*²⁶⁴

O Brasil parece ter se tornado mais generoso com relação à proteção à fotografia com o passar dos anos. Em 1898 foi criada a primeira lei brasileira voltada especificamente para a proteção autoral, a Lei 496/1898, também chamada Medeiros de Albuquerque, em homenagem ao seu autor. Nesta, a obra fotográfica não constava do texto como matéria protegida. Mas a lei Medeiros de Albuquerque foi logo revogada pelo Código Civil de 1916.

O Código Civil de 1916 não elencava, como a atual lei de direitos autorais, um rol exemplificativo de obras a serem protegidas pelo instituto do direito autoral. Em nenhum momento do Código referente à proteção das obras artísticas e literárias, encontra-se a palavra fotografia. Mas também não são encontradas referências à pintura, à escultura, à arquitetura ou a qualquer outra obra de caráter artístico ou literário. O Código é sucinto em suas pontuações e percebe-se claramente seu caráter patrimonialista, como destacado por Moraes.²⁶⁵

Apenas em 1973, o direito autoral passa a ser regulado por lei própria, a Lei 5.988/73. Nesta, encontra-se, na definição do que seriam obras protegidas pelo direito autoral, as fotografias, com a seguinte redação: artigo 6º, inciso VII - “as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia, desde que, pela escolha de seu objeto e pelas condições de sua execução, **possam ser consideradas criação artística;**”[grifo nosso].

Pela composição do texto legal, pode-se lembrar o percurso da fotografia na sua tentativa de adentrar no universo das Belas Artes. Ainda em 1973, a lei brasileira determinava

cinco anos contados da realização da referida obra.”

²⁶⁴ SANTOS, p.27-28 *Apud* DESBOIS, 1966, p.10.

²⁶⁵ *Id.*, *Ib.*

que só mereceriam proteção as obras fotográficas nas quais pudessem considerar-se alguma fagulha de criação artística. Há muito, a lei autoral evita adentrar no campo da estética e promover julgamentos de juízo sobre aquilo que pode ser considerado uma obra artística e, portanto, merecedora de proteção.

A questão é complexa e merece reflexões mais extensas do que as possíveis neste artigo, que se detém apenas sobre algumas abordagens e apontamentos. Mesmo a partir do Acordo TRIPS, também denominado ADPIC (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio), não se pode contar com novas abordagens sobre a proteção conferida às fotografias, uma vez que tal Acordo mantém os artigos da Convenção de Berna aplicáveis às obras autorais, fazendo ressalvas apenas quanto ao artigo 6 bis (direitos morais do autor).

No caso da atual lei de direitos autorais, Lei 9.610/98, a proteção à obra fotográfica não apenas se estendeu no espaço, como perdeu as ressalvas referentes à criação artística. No atual texto da lei em vigor lê-se que O prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre obras audiovisuais e fotográficas será de setenta anos, a contar de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua divulgação.²⁶⁶

No artigo 7º do mesmo diploma legal as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo à fotografia são consideradas, sem mais ressalvas, obras intelectuais protegidas. Pelo texto legal, percebe-se que a extensão da proteção à fotografia, hoje, pode ser maior do que àquela concedida às demais obras. Isso se dá porque o autor da obra fotográfica goza do direito moral de inédito, podendo conservar sua obra inédita por toda sua vida, direito este que é transmissível aos seus sucessores. Como a obra fotográfica passa a ser protegida a partir de sua divulgação, o prazo de proteção poderá começar a correrem muitos anos depois da morte do autor, dando-se, então, a citada divulgação. A lei, portanto, é mais que expansiva, concedendo à fotografia proteção até então inédita no direito pátrio.

Até que ponto pode-se entender essa expansão da proteção à fotografia pelo direito autoral como uma reavaliação do papel da fotografia no campo das artes torna-se uma questão no mínimo interessante para a discussão. Mas um fato mais relevante para essa discussão é entender como essa inserção e expansão da proteção à fotografia é relevante para o desenvolvimento da arte fotográfica e que conseqüências a inserção e a proteção da fotografia podem causar para a sociedade como um todo.

2.3- MERCADO DE ARTE FOTOGRÁFICA

²⁶⁶ Artigo 44 da Lei 9.610/98.

Como já explanado, ainda na década de 1950 do século XX, a fotografia consegue adentrar os templos consagrados às Belas Artes. Seu acesso a tais espaços não ocorre de forma clandestina, mas a partir do convite de críticos de arte, marchands e galeristas. A fotografia começa a abrir espaço de inserção na discussão e apreciação do universo artístico.

Por outro lado, fotografias documentais começam a serem avaliadas pelas qualidades técnicas acionadas pelo fotógrafo no momento do click: luz, ângulo de tomada, tons, cores, composição etc. são elementos que passam a fazer parte de um vocabulário especificamente fotográfico. Cartier-Bresson, por seu turno, expõe o grau de criatividade existente na escolha e no ato fotográfico através de seu “momento decisivo”. Não há mais como negar um caráter criativo e artístico à fotografia. Grandes colecionadores começam a adquirir coleções de fotógrafos como forma de criação de um capital não apenas cultural, mas também econômico.

Não obstante as colocações de Pierre Bourdieu sobre o caráter mediano da fotografia,²⁶⁷ esta, cada vez mais, se torna objeto de apreciação de uma classe de críticos de arte. Nessa trajetória, algumas instituições vêm se tornando verdadeiras reservas técnicas de imagens fotográficas de fotógrafos falecidos e vivos, promovendo a construção de um verdadeiro mercado de arte fotográfico.²⁶⁸

Rosalind Krauss promove uma avaliação precisa sobre a produção fotográfica de Eugène Atget, revelando o quanto os conceitos próprios da arte não são adequados para avaliar o acervo do fotógrafo francês, que se revela mais como um catálogo, do que como um trabalho de consciência estética.²⁶⁹ Em contrapartida, em outros trabalhos fotográficos, Krauss promove análises das fotografias por ela abordadas que não afastam tais fotos dos circuitos das artes. Citando a conclusão de Krauss, tem-se:

“Hoje, em todo lugar, tenta-se dismantelar o arquivo fotográfico, quer dizer, o conjunto das práticas, instituições, relações de onde surgiu inicialmente a fotografia do século XIX, para reconstruí-lo no quadro das categorias já constituídas pela arte e sua história. Não é difícil imaginar quais os motivos de semelhante operação, mas o que é mais difícil de entender é a indulgência para com o tipo de incoerência que isto produz.”²⁷⁰

²⁶⁷ BOURDIEU, 1965.

²⁶⁸ O conceito de mercado de arte aqui utilizado é balizado nos trabalhos de Pierre Bourdieu que define as estruturas que perpassam na composição dos mercados de bens simbólicos, nos quais se tem a noção de campo a sedimentar as relações entre os atores que pertencem ou não a este campo e, com isso, determinam as relações a serem travadas de acesso e pertencimento. Para melhor compreensão desse conceito remetemos aos trabalhos do sociólogo *Regras da arte* (2005) e *Economia das trocas simbólicas* (2004).

²⁶⁹ KRAUSS, 2002, p. 55

²⁷⁰ *Id., Ib.*

Não se discorda que muitas fotografias possuem um alto valor estético. Mas seu potencial de reprodução lhe fornece características que acabam por afastá-la de algumas conceituações da arte. Entretanto, percebe-se, cada vez mais, um movimento de aceitação clara sobre o caráter artístico da fotografia.

Enquanto arte, a fotografia atualmente é um bem de potencial econômico para seus colecionadores. Não se pensa mais na fotografia do final do século XIX e início do século XX, mera técnica de reprodução em massa de obras de arte, que lutava por seu reconhecimento no campo artístico. Em muito a fotografia superou, assim como o cinema, seu destino de mera técnica reprodutiva, como foi e é a imprensa.

A fotografia é uma arte de massa, que nasceu com o signo da divulgação em massa sobre sua essência, sendo filha de uma sociedade consumista que não consegue viver apenas do objeto único, motivo de culto. Independente de sua essência negar a unicidade de sua produção e do subterfúgio utilizado por alguns fotógrafos de destruírem o negativo para manterem a aura do objeto único sobre a foto revelada, a atualidade expõe uma grande valorização da produção fotográfica, com todas as suas especificidades, derivando numa verdadeira constituição de um mercado de arte fotográfica no qual a foto passa a ser detentora de alto valor econômico.

Para que esse mercado de arte fotográfica funcione, ele demanda que a proteção concedida à fotografia seja cada vez mais eficaz. Assim, novamente, encontra-se a demanda necessária para a constituição de um campo de proteção através de legislações de direitos autorais.

Mas é importante pontuar como essa proteção pode funcionar. Atualmente, com a valorização da fotografia, algumas instituições vêm se tornando verdadeiros acervos de arte fotográfica. A proteção garantida pelos direitos autorais vem permitindo que tais instituições adquiram e utilizem o material fotográfico produzido por um fotógrafo como um bem de exploração econômica. O preço de mercado de uma obra fotográfica vem sendo gerenciado a partir de especulações de um mercado que determina o seu público consumidor e, portanto, o acesso restrito àqueles que detêm o capital financeiro para participar das negociações econômicas.

Portanto, pode-se perceber que o acesso a tais bens vem se tornando restrito, pois no conceito de valorização de um mercado de arte, há a sedimentação de um conceito de raridade do bem, criado a partir de critérios artificiais, possibilitando que o seu valor de mercado aumente.

3- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Precisa-se, enquanto sociedade, encontrar um equilíbrio que possibilite que o autor (seja fotográfico ou outro), beneficiar-se da proteção conferida à sua obra, bem como possa auferir economicamente e com dignidade o fruto da exploração econômica dessa obra. Entretanto, deve-se zelar pelos usos sociais da obra que não causem prejuízos injustificados ao seu autor. Dessa forma, acredita-se que os desenvolvimentos social e econômico serão tão protegidos quanto a própria obra.

Entretanto, o que se observa, hoje, é uma intensificação da proteção conferida às obras, bem como uma expansão do próprio conceito de obra artística. Isso tem beneficiado a formação de mercados de arte que negociam suas obras protegidas por direitos autorais a partir de conceitos de valorização estética, que determinam sua valorização econômica. O resultado desse tipo de mercado é a exclusão daqueles que não podem participar, por motivações econômicas, do acesso às obras protegidas por direitos autorais.

TRIPS e Berna procuram manter a proteção à fotografia limitada por um período de tempo menor, em função do seu caráter de obra prática do dia-a-dia. Crê-se que muitas fotos merecem proteção similar à dada às obras de artes plásticas. A legislação brasileira parece ter entendido isso quando promoveu certa ampliação da proteção autoral da fotografia que torna o domínio público uma figura distante. Os fotógrafos merecem, com toda certeza, serem protegidos como os demais artistas. A questão que se deseja deixar aqui, então, passa a ser como conciliar o desenvolvimento social de todos e o acesso à cultura com as necessidades impostas pelo desenvolvimento econômico dos fotógrafos e do mercado de arte, sem que essa relação crie um desequilíbrio na balança?

4- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. Rio de Janeiro : Renovar, 2007.

AMAR, Pierre-Jean. História da fotografia. Lisboa : Edições 70, 2001.

_____. Histoire de la photographie. (*Que sais-je?*). Paris : PUF, 1999.

BAURET, Gabriel. Approches de la photographie. Paris : Nathan Université, 2002.

_____. *A fotografia*. História, estilos, tendências, aplicações. Lisboa : Edições 70, 2000.

BAZIN, André. “Ontologia da imagem fotográfica”. In.: BAZIN, A. **O que é o cinema?** Lisboa : Livros Horizonte, 1992.

BENJAMIN, Walter. “Pequena história da fotografia”. In.: KOTHE, F.R. (Org.). *Walter Benjamin*. São Paulo : Ática, 1985. p. 219-240.

_____. “A obra de arte na era da sua reprodutibilidade técnica”. In.: BENJAMIN, W. *Sobre arte, técnica, linguagem e política*. Lisboa : Relógio d'Água, 1992.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2005.

BOURDIEU, Pierre. *Photographie: un art moyen*. Essai sur les usages sociaux de la photographie. Paris : Éditions Minuit, 1965.

_____. *Economia das trocas simbólicas*. São Paulo : Perspectiva, 2004

_____. *As regras da arte*. São Paulo : Cia das Letras, 2005.

BURKE, Peter. *Uma história social do conhecimento*. Rio de Janeiro : Jorge Zahar, 2003.

CABRAL, Plínio. *A nova lei de direitos autorais*. Comentários. São Paulo : Harbra, 2004.

CARBONI, Guilherme. *Função social do direito de autor*. Curitiba : Juruá, 2006.

_____. *O direito de autor na multimídia*. São Paulo : Quartier Latin, 2003.

COSTA, Helouise & DA SILVA, Renato Rodrigues. *A fotografia moderna no Brasil*. São Paulo : Cosac Naify, 2004.

DESBOIS, Henri. *Le droit d'auteur en France*. Paris : Dalloz, 1966.

DIDEROT, Denis. *Carta sobre o comércio do livro*. Rio de Janeiro : Casa da Palavra, 2002.

DRUMOND, Victor e VIDE, Carlos Rogel. *Manual de direito autoral*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2005.

DUBOIS, Philippe. *O ato fotográfico*. Campinas/São Paulo : Papyrus, 1994.

DUVAL, Hermano. *Direitos autorais nas invenções modernas*. Rio de Janeiro : Andes, 1956.

FABRIS, Annateresa (Org.). *Fotografia: usos e funções no século XIX*. São Paulo : EDUSP, 1998.

FERNANDES JUNIOR. *Labirinto e identidades: panorama da fotografia no Brasil, 1946-1998*. São Paulo : Cosac & Naify/Centro Universitário Maria Antonia da USP, 2003.

FREUND, Gisèle. *Fotografia e sociedade*. Lisboa : Veja, s/data.

GANDELMAN, Marisa. *Poder e conhecimento na economia global*. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 2004.

JEHEL, Pierre-Jérôme. *Photographie et anthropologie en France au XIX siècle*. Saint Denis : Université Paris VIII, 1994-1995.

LEWICKI, Bruno. "A historicidade do direito autoral". In.: *Direito da propriedade intelectual. Estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba : Juruá, 2005.

JOSCHKE, C. “Aux origines des usages sociaux de la photographie”. In.: Actes de la Recherche en Sciences Sociales. Paris, n. 154, 2004. p.53-65.

KOSSOY, Boris. *Fotografia & história*. São Paulo : Ateliê Editorial, 2001.

_____. Realidades e ficções na trama fotográfica. São Paulo : Ateliê Editorial, 2000.

_____. Origens e expansão da fotografia no Brasil do século XIX. Rio de Janeiro : Funarte, 1980.

KRAUSS, Rosalind. O fotográfico. Barcelona : Editorial Gustavo Gili, 2002.

MACHADO, Arlindo. A ilusão especular. São Paulo : Brasiliense, 1984.

MAN, John. A revolução de Gutenberg: a história de um gênio e da invenção que mudou o mundo. Rio de Janeiro : Ediouro, 2004.

MORAES, Rodrigo. *Os direitos morais do autor*. Repersonalizando o direito autoral. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2008.

NEWHALL, Beaumont. L’histoire de la photographie. Depuis 1839 et jusqu’à nos jours. Paris : Béliet-Prisma e New York : Publication du Musée d’Art Moderne, 1967.

PELLEGRINI, Luiz Fernando Gama. *Direito autoral do artista plástico*. São Paulo : Oliveira Mendes, 1998.

ROSENBLUM, Naomi. *Une histoire mondiale de la photographie*. Paris/Nova York/ Londres : Éditions Abbeville, 1998.

SAMAIN, Etienne. “Quando a fotografia (já) fazia os antropólogos sonharem. O Jornal ‘La Lumière’ (1851-1860)”. *Revista de Antropologia*. São Paulo, v. 44, n. 02, 2001. p. 89-126.

_____. (Org.). *O fotográfico*. São Paulo : Hucitec/Senac (SP), 2005.

SANTOS, N. P. Teixeira. *A fotografia e o direito do autor*. São Paulo : Ltr, 1977.

SCHAEFFER, Jean Marie. *Imagem precária*. São Paulo : Papyrus, 1996.

SONTAG, Susan. *Ensaio sobre a fotografia*. São Paulo : Companhia das Letras, 2004.

SORLIN, Pierre. *Les fils de Nadar. Le siècle de l'image analogique*. Paris : Nathan, 1997.

TACCA, Fernando de. *A imagética da Comissão Rondon*. São Paulo : Papyrus, 2001.

TURAZZI, Maria Inez (Org.). "Fotografia". *Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*. Rio de Janeiro : IPHAN/MinC, 1998.

_____. *Poses e trejeitos. A fotografia e as exposições na era do espetáculo (1839-1889)*. Rio de Janeiro : Rocco, 1995.

VASQUEZ, Pedro. *A fotografia no Império*. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editor, 2002.

O COMPOSITOR E A EDITORA MUSICAL – DESEQUILÍBRIOS QUE PERMEIAM ESSA RELAÇÃO

Daniel Pessôa Campello Queiroz²⁷¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. Os contratos. 1.1 A propriedade definitiva das obras. 1.2 Administração do repertório contra os interesses do compositor. 1.3 A concessão do adiantamento ou “advance”. 2. A jurisprudência. Conclusão. Referências.

RESUMO

Os debates sobre o tema dos Direitos Autorais no Brasil têm se restringido à questão da flexibilização dos direitos patrimoniais de autor. Muito pouco se tem discutido acerca da situação do Compositor – criador da matéria-prima da cadeia produtiva existente em torno da música – em sua relação comercial e jurídica com as editoras musicais, que, a partir da assinatura de contratos, passam a ser as titulares dos direitos patrimoniais sobre as obras. A relação entre compositores e editoras musicais precisa ser repensada, tendo em vista que a situação refletida na prática contratual vigente expõe os compositores a situações como a ligação por tempo indeterminado com as editoras, a propriedade definitiva das criações por estas, e até mesmo a existência de dívidas dos compositores em relação às empresas editoriais, mesmo após o fim dos prazos contratuais. Objetiva-se demonstrar que a prática contratual nesta área deve se nortear pela lei vigente e pela jurisprudência. Para isso, necessário analisar as três principais espécies de contrato praticadas neste mercado: contrato de cessão, edição e obra futura. A jurisprudência analisada aponta para o fato de que há real necessidade de aprimoramento dos instrumentos contratuais praticados entre editoras e compositores, visto que há cláusulas nulas. O aprimoramento dos instrumentos contratuais é necessário para a criação de uma cultura de respeito ao Direito Autoral no Brasil. Fazem-se necessárias alterações na atual legislação para garantir aos compositores um reequilíbrio nessa relação comercial, possibilitando ainda a fiscalização do aproveitamento econômico de suas obras, garantida pela Constituição da República.

²⁷¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Autorais; Editoras Musicais; Compositores; Contrato de Cessão; Contrato de Edição; Obras musicais

ABSTRACT

The discussions around Copyright Laws in Brazil have had been narrowed down to the flexibilization of the copyrights. Very little has had been discussed about the composer's position – creator of the raw materials of the productive chain that exists around music – in his commercial and legal relationship with the musical publishers, which, from the contract signature on, become the owners of the work's property rights. The relationship between composers and musical publishers must be rethought, considering the fact that the situation reflected on the current contractual practice exposes the composers how the latters' permanent ownership of the works and also composers' debts with the publishing companies, even after the contract's term has expired. The objective is analyze the three main kinds of contracts used in this market: assignment agreement, publisher contract and future works contract. The jurisprudence analyzed points out the fact that there is an actual need of enhancement of the contractual instruments practiced between the publishers and composers, due to the existence of null clauses. The contractual instruments' enhancement is necessary to the establishment of a culture that respects the Copyright Law in Brazil. The current law that regulates the issue must be amended so there can be a guarantee of rebalance to the composers in this commercial relationship. Modifications in the Copyright Law are necessary to provide the composers with an assurance of surveillance of their works' earnings, granted by the Constitution of the Republic.

KEY WORDS: Copyright Law; Music Publisher; Song Writer; Assignment Agreement; Publisher Contract; Songs

INTRODUÇÃO

Em época de difusão crescente do conteúdo musical através da Internet, muito se tem discutido acerca da flexibilização dos direitos patrimoniais de autor.

Ocorre, porém, que os debates relativos ao tema dos direitos autorais, sobretudo em virtude do acirramento dos ânimos em torno da questão da flexibilização, pouco abarcam a importância da figura do compositor, e a necessidade de garantir-lhe meios de viver de seu ofício.

É fato inconteste que a composição musical é a matéria prima de toda a cadeia produtiva engendrada em torno da música.

O trabalho do compositor, nesse diapasão, é dotado de rara preciosidade, de modo que não o colocar como um dos protagonistas nesta cadeia produtiva torna, salvo melhor juízo, os debates inócuos.

Ganham corpo, no entanto, tendências no mercado fonográfico no sentido de que os compositores, para conseguirem viver de seu trabalho, devem se tornar intérpretes de suas composições.

Algo semelhante a dizer, por hipótese, que um poeta, para sobreviver de seus poemas, teria que passar a recitá-los em praça pública, esperando que os passantes contribuíssem para sua sobrevivência.

Dentro do contexto de desvalorização da figura do compositor, pouco se tem aborda a relação jurídica estabelecida entre este e as empresas responsáveis por empreender e divulgar sua obra: as editoras musicais.

Recente matéria veiculada no jornal francês “Le Monde”, intitulada “Num mercado do disco acidentado, a edição musical está com boa saúde” – divulgada pelo site UOL – informa que, enquanto as gravadoras colecionaram perdas, as editoras musicais, muito ao diverso, apresentam níveis estáveis de faturamento.²⁷²

Tal estabilidade se deve, entre outros fatores, às práticas comerciais expressadas nos contratos a que as editoras submetem os compositores.

Cumprе consignar que não se pretende, nesta análise, encontrar culpados, em um exercício de estéril maquinaísmo; trata-se de um sistema complexo, no qual é fato inconteste que a atividade empresarial das editoras musicais é essencial para viabilizar a carreira dos compositores.

Objetiva-se, isto sim, chamar a atenção para o fato de que os compositores são, via de regra, submetidos a contratos de adesão com as editoras musicais, que contêm mecanismos jurídicos para i) garantir o investimento, com baixo risco, das editoras; ii) manter o compositor atrelado às mesmas por longos períodos, que em muitos casos extrapolam os prazos legais; e iii) garantir às editoras a propriedade definitiva das obras do compositor, alegadamente como meio de recuperar o investimento feito.

1. OS CONTRATOS

²⁷² Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/midiaglobal/lemonde/2007/09/29/ult580u2688.jhtm>

De modo a avaliarmos a prática contratual ora corrente entre compositores e editoras, necessário abordar os três contratos mais praticados no mercado editorial musical brasileiro: contrato de cessão, contrato de edição e contrato de obra futura ou encomenda.

De plano, cumpre chamar a atenção para o fato de que tais contratos contêm cláusulas que, em regra, geram para os compositores uma ligação praticamente perpétua com as editoras. Além disso, os compositores contraem a obrigação de ter que ressarcir as editoras, se suas composições não alcançarem as metas mercadológicas pré-estabelecidas.

Note-se que, como expressado, o objetivo deste estudo não é a generalização pura e simples, como em uma crítica aleatória e destrutiva acerca das práticas das editoras musicais. Trata-se, ao contrário, de realizar uma análise dos contratos a que os compositores são submetidos, com vistas ao aprimoramento da instrumentação jurídica corrente; visando, sobretudo, ao reequilíbrio dessa relação.

Passando à análise dos atuais contratos praticados nesse mercado, cumpre primeiro abordar o mais abundante: aquele que a doutrina qualifica como contrato de cessão de direitos patrimoniais de Autor. Carlos Alberto Bittar o define como sendo aquele em que “o autor transfere, a título oneroso ou não, a outrem, um ou mais direitos patrimoniais sobre sua criação intelectual”.²⁷³

No contrato de cessão, o compositor transfere à editora um ou mais de seus direitos exclusivos, estipulando uma remuneração a ser recebida, o que se dá quando da exploração econômica da obra musical e/ou lítero musical. Em geral, os *royalties* advindos da exploração econômica das obras são divididos na proporção de 25% para a editora; 75% para os compositores.

Em que pese parecer equilibrada a divisão de percentuais, já que ao autor cabe a parcela maior, o fato é que, tendo em vista os aspectos que aqui serão abordados, tal porcentagem em regra se traduz em pequenos ganhos econômicos aos compositores; a não ser àqueles que alcançam patamares altamente expressivos de vendas.

O contrato de cessão é a espécie que passou a ser mais utilizada à medida que as editoras perceberam que por meio do mesmo estariam mais resguardadas, visto que, em tese, esta espécie contratual gera às editoras um menor número de compromissos no que se refere ao empreendimento e à divulgação das obras do cedente.

O fato é que a Lei 9.610/98 (LDA) não delimita claramente regras acerca do instrumento “contrato de cessão”; ao que indicam os fatos, tal contrato é uma construção

²⁷³ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 96.

baseada na prática do mercado editorial, que passou a ser a de reduzir os riscos da atividade por meio de mecanismos de engenharia financeira, que serão analisados adiante.

A LDA delimita mais claramente os contratos de “edição” e o “de obra futura”; o segundo uma espécie do primeiro. Estes são os contratos que, em princípio, representariam uma maior possibilidade de equilíbrio na relação jurídica estabelecida, sobretudo à parte hipossuficiente da relação.

Na edição também ocorre a cessão dos direitos patrimoniais de autor sobre a obra, de modo que o controle econômico desta passa a ser de responsabilidade da cessionária. No entanto, este contrato gera uma série de deveres à editora, notadamente no que se refere à divulgação do repertório do compositor cedente.

As atribuições de cessionária, à luz do contrato de edição, são as de divulgar, empreender, mover, zelar e proteger as obras musicais de seus autores no mercado, de forma que gerem receita de *royalties* para ambas as partes.

É o que nos ensina José de Oliveira Ascensão:

“Não há edição se quem reproduz os exemplares os guarda para si, facultando apenas a consulta. (...) Tem de haver ainda a exploração da obra. (...) *O editor deve pôr em circulação a obra, como atividade comercial, assumindo por consequência os riscos da comercialização desta.* Portanto, o editor toma sobre si o direito e o dever de reproduzir a obra e de lançá-la em termos de empreendimento comercial” (grifamos)²⁷⁴

No mesmo sentido, o artigo 53, da Lei 9.610/98 (LDA):

“Art. 53. Mediante o contrato de edição, o editor, obrigando-se a reproduzir e a divulgar a obra literária artística ou científica, fica autorizado, em caráter de exclusividade, a publicá-la e a explorá-la pelo prazo e nas condições pactuadas pelo autor.”

O fato, portanto, é que no contrato de edição, a editora está mais envolvida no processo de divulgação das obras dos compositores, que, para gerar receitas, dependem de um

²⁷⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. P. 382.

trabalho de empreendimento e divulgação por parte das mesmas, que, nas palavras de Ascensão, têm que assumir o risco comercial do empreendimento.

Na linha do contrato de edição, há o terceiro tipo de contrato ao qual o compositor é submetido: o contrato de obra futura, ou encomenda, como também é conhecido.

Por meio do contrato de encomenda o compositor contrata com a editora a exclusividade para a criação de obras futuras, de modo que todas as suas criações musicais, durante a vigência do prazo estipulado em contrato, deverão ser cedidas com exclusividade à editora contratante.

O contrato é, portanto, de edição das obras produzidas pelo compositor contratado, durante o prazo estipulado no instrumento.

Visando à proteção do compositor, e tendo em vista as diversas polêmicas que envolvem um instrumento que obriga o mesmo a criar determinado número mínimo de obras em período pré-estabelecido, a LDA estabelece um prazo máximo para essa espécie de contrato²⁷⁵.

Na prática, contudo, as grandes editoras atuantes no mercado normalmente sujeitam a maioria dos compositores a contratos de adesão.

Desprovidos da real noção de que, em dois ou três anos, acumularão dívidas de volume expressivo com as editoras, e ainda serão obrigados à entrega de mais obras do que as inicialmente acordadas, os compositores firmam esses contratos, notadamente em virtude de as editoras oferecerem uma boa quantia em dinheiro como “adiantamento”, no momento da assinatura.

Analisaremos, a seguir, três desdobramentos comuns dos contratos formulados pelas editoras aos quais, em regra, os compositores, aderem: i) a transferência definitiva das obras para a editora; ii) administração do repertório contra os interesses do compositor; e iii) a concessão de adiantamento ou “*advance*” como maneira de garantir sensível redução no risco do investimento.

1.1 A propriedade definitiva das obras

²⁷⁵ Lei 9.610/98 Art. 51 A cessão dos direitos de autor sobre obras futuras abrangerá, no máximo, o período de cinco anos.

A primeira das práticas das editoras é o fato de que, a partir da cessão ou edição das obras, as mesmas passam a exercer a propriedade definitiva sobre as mesmas.

Ocorre que a editora musical, que em verdade contrata com o compositor a *administração de seu repertório*, para fazer crescer a assimilação deste, acabar por se tornar proprietária *ad eternum* das composições dos cedentes.

Apesar de, como é cediço, não se tratarem de fonogramas musicais nem de fitas matrizes produzidas por uma gravadora – aquelas sim de propriedade definitiva desta – as editoras tornam-se proprietárias das obras de maneira definitiva, em que pese firmarem com os autores contratos que estipulam o direito de proteger e salvaguardar suas obras, e, neste processo, serem adequadamente remuneradas.

Como, na maior parte dos casos, o compositor adere às cláusulas do contrato que lhe é apresentado pela empresa editorial – seja na modalidade de cessão, edição ou encomenda –, o mesmo acaba por ceder definitivamente suas obras, sem necessariamente ter a adequada compreensão de que está entregando à editora musical o controle econômico de suas obras por todo o prazo de proteção legal de que as mesmas gozam.

É notório que, ao assinar os contratos, os compositores não pretendem “vender” suas obras às editoras – fato muito corriqueiro nos anos 20, quando a prática da venda de sambas por parte dos compositores era comum –; ao contrário, ao assinar o contrato de cessão ou edição, a pretensão do compositor é entregar a uma empresa especializada a administração de seu repertório, com vistas a potencializar a utilização econômica de suas criações.

Porém, utilizando-se de uma instrumentação jurídica elaborada, as editoras passam a exercer, de maneira definitiva, o controle econômico das obras do autor.

Cumpra chamar a atenção para o fato de que, em virtude dos recentes pronunciamentos da jurisprudência acerca da nulidade das cláusulas que objetivam transferir a propriedade definitiva das obras por parte das editoras – decisões que serão aqui analisadas adiante – as mesmas em muitos casos têm passado a oferecer aos compositores contratos com prazo determinado, prazo este que geralmente é de 5 (cinco) anos.

Ainda é pouco, mas tal fato já demonstra que, para além de uma crítica genérica às editoras musicais, e tanto menos à atividade praticada pelas mesmas, o trabalho daqueles que se interessam pelo Direito Autoral – e notadamente daqueles que vêm na valorização da figura do compositor a fagulha para a necessária criação de uma cultura de respeito ao Direito Autoral no Brasil – não tem sido em vão.

Feito este pequeno parêntese, passemos à análise da conseqüência mais danosa ao compositor, resultado da propriedade definitiva das obras: a retenção ilegal do repertório.

1.2 Administração do repertório contra os interesses do compositor

O fato é que, como detém o controle da utilização econômica da obra por todo o prazo de proteção legal, a editora musical passa a poder autorizar o uso da mesma de acordo com os critérios – sobretudo no que se refere ao preço – que melhores resultados econômicos lhe gerarem, ignorando o interesse do compositor na divulgação da sua obra.

Assim, as empresas passam a fixar os preços para a utilização das composições em gravações e sincronizações, deixando de lado quaisquer outros critérios que não o dos ganhos econômicos.

Não raro os compositores pretenderiam ver sua obra inserida em um disco independente de um artista em ascensão, por exemplo, uma vez que pode ser importante para sua carreira tal utilização da obra neste fonograma. Porém, exceção feita aos grandes compositores, em regra suas necessidades estratégicas para o desenvolvimento de suas carreiras, nestes casos, sequer são levadas em consideração pelas editoras.

Outra consequência, gerada pelo que convencionamos denominar de *retenção do repertório*, é o fato de que em muitos casos as obras dos compositores deixam de ser utilizadas em função dos preços cobrados pelas editoras. Isto porque, como muitas vezes tais preços são tabelados, os mesmos não são adequados à realidade de compositores de menor expressão, que acabam sendo muito prejudicados pela ausência de uma necessária análise caso a caso.

É de se ressaltar que esta atitude das editoras não leva em consideração a regra positivada no art. 60, da LDA, segundo a qual às editoras “*competete fixar o preço da venda, sem, todavia, poder elevá-lo a ponto de embaraçar a circulação da obra.*”(g.n.)

Exemplo da conduta de retenção ilegal do repertório dos compositores foi o ocorrido, em finais de 2005, com o compositor Zé Ramalho.

A editora que controla economicamente sua obra, em virtude de interesses próprios, e alheios ao conhecimento do autor, impediu que o intérprete Zé Ramalho gravasse o seu próprio repertório, não apresentando uma razão plausível para tal, a não ser o contrato de acordo com o qual caberia unicamente ao crivo da editora a autorização para a gravação das obras musicais do autor à mesma cedidas.

A pretensão daquela editora, de barrar o lançamento de um CD pela gravadora do próprio Zé Ramalho, fundamentava-se no fato de que, como expressado, a mesma entendia

que, poderia *negar o uso de qualquer obra sob o seu controle*, mesmo quando o intérprete seja o próprio compositor.

O caso foi levado ao crivo do Judiciário, e a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em sede de agravo de instrumento, revogou liminar concedida à editora, permitindo, assim, que o compositor que lançasse o CD com suas composições, interpretadas pelo próprio.

Trata-se de um exemplo inequívoco de como o Judiciário vem avançando, ainda que lentamente, no tratamento da matéria.

1.3 A concessão do adiantamento ou “advance”

De todos os elementos inseridos nos contratos, a estratégia que melhor retrata a atual relação entre compositores e editoras musicais, sobretudo as multinacionais do ramo, é a concessão do adiantamento, também denominado de *advance*.

Trata-se, da forma como normalmente é concedido, de um hábil método de engenharia financeira que visa à garantia de perdas mínimas decorrentes dos contratos assinados com os autores.

Por meio do oferecimento, aos compositores, do adiantamento de uma quantia em dinheiro, referente aos valores a que os mesmos fariam jus no futuro com a inclusão de suas obras em faixas gravadas, as editoras se aproveitam da, em regra, difícil situação financeira dos autores para os persuadirem a aderirem às cláusulas dos contratos que lhes são apresentados.

Isto se dá a partir da transformação do valor concedido como adiantamento em “unidades vendidas”, também denominadas de “faixas” – que representam a cessão dos direitos autorais fonomecânicos que reproduzam obras do compositor.

Com esta transformação, cria-se uma espécie de “correção monetária paralela”, uma vez que o valor das “faixas” é corrigido ano a ano.

Cria-se na editora, desta forma, um *saldo devedor* em nome do compositor.

Saldo este que é descontado à medida que as obras do autor são utilizadas em faixas de CDs, ou em filmes, por exemplo.

Porém, este *saldo devedor* não permanece inalterado. Com sua transformação em “faixas”, o mesmo vai crescendo de acordo com o aumento, formulado pelas editoras, no valor das faixas.

A título de exemplo, a editora que concede 20.000 (vinte mil) reais de adiantamento ao compositor, em verdade está adiantando ao mesmo o valor corresponde a 200.000 (duzentas mil) faixas que incluam suas obras, isto é, duzentas mil utilizações econômicas dessas obras.

Disso resulta que a editora adiantou ao compositor 10 centavos de real por cada obra sua incluída em uma faixa gravada.

Como apenas o valor das faixas é corrigido, o compositor, que na data da assinatura do contrato recebeu 20.000 (vinte mil) reais de adiantamento, vê o seu *saldo devedor* aumentar anualmente, uma vez que o valor de cada faixa gravada é alterado, por meio de uma tabela de correção de preços formulada pelas editoras por meio das associações que as representam, a ABEM (Associação Brasileira dos Editores de Música) e a ABER (Associação Brasileira de Editoras Reunidas).

Ocorre que, para que o saldo devedor seja completamente zerado na editora, as obras do compositor têm que alcançar o número de utilizações em “faixas” estabelecido previamente pela mesma, em determinado prazo.

Do contrário, o contrato estipula que ocorrerá *a prorrogação automática do mesmo, em virtude da existência de “saldo devedor”*.

Com vistas a evitarem perdas, as editoras em regra estabelecem previsões muito acima do que os autores podem alcançar, pré-estabelecendo patamares para as vendas das obras dos contratados.

Resultado: terminado o prazo estipulado em contrato, que em regra é de três anos, é feito um novo cálculo do *saldo devedor* do compositor, que na maioria dos casos nunca é “zerado” – exceção feita às vendas dos grandes compositores.

Assim, se foi estipulada pela editora a inclusão de obras do autor em 200.000 (duzentas mil) faixas vendidas – como em nosso exemplo –, e as obras do autor foram utilizadas em 100.000 (cem mil) faixas, o contrato é automaticamente prorrogado.

Porém, o *saldo devedor*, que deveria ser de 10.000 (dez mil) reais – resultado da multiplicação das 100.000 (cem mil) faixas pelos 10 centavos de real equivalente a cada uma –, é recalculado com base no novo valor “faixa”.

Considerando-se que, por hipótese, a correção no valor da faixa, no período de 3 anos, tenha sido de 50%, o preço de cada faixa passa a ser de 15 quinze centavos de real.

Dessa maneira, o compositor, que à época da assinatura do contrato, recebeu 20.000 (vinte mil) reais de *advance* da editora, mesmo tendo tido suas composições incluídas em 100.000 (cem mil) faixas – o que é um resultado bastante razoável, tendo em vista a crise do

mercado fonográfico – passa a ter um *saldo devedor* na editora no valor de 15.000 (quinze mil) reais.

A complexidade aqui apresentada expressa o nível de sofisticação desta ferramenta contábil por meio da qual as editoras musicais conseguem manter sua saúde financeira num mercado do disco acidentado, como aponta a citada matéria publicada no jornal *Le Monde*.

Além de ter que se desdobrar para divulgar suas obras – visto que o investimento em estratégias de divulgação por parte das editoras é, em regra, muito pequeno –, os compositores precisam também correr contra o tempo, uma vez que sua “dívida” cresce anualmente.

Dessa forma, a maioria dos contratos, mesmo que já expirados cronologicamente, continuam em vigor, sem qualquer amparo legal, permanecendo os autores indefinidamente ligados à empresa editorial.

Ao mesmo restam as opções de **i)** ceder novas obras à editora, e aguardar que as mesmas alcancem os patamares de vendagem estipulados pela empresa; **ii)** ou devolver, em dinheiro, o valor do *saldo devedor*, já corrigido.

Assim é que o compositor, que na data da assinatura do contrato havia ficado satisfeito com a possibilidade de saldar suas dívidas, acaba por ser obrigado a entregar novas criações à editora, e, o que é mais grave, torna-se devedor de valores altíssimos, em virtude do esquema de correção do valor individual das faixas.

2. A JURISPRUDÊNCIA

É fato notório que a matéria autoral não é das mais presentes na Jurisprudência pátria. Muitos dos acórdãos existentes, além disso, primam por um tom quase sentimental, fruto de abordarem, em regra, questões que envolvem a arte – ferramenta eficaz para a expressão do sentimentalismo humano –; de modo que em muitos casos acabam prescindindo de uma aplicação criteriosa da lei que regula o tema.

Dois acórdãos, ambos proferidos por Câmaras cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no entanto, representam verdadeiras lições de direito autoral, uma vez que analisam quase que de maneira cirúrgica a situação apresentada neste trabalho.

A primeira das decisões foi proferida nos autos de Apelação Cível oriunda de ação anulatória de cláusula contratual movida pelo compositor Dudu Falcão em face de uma editora musical.

O objeto do pedido do autor foi a anulação da cláusula que determina *a prorrogação indefinida do contrato firmado até a recuperação total dos valores concedidos como adiantamento ao compositor*; precisamente uma das que analisamos aqui.

Inconformado com a necessidade de entregar novas obras à editora para se ver livre da exclusividade avençada, o compositor ajuizou a ação anulatória, a qual teve o pedido deferido pelo Juízo.

A editora interpôs a Apelação, e a decisão, que vale ser parcialmente transcrita, ratificou enfaticamente a sentença de primeiro grau:

“Com efeito, a previsão contratual da prorrogação automática do contrato, impondo ao Autor uma obrigação continuada de resgatar os adiantamentos concedidos através de empréstimos, por meio de novas obras, significa uma forma de aprisionamento da parte mais fraca da relação, o que não condiz com o princípio da livre vontade de contratar.(...)

Não se trata de excluir os efeitos próprios do período de (...) comercialização das obras cedidas. O que não se admite é conceder-lhe, de forma definitiva, a exclusividade dessas vantagens, vedando ao autor o direito de explorá-las por si mesmo, após a rescisão do contrato.

Ora se o prazo da cessão foi de um ano e rescindido o contrato com sua expiração, logicamente o bem do cedente retorna ao seu patrimônio, nos termos do art. 49, III, da Lei 9.610/98” (APELAÇÃO CÍVEL 2005.001.42174 – Trecho do Voto do Desembargador Relator José Geraldo Antonio)

O Acórdão, da lavra do Des. Relator José Geraldo Antonio, 11ª Câmara Cível, assevera a ilegalidade da estipulação contratual que exige dos compositores o resgate de valores concedidos a título de adiantamento, com o pagamento do mesmo com novas obras.

Ainda, determina que a propriedade definitiva das obras pelas editoras, nas palavras do Desembargador, é também inaceitável, de modo que não se admite “*conceder-lhe, de forma definitiva, a exclusividade dessas vantagens, vedando ao autor o direito de explorá-las por si mesmo, após a rescisão do contrato.*”

A segunda decisão, da qual se transcreve trecho a seguir, também foi proferida nos autos de Apelação Cível, desta feita oriunda de ação de rescisão contratual movida pelos herdeiros do compositor Antonio Maria em face de empresa editorial. Nesta decisão, com precisão e didatismo, o Desembargador relator dissecou, numa análise cláusula a cláusula, um contrato de cessão padrão utilizado pelas editoras musicais. Trata-se de uma análise minuciosa dos contratos de cessão – praticados na maior parte desta modalidade de negócios entre autores e editoras musicais –, e demonstra que, em virtude das cláusulas que formam o instrumento, a real natureza jurídica dos mesmos é a de contrato de edição, e não de cessão:

“Alega a primeira apelante que o contrato foi firmado com prazo certo, pois se estabeleceu sua vigência pelo mesmo prazo de proteção ao direito de autor (...) de setenta anos contados do dia 1º de janeiro do ano subsequente ao falecimento (art. 41). Ora, isso traduz uma cessão total, por isso que jamais retornaria ao autor das obras, ou seus herdeiros, qualquer direito sobre elas. (...) Logo, se analisada isoladamente tal cláusula, ou combinada com a vigésima, poder-se-ia afirmar que o contrato não poderia ser rescindido, devido a ter havido cessão de caráter total, definitivo, irrevogável e irretroatável de todos os direitos patrimoniais do falecido compositor(...) Já está, aí, o primeiro elemento descaracterizador dessa natureza do contrato, pois a cláusula fala em “exclusividade”, o que seria totalmente desnecessário, caso tivesse havido uma real “cessão” de direitos. (...) A própria alegação de que há prazo, feita pela própria apelante, ajuda a desnaturar o contrato, pois nessa há transferência de direitos e isso se dá de forma permanente, sem qualquer prazo. Se precisaram as partes ajustar prazo (...) é porque ela mesmo reconhece que não há um contrato de cessão. (...) Finalmente, a cláusula quinta fixa a remuneração pela suposta cessão, em percentuais de venda, o que descaracteriza totalmente o contrato quanto a essa natureza jurídica. (...) Com efeito, na cessão, os direitos patrimoniais das obras (...) passam a pertencer ao cessionário, são para eles transferidos, e que por isso paga para comprá-los, assumindo os riscos futuros de lucro ou prejuízo. Neste caso, a primeira apelante nenhum risco assumiu, não pagando pela cessão, mas, ao contrário, se obrigou a, no decorrer dos anos, sempre que

publicada a obra, arrecadar o valor devido e pagar aos titulares do direito autoral sua parte. Limita-se, portanto, a representar os titulares do direito autoral e a cobrar o que lhes é devido, para isso também recebendo. Inexiste real cessão de direitos, não sendo aplicáveis as normas do Capítulo V do Título III da lei acima mencionada, uma vez que não houve efetiva transferência de direitos. (...) Denota-se, então, que apesar das partes terem denominado o instrumento como “Contrato de Cessão de Direitos Patrimoniais de Autor”, na realidade, devido às cláusulas que formam o instrumento, cuida-se de “contrato de edição” previsto no artigo 53 da lei de regência, pelo qual “...o editor, obrigando-se a reproduzir e a divulgar a obra literária, artística ou científica, fica autorizado, em caráter de exclusividade, a publicá-la e explorá-la pelo prazo e nas condições pactuadas com o autor.” Nesse contrato, o preço de retribuição é arbitrado com base nos usos e costumes (art. 53 da lei de regência), que, neste país, significa o preço da venda, exatamente com aqui foi pactuado. (...) Ficou claro e transparente que a vontade dos segundos recorrentes foi somente de ceder à exploração econômica os direitos patrimoniais, e não transferir sua titularidade sobre eles.(...) Logo, a *prima facie* cabe a rescisão, porque, vigendo o contrato sem prazo certo é possível ao titular do direito denunciá-lo, como mero exercício de um direito potestativo puro.” (Apelação Cível nº 2006.001.59446, Des. Relator Sérgio Lúcio de Oliveira e Cruz – 15ª Câmara Cível – TJRJ, grifou-se)

Assim, fica evidenciado, em apertada síntese, que os contratos de cessão, praticados pelas editoras musicais, em verdade têm natureza jurídica de edição, de modo que podem ser rescindidos a qualquer tempo; colocando-se, assim, uma pá de cal na pretensão de manutenção definitiva da propriedade das obras musicais editadas.

CONCLUSÃO

Resta patentemente demonstrado, portanto, que a relação jurídico-comercial ditada pelas editoras musicais aos compositores deve ser repensada.

De fato, reavaliar esta relação deve estar no cerne da pauta de discussões em torno das necessárias alterações no atual diploma que rege o tema; tendo em vista que, a nosso sentir, a criação de uma cultura de respeito ao Direito Autoral passa por garantir ao compositor, responsável pela criação da matéria-prima desta cadeia produtiva, uma posição de maior equilíbrio em relação às empresas responsáveis pelo empreendimento de suas obras.

É de se comemorar o fato de que, nos casos apresentados – dos compositores Zé Ramalho, Dudu Falcão e dos herdeiros de Antônio Maria – o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro tenha se posicionado de maneira a garantir que o bom direito que buscavam ver concretizado por meio daquelas demandas fosse, de fato, tecnicamente ventilado.

Como muito bem salientou o Desembargador José Geraldo Antonio, o compositor é *a parte mais fraca da relação*; as soluções dadas às lides deduzidas em Juízo não podem ignorar este fato.

Cumprе salientar, ainda, que o esforço de alteração do atual diploma autoral precisa levar em consideração o fato de que viabilizar a cadeia econômica que gira em torno da música passa por garantir aos compositores a *manutenção e fiscalização* do controle econômico de suas obras.

No que se refere à fiscalização, a mesma já se encontra definida na Constituição da República, segundo a qual “*aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar*”, assegurando-se, nos termos da lei “*o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas*”.²⁷⁶ Tais previsões foram efetivadas pela Lei de Direitos Autorais, que garante expressamente ao compositor que fiscalize o aproveitamento econômico de suas obras.

O mesmo não ocorre, porém, quanto à manutenção do controle econômico das obras. Em que pese ser lamentável, o fato é que a Lei 9.610/98 permite a cessão definitiva, exigindo apenas como requisito necessário que a mesma se dê por escrito; estipulação contida no inciso II, do artigo 49:

“Art. 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título

²⁷⁶ Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º, incisos XXVII, XXVIII

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, obedecidas as seguintes limitações:
II - somente se admitirá transmissão total e *definitiva* dos direitos mediante estipulação contratual escrita;” (g.n.)

Ocorre, no entanto, que o fato de haver uma estipulação escrita não é garantia de que os compositores, quando da assinatura dos contratos – a nosso sentir, de adesão –, terão a real *conhecimento* de que estão transferindo para *sempre* as obras para as editoras musicais. Sabe-se que, nos contratos de adesão, não basta que se dê ciência à parte que adere às cláusulas; faz-se necessário, mais ainda, que haja o *conhecimento* e a *compreensão* do que está estipulado no conteúdo das mesmas.

Desse modo, fazem-se necessárias alterações no atual diploma que visem à garantia de que os criadores, em virtude da situação de hipossuficiência em relação às empresas editoriais, não adiram a cláusulas como a da cessão definitiva de suas criações; o que ocorre, via de regra, em virtude da impossibilidade de real conhecimento e compreensão do conteúdo da cláusula que a prevê.

Não obstante, é altamente questionável a propriedade definitiva de uma obra por alguém que não seja o criador da mesma, notadamente quando abordamos o caso específico da música. Alterações que limitem temporalmente a cessão de direitos patrimoniais sobre as obras, independentemente da espécie contratual, são necessárias, inclusive como meio de garantir aos criadores a efetividade da norma constitucional de fiscalizarem o aproveitamento econômico das suas criações.

É um desafio para a ciência jurídica o equilíbrio das relações que regula; nesse sentido, ainda que se faça necessário tratar os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades, é uma tarefa para o Direito Autoral que o compositor, base da cadeia produtiva da música, tenha esta importância reconhecida, e que a lei de Direito Autoral proteja, de fato, o autor, em todas as suas personificações concretas.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997

Constituição da República Federativa do Brasil, 1988

Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.

DIREITOS AUTORAIS E AS OBRAS MUSICAIS NA ERA DA TECNOLOGIA DIGITAL

Lívia de Almeida Carvalho²⁷⁷

SUMÁRIO Introdução. 1 Conceito e caracteres da obra musical 2 Espécies de obras musicais. 3 A reprodução e a representação ou execução pública de obras musicais. 4 Direitos autorais e obras musicais na era digital. 5 Considerações finais.

RESUMO

Com a globalização e o desenvolvimento cada vez mais crescente de novas tecnologias, saímos de uma situação de completa ausência de circulação de conhecimento, para um estado de borbulhante circulação do conhecimento, através de redes digitais que interligam qualquer ponto do mundo, em menos de um minuto. As violações maciça de direitos autorais com o advento das novas tecnologias digitais propiciou o surgimento de um pessimismo generalizado com relação ao desafio da internet, a nova fronteira de comunicação que ainda não está regulada em legislação própria. O fato é que o ciberespaço introduz e modifica certos conceitos tradicionais como o de propriedade, principalmente a intelectual, - atingindo também princípios éticos morais tradicionais - o que vem dando origem a uma nova cultura que privilegia a liberdade de informação, no seu sentido mais amplo. Todavia, se os titulares de direitos autorais não forem devidamente remunerados, se seus direitos não forem integralmente respeitados, corre-se o risco que não se criem e não se produzam novas obras num futuro próximo. Assim, a sociedade precisa buscar mecanismos mais eficientes de proteção dos direitos autorais dos criadores de obras musicais, a fim de que estes possam sobreviver do seu trabalho. Esse é um desafio de toda a humanidade, pois se as pessoas não puderem mais viver de música, ou de qualquer outra manifestação artística, a humanidade enfrentaria um empobrecimento cultural sem precedente em toda a sua história.

PALAVRAS CHAVES: DIREITOS AUTORAIS; OBRAS MUSICAIS; TECNOLOGIA

²⁷⁷ Advogada colaboradora do Setor de Propriedade Intelectual da Universidade Federal de Juiz de Fora e Mestranda em Propriedade Intelectual e Inovação pelo Instituto Nacional de Propriedade Intelectual e Inovação.

ABSTRACT

With globalization and the increasing development of new technologies, we ran off from a situation of complete absence to a bubbling state of knowledge circulation, through digital networks that interconnect any point of the world in less than a minute. The massive copyrights breakings, with the advent of the new digital technologies, propitiated the sprouting of a generalized pessimism regarding the challenge of the Internet, the new communication frontier that is not yet regulated in a proper legislation. The fact is that cyberspace introduces and modifies some traditional concepts like property - mainly intellectual property – and traditional ethical & moral principles, which has originated a new culture that privileges information freedom, in its ampler meaning. However, if copyrights bearers will not be remunerated accordingly, if its rights will not be integrally respected, there is a risk of stopping creating new workmanships in a near future. Thus, society needs to search more efficient copyrights protection mechanisms for the music workmanships creators, so they can survive from its work. This is a humankind challenge, because, if people could not be able to live from the music or from any other art, the humanity would face an unprecedented cultural impoverishment in all its history.

KEYWORDS: COPYRIGHT; MUSIC; TECHNOLOGY

INTRODUÇÃO

Com a globalização e o desenvolvimento cada vez mais crescente de novas tecnologias, saímos de uma situação de completa ausência de circulação de conhecimento, para um estado de borbulhante circulação do conhecimento, através de redes digitais que interligam qualquer ponto do mundo, em menos de um minuto.

No campo das obras musicais saímos dos fonógrafos de Thomas Alva Edison e dos discos de 78 RPM, para os compact disk – CD, digital versatile disk – DVD e o Mpeg 1-Layer 3 – MP3. Tantas novidades objetivam uma comunicação direta ou indireta ao público, por meio de suportes materiais da moderna tecnologia digital.

Essas inovações trazem a necessidade de se reverem as políticas de proteção dos direitos autorais no país, a fim de que o instituto dos direitos autorais atinjam seus objetivos precípuos de incentivar o desenvolvimento das ciências e das artes de uma maneira geral, através da remuneração dos autores das obras intelectuais. Isto porque as novas formas de armazenamento de obras musicais através de suportes digitais têm como efeito colateral a

contrafação, mais conhecida como “pirataria”. Nesse ínterim, os mais prejudicados são, indubitavelmente, os titulares de direitos autorais e conexos que deixam de receber pela sua criação intelectual.

O objetivo principal deste trabalho é analisar se os atuais mecanismos de proteção dos direitos autorais e conexos são suficientes para garantir aos titulares de obras musicais os seus direitos, ante essa revolução tecnológica digital.

1 CONCEITO E CARACTERES DA OBRA MUSICAL

São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, conforme prescreve o art. 7º, da Lei 9.610/98. Para que uma obra seja protegida pela lei de direitos autorais, precisa preencher os seguintes requisitos: pertencer ao domínio das artes, das letras ou das ciências, ter originalidade e que não estar em domínio público.

O principal destes requisitos é a originalidade, que não podemos confundir com novidade, pois a primeira é entendida como forma de exteriorização da idéia, tendo em vista as características próprias à modalidade da obra intelectual em questão e não a idéia em si, já a novidade, é requisito principal para a obtenção de privilégios no campo da propriedade industrial.²⁷⁸ A originalidade pode ser absoluta ou relativa. Será absoluta quando a obra for originária, ou seja, não for derivada de outra obra intelectual e relativa, quando for derivada de outra obra, como por exemplo, a tradução, a adaptação ou a transformação por qualquer forma. Nos dois casos são garantidos aos autores todos os direitos autorais concernentes a cada obra.

Assim, a obra musical, como espécie do gênero obras intelectuais, precisa preencher todos os requisitos exigidos por estas (pertencer ao domínio das artes, das letras ou das ciências, ter originalidade e que não estar em domínio público) para que seja considerada obra advinda do espírito humano e conseqüentemente protegida pela lei de direitos autorais.

Uma obra musical é constituída de três elementos fundamentais: melodia, harmonia e ritmo. Para José Carlos Costa Netto²⁷⁹, melodia seria a emissão de um número indeterminado de sons sucessivos, já a harmonia forneceria a roupagem da melodia, como resultado da emissão simultânea de vários sons – acordes, por fim, o ritmo seria uma sensação determinada

²⁷⁸ RODRIGUES, Leonardo Mota Costa. *Lei de Direitos Autorais nas Obras Musicais*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4328&p=2>> Acesso em 17nov.2007.

²⁷⁹ NETO, José Carlos Costa. Direitos Autorais sobre as Obras Musicais na Era Digital. Revista da ABPI, n 53, Jul/Ago 2001, pág. 41.

por diferentes sons consecutivos ou diversas repetições periódicas de um mesmo som, marcando o andamento da melodia.

A obra musical pode conter, porém, outros elementos, como o título e a letra. No caso do título, a Lei de Direitos Autorais exige que o mesmo seja original e inconfundível com o de obra do mesmo gênero, divulgada anteriormente por outro autor.

A obra musical pode possuir as seguintes denominações: será denominada de "musica" quando formada apenas por melodia, harmonia e ritmo; se a obra, além desses três elementos, possuir título e letra, será denominada de "obra lítero-musical"; e, quando a obra é transformada e fixada em suporte, será denominada de "fonograma".²⁸⁰

2 – ESPÉCIES DE OBRAS MUSICAIS

Pela Lei de Direitos Autorais, são obras intelectuais protegidas: as composições musicais, tenham ou não letra; as traduções, adaptações e arranjos; os fonogramas.

As composições musicais, com ou sem letra, são consideradas obras originárias. No caso das composições com letras, existem algumas particularidades que merecem ser consideradas, pois influenciarão no desenrolar das relações travadas no domínio dos direitos autorais, quais sejam: quando a música e a letra forem criadas juntas, no mesmo momento, a obra só poderá ser utilizada de forma única e indivisível; quando música e letra forem feitas em momentos distintos, estaremos diante de duas obras distintas, porém justapostas e que podem ser utilizadas isoladamente; quando a música e letra forem feitas através de parceria, como é o caso de obra em co-autoria, tem-se duas situações distintas: quando os co-autores participaram tanto da criação da letra como da música, a obra só poderá ser utilizada de forma única e indivisível, porém, nros casos em que um co-autor cria a letra e o outro a música, a letra e a música podem ser consideradas obras em separado, podendo ser utilizadas uma independentemente da outra.

As traduções, adaptações, arranjos, orquestrações e outras formas de transformações de obras originais, apesar de serem obras derivadas, são apresentadas como criação intelectual nova. Em todos estes casos, é indispensável a concordância do autor da obra original, salvo quando a obra tiver caído em domínio público.

O tradutor ou adaptador, não pode impedir que outra pessoa venha a traduzir ou criar obra intelectual nova a partir daquela que originou a sua própria, a menos que a referida tradução ou adaptação não passe de mera reprodução da sua.

²⁸⁰ RODRIGUES, Leonardo Mota Costa. *Op. Cit.* Pág. 01

Conforme citado por Leonardo Mota Costa Rodrigues, Pedro Vicente Bobbio, em sua antológica obra *Direitos Autorais na criação musical*, datada de 1951, e ainda atual, denomina as obras musicais derivadas da seguinte forma:

“Denomino elaboração todo e qualquer trabalho artístico musical em que o autor não cria "ex novo", com originalidade formal e substancial, uma obra musical, mas manipula criação alheia, dando vida características individualizadoras, assevero que a elaboração possui uma casuística praticamente infinita, cujos exemplos mais comuns e salientes são representados por: variações, adaptações ou arranjos, transcrições, reduções combinações, pot-pourris, e que a todas são comuns os mesmos requisitos e os mesmos efeitos”²⁸¹.

Os fonogramas podem conter obras originárias ou derivadas. Conceitua o referido artigo 5º, inciso IX, in verbis: "Para os efeitos desta Lei, considera-se fonograma - toda fixação de sons de uma execução ou interpretação ou de outros sons, ou de uma representação de sons que não seja uma fixação incluída em uma obra audiovisual".

O texto legal refere-se, dessa forma e exemplificativamente, a fixações de músicas (com ou sem letra), declamações, alocações, conferências, sermões - a teor do inciso II do artigo 7º -, e toda e qualquer fixação de som que envolva alguma espécie de esforço criativo por parte do autor (por exemplo: a gravação de sons captados da natureza, como o canto aleatório de pássaros silvestres, que não constituiria obra protegível pelo Direito de Autor, de vez que seria tão-somente a fixação mecânica de sons naturais.

Outrossim, se os mesmos sons fossem editados de modo a compor melodias, ou interpolados com textos ou congêneres, teríamos um fonograma efetivamente albergado sob a égide da proteção autoral).

3 A REPRODUÇÃO E A REPRESENTAÇÃO OU EXECUÇÃO PÚBLICA DE OBRAS MUSICAIS

²⁸¹ RODRIGUES, Leonardo Mota Costa. *Op. Cit.* Pág. 01

A Lei de Direitos Autorais – Lei 9.610 de 1998 – traz claramente a definição de Reprodução em seu art. 5º, VI, ao prescrevê-la como “*a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido*”. Esse inciso do art. 5º da lei traz uma inovação em relação à Lei anterior que regulamentava os Direitos Autorais no Brasil, a lei 5.988, de 1973, quando prescreve que é irrelevante a tangibilidade ou não do suporte aonde a obra venha a ser fixada, visto que basta a obra ser uma criação do espírito humano para receber a proteção conferida pela lei, esteja ela em disco, CD-ROM, meio magnético, fonograma, etc.²⁸² Porém, a Lei não traz explicitamente o que vem a ser Representação ou Execução Pública²⁸³, apenas define o que vem a ser Comunicação ao Público, segundo o mesmo art. 5º, V “*ato mediante o qual a obra é colocada ao alcance do público, por qualquer meio ou procedimento e que não consista na distribuição de exemplares*”.

A reprodução e a execução pública das obras musicais têm sido as principais fontes remuneratórias dos titulares dos direitos autorais, principalmente dos compositores, que não ganham dinheiro fazendo shows, como os intérpretes, o que só ressalta a importância econômica do direito de autor na economia moderna.

Acontece que as formas de controle e remuneração de direitos autorais de obras musicais no Brasil dão-se de forma diferenciada quando se fala de um lado em reprodução e de outro em execução pública. O direito de reprodução de obras musicais tem sido controlado diretamente pelos seus titulares, mais precisamente pelas gravadoras que promovem a produção, a reprodução e a comercialização de fonogramas em discos, e que depois repassa aos demais titulares, como compositores, intérpretes e produtores artísticos as suas respectivas participações nos ativos recebidos. Já no caso do controle da execução pública das obras musicais, o controle não é individual como no caso anterior e sim coletivo, ou seja, através de associações de titulares de direitos autorais, reunidas no Escritório de Arrecadação de Direitos Autorais – ECAD²⁸⁴.

4 DIRETOS AUTORAIS E OBRAS MUSICAIS NA ERA DIGITAL

²⁸² BLUM, Renato M. S. Oplce e ABRUSLO, Juliana Canha. *Direito Autoral Eletrônico*. Disponível em <http://www.esmp.sp.gov.br/publicacoes/caderno_4.pdf#page=47> Acesso em 17nov2007.

²⁸³ A expressão execução pública é a mais utilizada quando se trata de obras musicais.

²⁸⁴ NETO, José Carlos Costa. *Op. Cit.* pág. 40.

As inovações tecnológicas vêm obrigando os meios de produção de obras musicais a uma nova postura ante o crescente desenvolvimento do mercado da informática. Esse desenvolvimento permite a elaboração, a construção e até a edição de obras musicais em tempo recorde e com uma definição incomparável, com custos cada vez menores e qualidade de som cada vez mais apurada.

Os fonogramas tradicionais estão fadados a desaparecer diante da nova realidade. Atualmente, sem usar absolutamente nada, as gravadoras divulgam por correios eletrônicos seus recentes trabalhos musicais, os quais são recebidos por e-mail, acessados por senhas e inseridos nas programações, executados e monitorados, sem sair de dentro de máquinas (computadores).²⁸⁵

Antes de serem propagados pela divulgação sonora em rádios e demais veículos, estes fonogramas já percorreram uma longa estrada sem sair do ambiente virtual. Tal fato pode comprometer o controle do uso das obras musicais, assim como os direitos morais e patrimoniais que elas ensejam, uma vez que a fiscalização de reprodução e de utilização nesse meio ainda é incipiente e precária.

Com a chegada do MP3²⁸⁶, aumentou enormemente a reprodução não autorizada de obras musicais, ou seja, a contrafação, mais conhecida como "pirataria". A tecnologia digital permite que as cópias das obras possuam a mesma qualidade de som que a original e estão disponíveis gratuitamente, para quem quiser ouvir e copiar. Possuindo-se uma simples unidade de CD-ROM, pode-se "imprimir" um destes arquivos diretamente em CD - ou seja: pode-se montar uma coletânea pessoal de sucessos, com qualidade digital, sem sair de casa.²⁸⁷

Nota-se uma crescente campanha de terror contra a pirataria, sendo tal conduta atacada de forma incisiva principalmente pela mídia. Porém, tal assunto deve ser tratado com

²⁸⁵ MARQUES, Francisco Antônio. *Direitos Autorais da Música com as Inovações Tecnológicas*. Disponível em <<http://www.ceunsp.edu.br/revistajuridica/artigos/exalunos/direitosautorais.pdf>>. Acesso em 17nov2007.

²⁸⁶ MP3 é um formato eletrônico que permite ouvir músicas em computadores, com ótima qualidade. Assim como o LP, o K7 e o CD, o MP3 vem se fortalecendo como um popular meio de distribuição de canções. Mas porquê? A questão chave para entender todo o sucesso do MP3 se baseia no fato de que, antes dele ser desenvolvido, uma música no computador era armazenada no formato WAV, que é o formato padrão para arquivo de som em PCs, chegando a ocupar dezenas de [megabytes](#) em disco. Na média, um minuto de música corresponde a 10 MB para uma gravação de som de 16 bits estéreo com 44.1 KHz, o que resulta numa grande complicação a distribuição de músicas por computadores, principalmente pela internet. Com o surgimento do MP3 essa história mudou, pois o formato permite armazenar músicas no computador sem ocupar muito espaço e sem tirar a qualidade sonora das canções. Geralmente, 1 minuto de música, corresponde a cerca de 1 MB em MP3. ALECRIM, Emerson. MP3: O que é e como surgiu. Disponível em <<http://www.infowester.com/histomptres.php>> Acesso em 17nov2007

²⁸⁷ JALIL, Daniela Shaun, *Direitos Autorais sobre a Música na Internet*. Disponível em <<http://www2.uol.com.br/direitoautoral/artigo0804b.htm>,> acesso em 22.out.2006, *apud* MARQUES, Francisco Antônio, *Op. Cit.*

parcimônia. Talvez fosse mais eficiente educar a respeito do assunto e não apenas atacar ou fazer apreensões de CDs, nem tampouco proibir sites que disponibilizam a troca de arquivos MP3, a exemplo do Napster que foi intensamente atacado pela indústria fonográfica.

Comprimindo sons e imagens o MP3 é o formato utilizado para transmissão de informações individuais à distancia e “downloads”, com tamanho e velocidade diminuta em até doze vezes do arquivo original. Um equipamento de áudio acoplado a um micro computador. É só fazer um “download” e pronto, sem sair de casa, o usuário escolhe a música em sua qualidade sonora original escolhe as da sua preferência, como se estivesse saída do estúdio. Sem pagar direitos e sem respeito aos criadores musicais.

Existem outras inovações tecnológicas no campo das obras musicais que estão cada vez mais presentes no cotidiano das pessoas, como é o caso do som digitalizado ou sampleado. Através dessa inovação torna-se possível obter uma gravação de qualquer registro, e sua reprodução poderá alcançar qualquer altura que se pretenda, e, em qualquer ritmo. Com esse recurso, instrumento e voz podem ser transformados em qualquer outro som. Com a utilização de um sampler, é possível transformar uma voz humana em um instrumento musical, como o violão, por exemplo, e o som de um trompete se transformar no som de uma bateria.

Segundo o crítico musical Hermano Vianna:

*“o sampler é um gravador-sintetizador que captura, acumula e serve para distorcer, deslocar qualquer pedaço de som ou de música, além de permitir a criação de músicas calcadas em seqüências de fragmentação. Máquina de reinventar, remanejar, recriar sons. Máquina que permite a criação de músicas a partir de outras músicas. Também pode transformar fragmentos sonoros e musicais em fantasmas sonoplásticos rasantes, interferindo em outras músicas.”*²⁸⁸

Outra inovação da música digital muito polêmica, são os toques personalizados dos telefones celulares transmitidos via downloads. Os ringtone, truetone e realtone são variações do mesmo recurso, disponibilizados por operadoras de telefonia que pagam às editoras, gravadoras e particulares para utilização pessoal destes toques. Esses sons, na verdade, são músicas transformadas, soladas e apresentadas em sua forma original em lugar da conhecida campanha dos telefones. O que se discute é que pagamento e autorizações seriam feitos para uso particularizado desses tons. O que vem acontecendo é que vários autores musicais e o

²⁸⁸ MARQUES, Francisco Antônio, *Op. Cit.*

próprio ECAD passaram a entender que a propagação não fica restrita ao âmbito pessoal, pois muitos outros ouvintes, em muitas situações, passam a saber pela música executada de quem é o telefone que está sendo chamado, caracterizando, na opinião de alguns assessores jurídicos de entidades ligadas ao direito autoral, execução pública.

Outra questão que atualmente merece destaque é a sonorização automotiva que, toda modernizada, leva a um novo conceito de utilização e reprodução de obras *musicais e a um novo comportamento de consumo para esse segmento. Há anos uma indústria está voltada para o desenvolvimento de novos produtos, que estão extrapolando os decibéis e os limites da sonorização interna.*

É comum hoje em dia a realização até de campeonatos e competição de carros sonorizados, o novo movimento conta com revistas especializadas e outras ações na propagação e execução de obra musical ao público, portanto, sujeitas ao pagamento de direitos autorais. A exibição externa é uma constatação, com carros transformados em minitrios elétricos parados ou em circulação. Se nos aprofundarmos no estudo da difusa utilização e reprodução da música dessa forma, estaríamos diante de inúmeras e mais variadas aberrações, as quais os direitos autorais não alcançam por falta de fiscalização e consciência de quem as utiliza.

Uma questão de extrema relevância dentre deste cenário reside na roupagem do uso doméstico e da transferência ou disponibilização das obras musicais na *internet*. A questão da reprodução de obra musical feita pelo usuário da internet para seu uso doméstico sofreu uma sensível limitação com o advento da nova Lei de Direitos Autorais de 1998. Pela lei anterior – Lei 5.988 de 1973 –, era permitida a reprodução, em um só exemplar, de qualquer obra, contanto que não se destine à utilização com intuito de lucro” (art. 49, II). Com o advento da Lei 9.610 de 1998, à expressão “em só exemplar” foi acrescida a expressão “de pequenos trechos”. Assim, o internauta que grava em seu computador o conteúdo de um CD de músicas que ele adquiriu licitamente está violando a Lei de Direitos Autorais.

Quando falamos de transferência ou disponibilização das obras musicais na *internet*, para reprodução por terceiros, sem o consentimento dos titulares dos direitos autorais e conexos, estamos diante de uma conduta muito mais grave. Se essa disponibilização tiver – direta ou indiretamente – finalidade de lucro, existe a possibilidade de enquadramento no campo criminal (art. 184, parágrafos 1º e 2º do Código Penal), que prevêem a pena de detenção de três meses a um ano e, nos casos mais graves, de reclusão de um a quatro anos.

Algumas alternativas já foram propostas para se tentar minimizar a evasão de ativos de direitos autorais e conexos, através da obrigatoriedade imposta ao fabricante de fitas, discos,

CDs, DVDs e outros suportes “virgens”, além de aparelhos reprodutores desses suportes, de recolher uma remuneração sobre esses produtos a ser destinada aos titulares de direitos autorais e conexos. Tal proposta foi matéria na versão original do Substituto do Projeto de Lei que culminou com a lei 9.610/98, porém os dispositivos que tratavam dessa matéria foram rejeitados na votação, em sessão plenária, pela Câmara dos Deputados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As violações maciça de direitos autorais com o advento das novas tecnologias digitais propiciou o surgimento de um pessimismo generalizado com relação ao desafio da internet, a nova fronteira de comunicação que ainda não está regulada em legislação própria.

O fato é que o ciberespaço introduz e modifica certos conceitos tradicionais como o de propriedade, principalmente a intelectual, - atingindo também princípios éticos morais tradicionais - o que vem dando origem a uma nova cultura que privilegia a liberdade de informação, no seu sentido mais amplo.

Todavia, se os titulares de direitos autorais não forem devidamente remunerados, se seus direitos não forem integralmente respeitados, corre-se o risco que não se criem e não se produzam novas obras num futuro próximo.

Assim, a sociedade precisa buscar mecanismos mais eficientes de proteção dos direitos autorais dos criadores de obras musicais, a fim de que estes possam sobreviver do seu trabalho. Esse é um desafio de toda a humanidade, pois se as pessoas não puderem mais viver de música, ou de qualquer outra manifestação artística, a humanidade enfrentaria um empobrecimento cultural sem precedente em toda a sua história.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALECRIM, Emerson. MP3: O que é e como surgiu. Disponível em <<http://www.infowester.com/histomptres.php>> Acesso em 17nov2007.

BLUM, Renato M. S. Oplce e ABRUSLO, Juliana Canha. *Direito Autoral Eletrônico*. Disponível em <http://www.esmp.sp.gov.br/publicacoes/caderno_4.pdf#page=47> Acesso em 17nov2007.

BOBBIO, Pedro Vicente. *O direito de autor na criação musical*. São Paulo: editora Lex. 1951.

DOUGLASS, Susan Upton; MENDE, Craig S. *Music sampling: mode than digital theft?* Copyright World, Insue 82, August 1998. Disponível em <<http://www.ipwollonline.com>> . Acesso em 17nov2007.

GANDELMAN, Henrique. *Guia básico de Direitos Autorais*. Rio de Janeiro: Globo, 1982.

GUEIROS JR, Nehemias. *Baixar música pela internet não é execução pública*. Disponível em <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/58138,1>> Acesso em 17nov.2007.

JALIL, Daniela Shaun. *Direitos Autorais sobre a Música na Internet*. Disponível em <<http://www2.uol.com.br/direitoautor/artigo0804b.htm>,> acesso em 22.out.2006, apud MARQUES, Francisco Antônio, *Direitos Autorais da Música com as Inovações Tecnológicas*. Disponível em <<http://www.ceunsp.edu.br/revistajuridica/artigos/exalunos/direitosautorais.pdf>>. Acesso em 17nov.2007.

LEITE, Eduardo Lycurgo. *Direito de Autor*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

MARQUES, Francisco Antônio. *Direitos Autorais da Música com as Inovações Tecnológicas*. Disponível em <<http://www.ceunsp.edu.br/revistajuridica/artigos/exalunos/direitosautorais.pdf>>. Acesso em 17nov.2007.

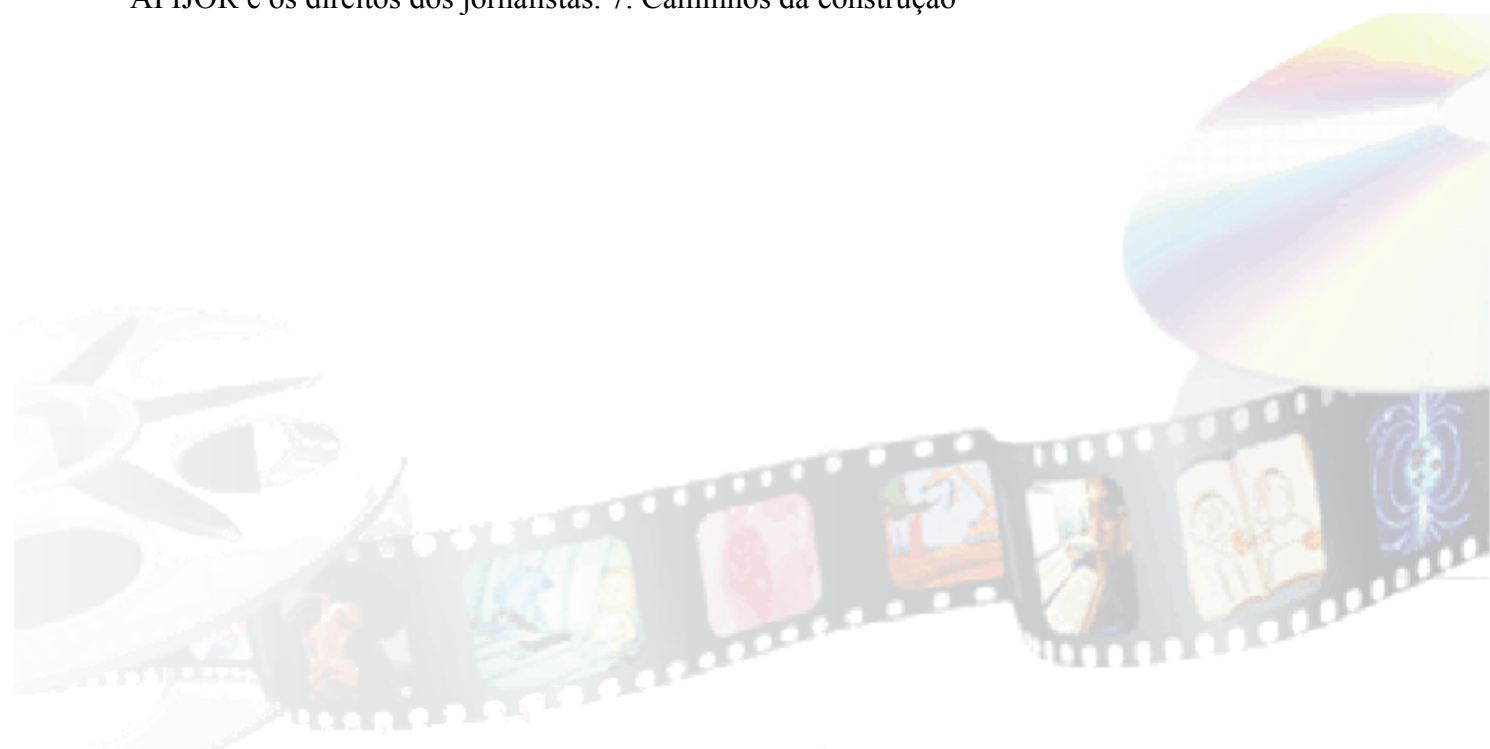
NETO, José Carlos Costa. *Direitos Autorais sobre as Obras Musicais na Era Digital*. Revista da ABPI, n 53, Jul/Ago 2001.

RODRIGUES, Leonardo Mota Costa. *Lei de Direitos Autorais nas Obras Musicais*. Disponível em < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4328&p=2>> Acesso em 17nov.2007.

DIREITO AUTORAL NO SÉCULO XXI

Paulo Cannabrava Filho²⁸⁹

SUMÁRIO Introdução. Globalização - a concentração do capital na mídia. 2. A lógica do mercado. 3. Internet: o poder multimídia. 4. Indústria criativa. 5. Mercado de trabalho. 6. A APIJOR e os direitos dos jornalistas. 7. Caminhos da construção



²⁸⁹ Paulo Cannabrava Filho - Paulo Cannabrava Filho, autor de vários livros reportagens publicados em países da Europa e da América Latina, iniciou a carreira como repórter no Jornal O Tempo em 1957 e até 1968 exerceu diferentes funções no Correio da Manhã, A Nação, Última Hora e Folha de São Paulo, além da Rádio Marconi e da Agência Prensa Latina. Perseguido por razões político-ideológicas e forçado ao exílio foi repórter e/ou editor de jornais e revistas como El Nacional na Bolívia, Expreso e Marka em Lima, tendo sido também correspondente da Agência France Press e diretor regional da Agência Interpress Service, esta com estatuto consultivo na ONU. Especializado em comunicação social prestou assessoria a organismos governamentais e multinacionais, destacando-se a Organização de Estados Americanos OEA e a Comissão Negociadora dos Novos Tratados entre Estados Unidos e Panamá. Após a Lei de Anistia, retornou ao Brasil em 1980 e integrou a equipe da revista Cadernos do Terceiro Mundo da qual sempre fizera parte desde a sua criação em 1975. Chefiou a sucursal do Jornal do País, colaborou com Ecologia e Desenvolvimento, El Dia e La Jornada (México), Le Monde e La República entre outros. Desde 1980 é diretor da Nova Sociedade Comunicação, empresa de assessoria em comunicação social. Também integra o conselho fiscal do Sindicato dos Escritores no Estado de São Paulo e o conselho diretor da Associação Brasileira de Anistiados Políticos – Abap. É sócio fundador e presidente do conselho da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual dos Jornalistas - Apijor.

RESUMO Neste limiar do século XXI nos confrontamos com desafios paradigmáticos contidos nas três revoluções que estão a produzir profundas alterações no mundo de hoje: a revolução tecnológica, a revolução ecológica e a globalização. Dependendo da maneira como forem interpretados e enfrentados esses desafios poderão as civilizações que povoam nosso planeta regredir afundando no atoleiro perverso do status quo, ou dar o salto qualitativo necessário à construção de um mundo que garanta a sobrevivência digna da humanidade. O trabalho contém uma reflexão sobre as responsabilidades dos meios de comunicação de massa (mídia) sobre os efeitos perversos do que identifica como desconstrução, ou o lado negativo dos novos paradigmas, e sugere caminhos de construção a serem seguidos pelos autores comunicadores e o conjunto da sociedade. Ao focar a mídia enfatiza o papel dos profissionais, notadamente os jornalistas que como autores têm a responsabilidade sobre a comunicação que produzem. Ao identificar como uma das causas da desconstrução a péssima qualidade de ensino em todos os níveis o trabalho propõe que as universidades, particularmente as escolas de comunicação e jornalismo, se esforcem por recuperar o tempo perdido e com postura crítica e criativa voltem a pensar o Brasil, a discutir e propor as melhores soluções para superação do status quo.

PALAVRAS-CHAVE: ética – cidadania – globalização e comunicação – democratização da comunicação – caminhos alternativos – linhas de ação.

RESUMO En este amanecer del siglo XXI nos confrontamos con desafíos paradigmáticos contenidos en tres revoluciones que están produciendo profundas alteraciones en el mundo de hoy: la revolución tecnológica, la revolución ecológica y la globalización. Dependiendo de cómo sean interpretados y enfrentados esos retos podrán las civilizaciones que pueblan nuestro planeta retroceder y ahondarse en el pantano perverso del status quo, o dar el salto cualitativo necesario para la construcción de un mundo que garantice la supervivencia digna de la humanidad. El trabajo contiene una reflexión sobre la responsabilidad de los medios de comunicación de masa (media) sobre los efectos perversos de lo que identifica como deconstrucción, o el lado negativo de los nuevos paradigmas y sugiere caminos de construcción a ser seguidos por autores comunicadores y el conjunto de la sociedad. Al enfocar la media enfatiza el rol de los profesionales, notadamente los periodistas, que como autores tienen la responsabilidad sobre lo que producen. Al identificar como una de las causas de la deconstrucción la pésima calidad de la enseñanza en todos los niveles el trabajo propone que las universidades, particularmente las facultades de comunicación y periodismo se dirijan sus esfuerzos por recuperar el tiempo perdido y con actitud crítica y creativa vuelvan a pensar el país, a discutir y proponer las mejores soluciones para superación del status quo.

Introdução

Este trabalho recolhe reflexões feitas em artigos, conferências e, principalmente, em diálogos com jovens nos últimos oito anos, como presidente do conselho da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual dos Jornalistas – APIJOR – e militante dos fóruns de cultura, como propagador da necessidade de uma Revolução Cultural como caminho para nos levar a um outro mundo que se acredita possível. Um mundo que ofereça condições para que os seres humanos se realizem em todo o seu potencial.

São reflexões à moda socrática, como diria o cineasta, poeta e professor panamenho Pedro Rivera²⁹⁰, porque sem nenhuma pretensão axiomática elas são conduzidas por perguntas. São interrogações e/ou inquietações e não respostas, mesmo quando as frases parecem ser afirmativas, pois resultam de busca incessante por compreender nossa história e de diálogos realizados com intenção de instigar o olhar crítico, dar elementos para construção de caminhos para mudar essa realidade que cada dia parece mais próxima do caos.

²⁹⁰ Professor e diretor do Grupo Experimental de Cine Universitário – Gecu – da Universidade Nacional do Panamá, poeta e ensaísta com vários livros publicados.

Caminhos difíceis de serem edificados, numa sociedade que é historicamente excludente e formada por excluídos. Excluídos que se multiplicam cada vez mais, querem viver, necessitam comer, vestir, trabalhar, divertir-se, movimentam-se e são as maiorias que cercam as cidades, mas que amanhã poderão querer ocupá-las.²⁹¹

A produção de obra autoral e, especificamente, a prática de um jornalismo responsável, exige um compromisso do autor com a ética. Ética entendida além das fronteiras da deontologia limitada por interesses profissionais e empresariais. Ética na sua acepção mais profunda de busca da perfeição nas relações humanas. É um árduo caminho no sentido contrário do que está a ocorrer na era da convergência tecnológica e da submissão aos interesses do capital financeiro.

A única garantia que tem a sociedade de estar recebendo um jornalismo responsável é a responsabilidade cidadã, a responsabilidade ética de um autor. E não há como escapar a essa responsabilidade.

Ética é relações humanas. Há que compreender que a construção da cidadania ética é a busca constante do aperfeiçoamento das relações entre os seres humanos. Assim entendendo ética e cidadania, o jornalismo eticamente responsável é o jornalismo cidadão, ou seja, aquele preocupado com o aperfeiçoamento das relações entre os seres que habitam esse planeta, preocupado com a sobrevivência do próprio planeta já que é nele que a humanidade terá que sobreviver. O império da ética é o único caminho seguro para a paz.

Nessa situação adversa para os autores esse caminho terá de ser construído em interação com a sociedade. Sem o entendimento da sociedade sobre a necessidade do império da ética estaremos sempre distantes de um jornalismo eticamente responsável. Esse é o sentido da proposta de se buscar em conjunto com a sociedade, a definição das responsabilidades dos jornalistas.

1. Globalização - a concentração do capital na mídia

Característica da atual conjuntura é a concentração do capital. Os grandes conglomerados empresariais tornaram-se gigantescos. Alguns são mais poderosos que muitos estados nacionais. Paralelamente, vêm-se os controladores do capital financeiro manipulando os bilhões de dólares do narcotráfico, do tráfico de armas e outros tráficos, bem como a riqueza

²⁹¹ Parte desta introdução e do texto deste trabalho foi impresso em 2005 e distribuído limitadamente pela Apijor. O texto também resume apresentação feita pelo autor no XXII Encontro Nacional de Professores de Jornalismo, em abril de 2008.

dos corruptos e dos que se enriqueceram nas bolsas mundiais. A aliança destes com aqueles é que vem ditando as regras no mundo atual.

Na véspera da abertura do XX Fórum Social Mundial²⁹² realizou-se o Primeiro Fórum Mundial da Informação e Comunicação que reuniu representantes de entidades, meios e jornalistas. Diagnosticou-se que, se nas décadas de 1960/1970 constatava-se um quadro sombrio para a ordem informativa mundial, controlada pelas potências hegemônicas e mobilizava-se para a edificação de uma Nova Ordem da Informação e Comunicação, neste alvorecer do século XXI o quadro sombrio evoluiu para pior.

Com a mesma velocidade com que nos informam sobre a evolução das novas tecnologias ficamos sabendo sobre a evolução da concentração do capital, da qual não escapam os meios cada vez mais subordinados aos interesses do capital, perdendo o sentido de utilidade pública.

Na França, nem o *Le Monde*, considerado por décadas baluarte da livre expressão escapou. De empresa administrada por seus trabalhadores em cooperativa passou às mãos do grupo Hachette que edita 47 revistas, entre as quais *Dimanche*, *Elle* e *Paris Match* e que foi comprada por Arnaude Lagardière, presidente do grupo, que entre outras coisas, fabrica armas e controla a Europa I de rádio e TV, e o jornal *Nice Matin*. O grupo Socpress, que edita *Le Figaro*, *L'Express* e *L'Expansion* foi comprado por Serge Dassault, fabricante dos aviões de guerra *Mirage*. Até o comunista *Libération* é agora controlado pelo banqueiro e barão Edouard de Rothschild. *El Mundo*, da Espanha, agora pertence ao grupo Berlusconi que está se apropriando das principais editoras não só na Espanha, como também em países da América Latina.

No Brasil ainda está para ser feito um estudo em profundidade sobre o que está acontecendo com a mídia, em meio à avalanche concentradora que ocorre na área da comunicação capitaneada pelas operadoras de telefonia e televisão. Emblemática nesse processo é o recente anúncio da fusão entre a Oi e a Brasil Telecom.

Já se constata, no entanto, que a convergência tecnológica levou as empresas proprietárias de meios de comunicação social a diversificar seus campos de atuação. A adoção das novas tecnologias tem exigido grandes investimentos levando as empresas a ficarem dependentes dos bancos, dos governos e abertas ao capital estrangeiro. Além disso, o número de anunciantes diminuiu e se torna mais exigente. Dos dez maiores anunciantes no Brasil, somente três são nacionais. Isso tem levado os proprietários a pretender também diversificar as fontes de capital. Em fins de 2003, através de eficiente lobby, conseguiram aprovar modificação na Constituição permitindo a participação do capital estrangeiro até 30% do capital da empresa.

²⁹² Realizado em Porto Alegre em 2005.

Emblemático nesse processo é a presença do milionário mexicano Slim no capital das emissoras de TV.

O que vem ocorrendo depois disso pouco se noticia. Sem dúvida é por isso que Ignácio Ramonet²⁹³ aponta que devemos apostar por um jornalismo de luzes para dissipar as sombras da atualidade.

2. A lógica do mercado

Tenho asseverado nos debates sobre comunicação que a única garantia que a sociedade tem de receber uma comunicação crível, eticamente aceitável, é a responsabilidade ética do autor. Poderá haver co-responsáveis, mas, a responsabilidade será sempre do autor e ele cuidará disso caso tenha consciência cidadã.

A atual etapa do desenvolvimento do capitalismo na era das infovias globalizadas e do capital volatilizado está a exigir uma produção intelectual cada dia mais rápida e intensa, pois a convergência tecnológica exige, a cada dia, mais conteúdo, e isso é irreversível. Uma realidade que reforça a necessidade do conhecimento da legislação necessária e de estabelecer limites à voracidade do mercado. A universidade é o foro para que junto com a sociedade se construa os caminhos para a democratização da comunicação, o sonho da militância ética dos profissionais da comunicação e jornalismo.

Uma reflexão sobre a atualidade evidencia que a convergência tecnológica no âmbito da globalização do capitalismo volatilizado está a exigir cuidados sobre seus efeitos no jornalismo. Antes, jornalismo era entendido como serviço público, com objetivo de atender ao direito à informação, um dos direitos fundamentais da pessoa humana²⁹⁴. Hoje, o jornalismo faz parte dos conglomerados empresariais cujo objetivo é a acumulação e reprodução do capital. A informação transformada em commodities.

Vê-se que há uma forte tendência a desprezar a legislação e guiar-se pelo mercado. Na verdade querem nos impor as regras do mercado. Como os Estados Unidos são a Meca do mercado querem fazer valer aqui a práxis estadunidense. A concepção anglo-saxã de propriedade intelectual, entendida como copyright, que nada tem a ver com a nossa concepção de direito autoral, fundada na tradição do direito romano consagrada na Europa e na América Latina e que está se tornando universal.

²⁹³ Ramonet é diretor do Le Monde Diplomatic

²⁹⁴ Artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, expressa o direito a uma informação exata e honesta.

Por isso insistimos que o profissional que desconhece a legislação e se deixa guiar pelo mercado sairá sempre prejudicado e estará prejudicando toda a categoria profissional, todos os que trabalham com conteúdo para o sistema global de informação e comunicação. Esse conhecimento deve ser ministrado nas faculdades de comunicação e jornalismo.

A denominada globalização acompanhada da alienação das empresas nacionais está permitindo a entrada de grandes monopólios também na área editorial. Mondadori, Hachette, Planeta e outros conglomerados controladores de grandes editoras e outros meios estão entrando com fortes investimentos em marketing no mercado latino-americano.

Segundo a lógica do mercado, o que interessa para essas editoras são obras e autores que vendem geralmente ficção e auto-ajuda, reduzindo o já parco espaço para as obras de reflexão sobre a realidade no campo da história, da sociologia, da filosofia. A tradução e a publicação de obra que já rendeu dividendos em seus países de origem garantem maiores lucros e diminui os riscos de pouca vendagem dos autores nacionais preteridos.

Não há uma política voltada a proteger a produção editorial, privilegiando o autor nacional, protegendo os direitos autorais. As poucas bibliotecas que temos não têm recursos para oferecer um acervo atualizado para a população e temos poucas editoras que se preocupam com as obras de reflexão.

O problema maior na mídia é que a concentração de capital que se dá na economia se reflete no seu conteúdo. A mídia escrita, onde mais se exerce o jornalismo, tornou-se uníssona. O poder econômico e o governo pautam a mídia e a mídia pauta a própria mídia. A crítica, quando permitida, é no sentido oportunista de proteger privilégios ameaçados, garantir espaços conquistados.

A lógica do mercado é o povo transformado em mero consumidor – um dado estatístico para banalizar o lucro – quando o que o país requer é que o povo seja criador e produtor. Perdeu-se totalmente o sentido do jornalismo com fim social e que, portanto, tem o dever de contribuir para o fortalecimento da soberania e para o desenvolvimento da cultura nacionais.

A sedução da “Vênus Platinada” é o padrão que domina a televisão. O que vale é a emoção. A velocidade e a quantidade de informação, acima de nossa capacidade de acompanhar e compreender. Além disso, a pasteurização da informação misturando o bom com o ruim, a guerra com o esporte, o crime e o voyeurismo. Tudo num mesmo tom, como se tivessem a mesma importância, fora do contexto em que os fatos foram produzidos, sem os antecedentes, sem dar tempo para uma reflexão. A equação dada pela estetização do consumo, a ahistoricidade e o consumismo está dando como resultado o hedonismo, a alienação.

Porém, cuidado! O que é válido para o mercado nem sempre é válido para a comunicação social. O mercado foi deificado e transformado em objetivo supremo do processo civilizatório sob hegemonia do capital volátil e dos senhores da guerra. Essa extrema distorção não pode contaminar a formulação de uma estratégia de comunicação para o desenvolvimento com primazia para o ser humano. O objetivo para o campus não pode ser o consumo nem o lucro e sim o de prestar o melhor serviço público de educação, contribuir para um mundo melhor.

Em meio a toda essa perversidade que rege a conjuntura do desenvolvimento global na atualidade continua a existir a esperança de que um mundo melhor é possível. Muitos foros foram criados para discutir e traçar caminhos para esse outro mundo possível. A universidade deve estar na vanguarda dessa busca, na formulação de novos paradigmas, na construção dos novos caminhos.

3. Internet: o poder multimídia

O advento e proliferação da Internet tem sido saudada como a mídia ideal. Nenhum outro meio de comunicação pode competir em abrangência, agilidade e baixo custo e em ser democrático. Receptor e Emissor da mensagem com o mesmo poder multimídia; a comunicação dialógica, horizontal, tornada possível. A subversão total do que tem sido tradicionalmente imposto como comunicação: a comunicação vertical, impositiva, de uma só via.

A convergência das novas tecnologias abre novos horizontes. Televisão, rádio, telefonia, satélites, comutação e transmissão de grande volume de dados a alta velocidade, tudo isso convergindo para uma Internet inteiramente multimídia. A mim o poder de transmitir a mensagem multimídia para quem eu eleger e de dispor essa mensagem para quem quiser vê-la. Esse caráter anárquico da Internet de que já se desfruta hoje deslumbra e assusta. Não obstante, os espaços que veiculam conteúdo já estão sendo apropriados, majoritariamente, por grandes corporações.

Quase tudo, senão tudo o que circula pela rede mundial é produto da criatividade humana. Em outras palavras, tudo aquilo que circula pela Internet foi produzido por um autor, em grande número de casos por jornalistas. E é precisamente na Internet, seja pela facilidade que oferece, seja por falta de regulamentação e controle, onde mais se verificam violações aos direitos autorais. Além do corte-e-cola generalizado, difícil de controlar, o mais grave é a utilização de conteúdo sem autorização dos autores por grandes empresas com fins lucrativos.

Tudo isso traz novos desafios, inúmeras questões para serem resolvidas. Acredita-se que não será possível controlar o uso da produção dos autores pelas empresas globalizadas se não se dispuser de uma resposta também globalizada de controle. A resposta mais a mão é a da organização dos profissionais em entidades de defesa de seus direitos de âmbito local, nacional, regional e mundial.

A internet é o quarto meio de comunicação de massa. Depois da comunicação impressa veio o rádio e, mais tarde a televisão. A Internet contém todos e algo mais. Em resumo, é mídia como outra qualquer e está sujeita à mesma legislação de proteção aos direitos autorais. E essa tem sido a interpretação da Justiça brasileira.

4. Indústria criativa

O caráter multimídia da Internet traz para reflexão a evolução que está a ocorrer no contexto da indústria criativa. As questões relacionadas à comunicação e informação foram objeto de discussão em seminário preparatório realizado à véspera da XI Conferência da Unctad²⁹⁵, sobre o tema “As indústrias criativas e o desenvolvimento”. Os participantes acreditam que esse setor pode prover novas oportunidades de desenvolvimento, pois já é de longe um dos mais dinâmicos do comércio mundial. Os estudos da Unctad estimam que o mercado global desse setor tenha crescido de 831 bilhões de dólares em 2000 para 1,3 bilhões em 2005, um incremento anual de 7%. Na Grã Bretanha o setor cresce 9% ao ano contra 2,5% do PIB.

A indústria criativa abarca:

- Indústria cinematográfica
- Indústria de gravação
- Produção de música e de teatro
- Música para publicidade
- Livros
- Publicação de jornais e revistas
- Software
- Jogos multimídia
- Fotografia
- Arte comercial

²⁹⁵ UNCTAD (sigla em inglês) Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento.

- Rádio
- Televisão e broadcasting a cabo

Esse conceito adotado pela Unctad substitui o de indústria cultural. Mudança de nomenclatura, no entanto não disfarça que talvez maior que o faturamento mencionado é o impacto cultural que provoca. Se for verdade que se trata de um segmento com amplas perspectivas é também verdade que tem sido utilizado como instrumento de alienação e dominação, principalmente nos países em desenvolvimento. É nesse segmento que se verifica a maior concentração de capital monopolista. Oito grupos controlam quase que a totalidade do faturamento mundial.

- Time Warner, Turner e AOL
- Viacom, Paramount, Blockbuster, Westinghouse e BS
- GE e BC
- Capital City, ABC e Disney
- News Corp (de Rubert Murdoch), Triangle, 20th Century Fox e Metromedia TV
- AT&T, NCR e McCoy
- Vivendi e Seagrams
- DirectTV e EchoStar

Nos Estados Unidos esse segmento só perde para a indústria bélica na formação da economia: contribui com 8% do PIB e utiliza 12% da força de trabalho.

No Brasil, segundo o ministro Gilberto Gil, que anunciou a criação de um Centro Internacional das Indústrias Criativa, em fórum realizado recentemente na Bahia, esse segmento já representa 1% do PIB, valor que chega a 7% no PIB em estados como Rio de Janeiro e Bahia.

Presente em todos os países a indústria criativa poderia tornar-se uma nova oportunidade para o desenvolvimento e inserção na economia global. A Unctad recomenda o fortalecimento dos produtores nacionais e da capacidade de oferta como base para uma integração mais efetiva nos mercados mundiais. Isso requer, por sua vez, o fomento da capacidade local dos artistas, comunicadores, jornalistas e empresários que trabalham direta e indiretamente nas indústrias criativas.

A experiência dos países que têm cultivado com êxito sua indústria cultural nacional demonstra que esse é um setor com atividades de grande densidade de mão-de-obra qualificada e com um elevado valor agregado. Pode ademais estabelecer vínculos úteis com

setores conexos de toda a economia nas fases iniciais e finais da cadeia de produção, em particular as Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) e o desenho.

Com relação às TIC se reconhece sua grande influência no processo de globalização, particularmente nas esferas produtivas, comercial e financeira. Constata-se, no entanto, que as TIC beneficiaram, maiormente os países mais desenvolvidos, embora sejam evidentes as amplas possibilidades que ofereçam para o desenvolvimento e a superação das desigualdades no Terceiro Mundo.

Os documentos da Unctad apontam as possibilidades de incrementar as exportações através do comércio eletrônico e relacionam atividades que devem ser impulsionadas com auxílio de organismos multinacionais nas áreas de ciberturismo, elaboração de ciberestratégias e ciberpolíticas nacionais, para os quais recomendam medidas que permitam aos países em desenvolvimento aproveitar plenamente os programas de informática livres e de código aberto.

Paralelamente será criado um grupo independente para trabalhar sobre questões relacionadas com os produtos básicos e a utilização da informática para compartilhar as informações e conhecimentos desse mercado. Ainda nessa área recomenda a criação do Instituto Virtual da Unctad sobre Comércio e Desenvolvimento com a finalidade de apoiar o fomento das capacidades nacionais dos países membros para que possam analisar as questões comerciais e econômicas nacionais e internacionais, bem como formular e aplicar políticas econômicas apropriadas, elaboradas no âmbito nacional.

Esses fatos são importantes e devem integrar temática para discussão, sobretudo na busca de caminhos para geração de trabalho e renda para os milhares de jovens que estão matriculados em faculdades de comunicação e jornalismo.

5. Mercado de trabalho

O fenômeno de maior concentração empresarial e do capital que tipifica a globalização afeta também as empresas de comunicação e jornalismo ocasionando redução do mercado de trabalho. Como as fusões são feitas para reduzir custos também acarretam demissões.

Temos hoje cerca de 100 mil jornalistas em todo país. Desse total, 40% trabalham com carteira assinada, sendo 60% homens e 40% mulheres. Em São Paulo, em 2006, com carteira assinada eram 12.500 e outros tantos autônomos.

No âmbito nacional, cerca de 40% estão sem carteira assinada. Em São Paulo essa parcela sobe para 46%. Isso não significa que toda essa gente esteja desempregada. O maior

universo fora das empresas é integrado pelos autônomos, assessores e os chamados frilas e PJs²⁹⁶. A curva de crescimento desse contingente é constante.

Paralelamente, existem hoje no Brasil nada menos que 505 escolas de comunicação e/ou jornalismo, A maioria delas forma turmas em períodos diurnos e noturnos. Calcula-se que só no Estado de São Paulo cerca de 80 escolas estão formando em torno de 8 mil novos profissionais a cada ano. Em 2007 a capacidade máxima de incorporação de novos profissionais chegou a 767 ao ano.

O salário do jornalista varia de 4 a 34 Salários Mínimos. A média brasileira gira em torno de 14,62 SM. A mais alta é a de Brasília, com 34,37 SM, seguida do Rio de Janeiro com 19,03 e São Paulo com 17,97 SM.

A profissão é regulamentada desde a década de 1940, concomitante à promulgação da CLT. Os meios são obrigados a contratar jornalistas profissionais devidamente registrados para produção de conteúdo. No entanto, é a única profissão regulamentada no Brasil que não dispõe de um Conselho Profissional Federal com seus conselhos regionais.

Os profissionais de Relações Públicas, profissão regulamentada há menos tempo que a de jornalismo, pretendem ter a exclusividade para o exercício da atividade de assessoria de imprensa. Por outro lado, os jornalistas são os que estão mais bem capacitados e formados para essa atividade. Como os profissionais de Relações Públicas dispõem de Conselho Profissional, tem havido casos em que esse Conselho denuncia jornalista por exercício ilegal da profissão, o que é crime segundo nossa legislação.

O fato de ser profissão regulamentada inibe, por exemplo, que empresas sob responsabilidade de um profissional jornalista possa optar pelo Simples. Não obstante, cabe advertir que a produção de obra autoral não constitui prestação de serviço e sim cessão de bem móvel. Sendo assim, os contratos de licença de uso de obra autoral estão isentos de impostos por prestação de serviço (ISS) bem como do INSS, devendo unicamente ao Imposto de Renda. O portal do autor mantido pela Apijor em www.autor.org.br oferece modelos de contrato para licença de uso de obra autoral.

Quem entra numa faculdade, geralmente, sonha com trabalhar em algum meio, um grande meio preferencialmente, e é para isso que a faculdade está voltada. Contudo, hoje um número cada vez maior de jornalistas trabalha em empresas diversas em funções não muito ortodoxas. São redatores, assessores de comunicação, fazedores e gerenciadores de projetos

²⁹⁶ Frila = abreviatura de Free Lancer; PJ = Pessoa Jurídica, o jornalista que abriu empresa de prestação de serviço.

entre outras. A realidade do mercado está a exigir que haja empenho dos centros de ensino em formar empreendedores, jovens com capacidade de gerar fontes de trabalho e renda.

Outra característica do mercado de trabalho é o clima de insegurança para os profissionais. Os que labutam na mídia vivem assombrados pelo fantasma do desemprego, o aviltamento dos salários, a precarização do emprego, o acúmulo de funções, o contrato abusivo. A cada dia é maior o desrespeito aos direitos trabalhistas e se insiste em não reconhecer os direitos autorais.

Isso ocorre porque os profissionais da comunicação e jornalismo constituem o elo mais frágil dessa imensa e complexa cadeia midiática. Como reverter ou equilibrar essa correlação de forças?

Para sobreviver e atuar protagonicamente no processo de transformação a Apijor e o Sindicato dos Jornalistas no Estado de São Paulo propuseram e o XXXI Congresso Nacional dos Jornalistas aprovou proposta no sentido de que o fortalecimento da categoria se funda sobre o seguinte tripé:

- O Conselho Federal e os Conselhos Estaduais dos Jornalistas consolidando o reconhecimento da profissão e com poderes para exigir comprometimento ético no exercício profissional e combater a presença do ilegal.
- Sindicalismo forte, implantado nos locais de trabalho e entre os profissionais autônomos, conformando uma Fenaj²⁹⁷ que atue como um sindicato nacional para garantir as conquistas trabalhistas.
- O fortalecimento da Apijor para garantir o reconhecimento do jornalista como autor e garantir o cumprimento de seus direitos.

6. A APIJOR e os direitos dos jornalistas.

Em obediência à legislação autoral em vigor foi criada, no ano 2000, a Associação Brasileira da Propriedade Intelectual dos Jornalistas, A Apijor é a representante legítima e única de todos os jornalistas para as questões de direitos autorais. Para que a Apijor possa cumprir cabalmente sua missão e se desenvolver é preciso que cada jornalista se assuma como autor. Cada jornalista é o responsável pelos direitos autorais. Assim sendo, cada jornalista deve ser o olho da Apijor, atuar como fiscal e comunicar à Apijor quaisquer violações que ocorram aos direitos autorais. O olhar atento, vigilante, do jornalista é a única maneira da Apijor fazer-se presente em todas as partes desse imenso território brasileiro e atuar, seja

²⁹⁷ FENAJ – Federação Nacional dos Jornalistas reúne 31 sindicatos estaduais.

através de advertências, reforçando sua ação educativa, seja movendo ações judiciais para impor o respeito aos direitos autorais no universo comunicacional e na própria sociedade.

A legislação brasileira está em consonância com a Convenção de Berna e posteriores acordos internacionais sobre direitos autorais, todos fundamentadas na tradição do Direito Romano, raiz do arcabouço jurídico europeu e latino-americano. Essa concepção conflita com a concepção derivada da tradição anglo-saxã estadunidense de copyright.

Os Direitos Autorais e Conexos são garantidos pela Constituição Federal nos Artigos 5º, incisos XXVII e XXVIII, e pelas Leis de números 5.98873 e o Decreto 84.134 de outubro de 1979 que a regulamenta; as Leis 6.53378; 9.61098, e ainda a 9.79099. Em maio de 1975, o Decreto 75.699 promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas de 1886, que foi revista em Paris em 1971.

No Brasil, toda obra que resulta de criação do espírito, todo trabalho intelectual, é obra de autoria, portanto protegida pela legislação pertinente e pelos tratados internacionais. Diz o Art. 7º da Lei 9.610: “são obras intelectuais protegidas as criações do espírito expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro²⁹⁸”.

A legislação deixa claro que cada processo criativo gera um Direito Autoral. O trabalho do jornalista, seja ele redator, fotógrafo, desenhista gráfico, ilustrador, repórter, resulta de esforço intelectual, portanto gera direito de autor.

Consolidada na Lei 9.610, a concepção brasileira define como partes intrínsecas dos direitos autorais o direito moral e o direito patrimonial.

Direito moral, relacionado com o direito da personalidade, vincula a obra a seu criador. O nome do autor, o crédito, a assinatura, estará eternamente vinculado a sua obra.

Direito patrimonial faculta ao autor colocar valor a sua obra e comercializá-la, podendo transferir a terceiros, se o desejar, essa condição de comercializar. Somente o autor tem esse direito e cabe unicamente a ele determinar as condições de uso de sua obra que estarão enunciadas em contrato específico de licença de uso de obra autoral.

Da personalidade faz parte o direito de imagem que também deve ser respeitado. A minha imagem é minha e ninguém dela pode fazer uso não autorizado, muito menos se a fotografia ou filme ou que imagem for, reproduzir cena que possa conspurcar ou ridicularizar a pessoa. Há empresas forçando os fotógrafos a ter sempre em mãos fichas de autorização de uso de imagem. Alguns profissionais acham incômodo ter de solicitar dados pessoais e

²⁹⁸ Note-se que o legislador tomou o cuidado de prever o surgimento de novas mídias e novos suportes, condizente com a era da convergência tecnológica.

assinatura da pessoa, porém é bom para o profissional, bom para o meio e bom para a pessoa, pois, assegura que não haverá outro uso além daquele estabelecido na autorização²⁹⁹.

Se a obra autoral é criação do espírito só pode derivar de uma pessoa física, de carne e osso, com inteligência. Em hipótese alguma, portanto, pessoa jurídica é autora. E a obra pertencerá sempre ao autor. Assim, por exemplo, a produção de um aluno é do aluno, não é do professor nem muito menos da universidade; assim também a produção de um professor será sempre do professor, jamais da faculdade ou universidade. A Apijor já obteve sentenças judiciais que obrigaram empresas a devolver ao fotógrafo os negativos que produziu enquanto empregado.

A CLT, desde os anos 1940, quando foi regulamentada a profissão de jornalista, reconhece que o trabalho realizado por esse profissional é trabalho intelectual. Assim sendo, realiza obra autoral. Essa legislação, que ainda está em pleno vigor, já reconhecia que essa obra autoral poderia ser utilizada unicamente pelo meio de comunicação para o qual o profissional foi contratado.

Particularidade da legislação brasileira, regulamentada recentemente³⁰⁰, caso determinada violação aos direitos autorais ocorra no âmbito das relações de trabalho regidas pela CLT, o fórum em que se moverá a ação é da Justiça do Trabalho. Porém, se a violação se dá fora desse contexto empregador/empregado com carteira assinada, a ação correrá na Justiça Civil. Em quaisquer das situações recomenda-se que se busque a assessoria jurídica da Apijor.

O que é obra de autor no jornalismo?

Tudo. Projeto gráfico, ilustrações, fotografias, imagens, textos, reportagens, inclusive traduções são protegidas pela legislação autoral.

O dr. Sérgio Covello, professor de direito civil da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, da USP, agora aposentado, é o autor dessa assertiva. Assegurava que até mesmo a redação de um anúncio fúnebre é trabalho intelectual, portanto autoral, já que exige sistematização e ordenação de informações e idéias e depois redigi-las de forma criativa. Se o anúncio contiver inverdades, de quem é a responsabilidade? Evidentemente que do autor.

A lei define que a responsabilidade é exclusiva do autor. Essa responsabilidade – que faz parte do direito moral – não cessa quando a produção desse autor é reproduzida por outros meios. Não deve cessar, portanto, o direito patrimonial, ou seja, a remuneração proporcional ao lucro obtido pela comercialização da reprodução da obra de sua autoria³⁰¹.

²⁹⁹ Como há advogados que descobriram nisso um filão para extorquir dinheiro é bom precaver-se. A Apijor oferece no seu portal modelo de contrato de cessão de direito de imagem.

³⁰⁰ A emenda constitucional n.º. 45 ampliou a competência da Justiça do Trabalho.

³⁰¹ Ver Art. 30, # 2º da Lei 9.610)

No âmbito dos meios de comunicação o profissional deve tomar cuidado com o que ele produz e com o que os outros produzem. A Apijor tem advertido os editores, de texto ou imagem, porque, geralmente, cabe a eles escolher e ordenar a publicação de textos e imagens de seus colaboradores. Ocorre que nem sempre o proprietário ou a direção da empresa está ciente das violações que se praticam nas redações. Na ocorrência de infrações eles serão co-responsáveis. Essa questão da responsabilidade requer muita reflexão.

Os direitos autorais têm sido violados com muita frequência no âmbito das relações dos jornalistas com seus patrões ou contratantes. As violações mais frequentes que têm sido objeto de ações judiciais são:

- Ausência de crédito (o nome do autor)
- Plágio
- Adulteração de original
- Reutilização
- Utilização por terceiros
- Utilização para outros fins
- Contrato abusivo

Na França, os direitos de propriedade literária e artística do jornalista sobre sua obra e notadamente sobre a reprodução e reapresentação são definidos por lei desde 1957. Convenção Coletiva recente acrescenta que o direito de publicar em mais de um meio artigo ou outras obras de autores jornalistas será obrigatoriamente subordinado a um acordo que deve indicar as condições nas quais será autorizada a reprodução.

No Brasil, a maioria das empresas insiste em se apropriar da plus valia acrescentada ilegalmente pela revenda da obra de autoria. O predomínio de comportamento antiético nos meios de comunicação, esse permanente desrespeito às leis, gera insegurança jurídica. Evidentemente essa insegurança em nada ajuda na construção da democracia no país, na superação do caráter excludente de nossa sociedade e agrava as deformações sociais.

7. Caminhos da construção

Como desenvolver uma comunicação cidadã, uma comunicação eticamente responsável? Como devolver à civilização o sentido de humanidade?

A escola que pretende formar comunicadores autores, não pode se furtar de fazer uma reflexão profunda sobre a que tem servido a comunicação no nosso meio e sobre qual a

comunicação necessária. Mais ainda, torna-se imperativo refletir sobre a responsabilidade das universidades na reprodução da perversa realidade que sufoca as esperanças do povo.

De não iniciar-se uma revolução cultural pelas gerações atuais não haverá país para as gerações futuras. Se não acreditam em retrocesso civilizatório olhem para a África, o Oriente Médio, olhem para a Ásia Central.... para o mundo islâmico.

Num mesmo campus universitário as diferentes faculdades vivem de costas umas para as outras. Inexiste o conceito de interdisciplinaridade, de complementaridade. Campus não pode ser sinônimo de claustro e tampouco ensino pode ser manipulado como mercadoria. O que se vê é a ausência total de integração do campus com a comunidade em seu entorno, com os problemas do município, do estado, do país, do mundo.

As escolas de comunicação e jornalismo poderiam iniciar o movimento de romper com as amarras do isolacionismo. Inicialmente realizar-se-iam estudos para definir a estratégia de comunicação para o campus com vistas, primeiro, a promover a interação entre todas as partes do campus, dotando cada uma delas de seu plano e seus instrumentos de comunicação. Segundo, definir a estratégia para comunicação com o entorno do campus.

O que mais está faltando à necessária revolução cultural é ousadia. Ousadia, rebeldia e criatividade. O olhar crítico e criativo à realidade, a fórmula mágica única capaz de provocar verdadeira transmutação da matéria. Como não carrego culpa desse pecado, ousou sugerir aos corpos docente e discente das faculdades de comunicação e jornalismo linhas de ação para que atuem como coadjuvantes nessa cruzada que todos devemos empreender em busca de uma cultura de respeito aos direitos autorais.

1. Em primeiro lugar, é preciso que professores e alunos se mobilizem e venham reforçar a luta que vem sendo travada pela Fenaj e pela Apijor pela validade do diploma e pela instituição do Conselho Federal dos Jornalistas. Que tratem de envolver os proprietários e mantenedores das universidades que estão faturando com cursos de comunicação e jornalismo, pois, caso nada façam em defesa do diploma estarão dando aos formandos nada mais que papel pintado sem serventia. De nada adianta incorporar o direito autoral e a noção de jornalismo cidadão se se vai competir em desigualdade de condições com desqualificados que aceitam sem pestanejar as regras do mercado.
2. A segunda recomendação é que sejam os alunos e professores das escolas de comunicação e jornalismo os primeiros a propor a realização de seminários, no âmbito das universidades, para discutir e definir a política de comunicação do campus e desenhar a estratégia para viabilizar essa política.

3. A estratégia de comunicação deve contemplar a utilização de todos os equipamentos de comunicação e informação de que dispõe o campus.
 - a. O laboratório de jornal e informática pode fazer o jornal para servir à comunidade do entorno do campus e a revista integradora da universidade.
 - b. O laboratório de rádio deve ser a emissora de rádio integradora do campus numa banda e a rádio da comunidade do entorno ou mesmo do município em outra ou na mesma banda em horários selecionados.
 - c. Assim também o laboratório de televisão pode ser a televisão integradora do campus e a televisão comunitária.

Atuando desta maneira a universidade demonstrará à sociedade que se pode realizar comunicação de qualidade e com responsabilidade ética, como serviço público para atender ao direito humano de ser informado. Temos constatado que o efeito demonstração funciona.

4. Outra ação que se pode desenvolver simultaneamente já que uma está intimamente relacionada com a outra, é realizar seminários para definir a política de direitos autorais do campus. Há muita coisa que precisa ser pensada e resolvida nessa área como a questão dos softwares, dos trabalhos de alunos e professores, teses etc.

Entendemos que todas as universidades devem ter sua política de direitos autorais, que é o mesmo que dizer dos direitos de propriedade intelectual. Os laboratórios realizam experiências, alunos e professores criam diuturnamente, bacharelados são obrigados a apresentar seus TCC, mestrados e doutorandos produzem teses, enfim, a universidade tem obrigação de ser celeiro produtivo de idéias. Pois bem, tudo o que é produção intelectual, criação do espírito, é protegido por nossas leis. E como somos signatários de vários tratados internacionais que regulam o uso dessa criação proprietária, há regras a serem obedecidas na utilização da criação dos outros.

5. Os advogados e suas organizações representativas poderiam incluir em suas pautas reivindicativas a inclusão da cadeira e da especialização em direito autoral nos cursos de Direito. Hoje é parte do direito civil já que não há uma disciplina específica. Mas, já há especialização, bacharéis fazendo teses de mestrado e doutorado sobre a matéria. E já são inúmeros os professores e juristas que publicaram livros sobre direito autoral.

6. As universidades precisam compenetrar-se de que são formadoras de autores e incluir em seus currículos noções básicas sobre Direitos Autorais e demais instrumentos jurídicos de proteção da pessoa humana.
7. Com vistas a fortalecer a categoria a qual os estudantes pretendem ingressar estimular a militância associativa promovendo a pré-sindicalização e a interação com os sindicatos de jornalistas bem como o debate sobre o papel do sindicalismo no país.
8. Formar grupos de trabalho nas faculdades de comunicação e jornalismo e realizar mutirões de fiscalização dos direitos autorais, em parceria com a Apijor que na seqüência advertirá aqueles que estão violando esses direitos, sujeitando-se aos rigores da lei.
9. Alunos e professores devem participar ativamente dos fóruns criados no âmbito das organizações classistas – Fórum Nacional pela Democratização da Comunicação; Fórum Nacional de Estímulo à Qualidade de Ensino; Fórum Nacional de Professores de Jornalismo; Fórum do Direito a Acesso a Informação Pública; Associação Brasileira de Jornalismo Científico; Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo; Executiva Nacional dos Estudantes de Comunicação; entre outros.
10. Juntamente com os sindicatos de jornalistas as faculdades devem se incorporar como promotores do debate com vistas à formulação da Carta de Responsabilidade dos Jornalistas no âmbito da Carta das Responsabilidades Humanas, através da realização de fóruns e/ou conferências com participação ampla da sociedade.

O Caminho está traçado. O que falta agora é desenvolver a vontade política de trilhá-lo.

II FÓRUM DE DEBATES

DIREITO DE AUTOR E INCLUSÃO SOCIAL



***COPYLEFT* E EXCLUSÃO DIGITAL**

João Gustavo Duarte Nadal³⁰²

SUMÁRIO Introdução. 1. Sociedade da informação. 2. Exclusão social e digital. 3. O direito fundamental à educação. 4. O combate à exclusão digital. 5. *Copyleft*. 6. Software livre. 7. *Copyleft* e inclusão digital. Considerações finais.

RESUMO O desenvolvimento da tecnologia da informação e as transformações sociais que se seguiram implicaram dois problemas graves: a exclusão digital e o agravamento das desigualdades regionais e entre as camadas da população. O novo modelo de sociedade que se delineia, denominado precariamente “sociedade da informação”, funda-se na produção e disseminação do conhecimento. Importa, portanto, minorar as desigualdades mencionadas, fomentando ou provendo o acesso às novas tecnologias e às informações em circulação, sob pena de tornar ineficaz o direito fundamental à educação, constitucionalmente assegurado. Dessa maneira, a exclusão digital deve ser combatida por políticas públicas e ações particulares, e devem ser tão universais quanto possível, mediante disponibilização de computadores conectados à internet em espaços públicos, como escolas e bibliotecas, cursos de capacitação e uma política tributária que favoreça a popularização desses bens. Nesse contexto, o *Copyleft*, consistente em modelo alternativo de licenciamento de obras, caracterizado pelo uso das prerrogativas inerentes à autoria para assegurar a livre disseminação das informações, inclusive com privilégios para o amplo acesso, cópia e distribuição das obras licenciadas, é ferramenta importante na elaboração de políticas públicas de inclusão digital, por permitir redução substancial dos custos envolvidos, garantir independência em relação aos fornecedores de produtos tecnológicos e remover restrições ao acúmulo de conhecimento pela população destinatária dessas políticas.

PALAVRAS CHAVES: DIREITO AUTORAL; COPYLEFT; INCLUSÃO DIGITAL

³⁰² Advogado em Curitiba, é sócio do escritório Nadal & Corrêa Advogados.

ABSTRACT The agile development of information technology and the consequent changes on social patterns resulted in two serious problems: digital divide and greater regional and social inequalities. The resulting society model, for now denominated “informational society”, depends heavily on knowledge creation and transmission. Therefore, it is imperative to heal those aforementioned inequalities, by making easy to people to access information technology and information, or otherwise the right to education, constitutionally assured to all citizens, will be proved ineffective. To face digital divide, public policies third sector projects are direly needed, and they shall be as universal as possible, by making more internet connected computers available in public spaces, like schools and libraries, by providing courses and lectures and by managing state tax policies in favor of popularization of information technology. In this context, copyleft, an alternative licensing scheme for creative works, consisting in using copyright law to make those works disseminated, with very wide access privileges, including copying and redistributing of licensed works, it’s a very important tool in the planning and executing on digital divide public policies, as it makes them cheaper, independent from the information technology industry, and allows the public to gather all information available from these policies.

KEYWORDS: COPYRIGHT; COPYLEFT; DIGITAL DIVIDE

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento da tecnologia da informação e as transformações sociais que aceleraram drasticamente a produção, a distribuição e análise de informações e de conhecimentos têm uma dupla natureza: permite, de um lado, a superação dos limites espaciais e temporais ao desenvolvimento dos intercâmbios comerciais e culturais; de outro, semeia a desigualdade na população, ao criar severa discriminação daqueles que por qualquer motivo estejam privados do acesso a essas tecnologias.

Valoriza-se, portanto, a informação como bem precioso, fundamental para o desenvolvimento econômico e social, exigindo-se de quem deseja desenvolver-se social, econômica e culturalmente a disponibilidade constante para a comunicação e a busca constante por informações atualizadas.

Simultaneamente emergem dois problemas graves: de um lado, a exclusão digital, correspondente à exclusão do acesso de parcelas significativas da população – em especial as camadas mais pobres dos países menos desenvolvidos economicamente – às novas tecnologias e aos avanços trazidos por elas; de outro, o agravamento proporcional das

desigualdades entre as regiões mais desenvolvidas e as menos desenvolvidas.

Países como o Brasil devem atender ao mesmo tempo as mazelas decorrentes da precariedade do sistema educacional público bem como promover a popularização dessas tecnologias, pois essas assumiram relevo tal que inúmeras tarefas simples não podem mais prescindir delas: não saber usar computadores ou não poder buscar informações na internet constitui, hoje, restrições severas ao exercício de uma série de direitos, pois impede as pessoas que não as conhecem de disputar muitos empregos, de se comunicar, e de se expressar à maneira dos novos tempos.

Além disso, o desconhecimento dessas tecnologias afeta seriamente a competitividade econômica do país, ao aumentar a dependência tecnológica e os custos de treinamento dos trabalhadores, por exemplo.

Discute-se, portanto, a necessidade de garantias para que essas tecnologias sejam acessíveis a todos, evitando que se tornem inócuos vários direitos constitucionalmente consagrados, dentre os quais destacamos o direito à educação, cuja efetividade depende do aprendizado do funcionamento de computadores e da internet.

Tratamos, portanto, de análise da problemática da *exclusão digital*, a partir do estudo das características e limites do direito à educação e dos meios hábeis a estimular sua efetividade em relação à injusta situação de exclusão, usando ferramentas abrangidas no conceito de *Copyleft*.

1. SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

As transformações políticas, econômicas e tecnológicas advindas nas últimas décadas parecem conduzir a um novo modelo de sociedade, denominado precariamente “sociedade da informação”³⁰³, ou “sociedade informacional”³⁰⁴ mais aberto à difusão de informações e às inovações, caracterizado por intensa produção e circulação de informações³⁰⁵, atividades que se tornam “as fontes fundamentais de produtividade e poder devido às novas condições tecnológicas surgidas nesse período histórico”³⁰⁶.

Essa sociedade decorre de uma verdadeira Revolução Tecnológica³⁰⁷, dada a celeridade das transformações aludidas, e dos avanços encadeados no desenvolvimento da

³⁰³ ASCENSÃO, J. de O. **Direito da Internet e da sociedade da informação**, p. 71.

³⁰⁴ CASTELLS, M. **A sociedade em rede: a era da informação**, p. 64.

³⁰⁵ ASCENSÃO, J. de O. **Sociedade da informação e mundo globalizado**, p. 16.

³⁰⁶ CASTELLS, M. Obra citada, p. 65.

³⁰⁷ WACHOWICZ, M. **A revolução da tecnologia da informação e a tutela jurídica do software**, p.15.

Tecnologia da Informação, permitindo um salto na velocidade de produção e transmissão do conhecimento – e conseqüentes alterações na estrutura da sociedade, que se torna mais cosmopolita.³⁰⁸

Nesse contexto, embora o aumento na propagação do conhecimento evite muitos esforços repetitivos, servindo à solução de problemas ao redor do globo, e propicie um novo ciclo de desenvolvimento econômico, fundado na produção do conhecimento e na inovação, embora, como salienta ASCENSÃO, suas vantagens sirvam tanto à colaboração entre os povos e às causas solidárias quanto às agendas de dominação³⁰⁹, e que ainda há muitos problemas a resolver³¹⁰.

Essas alterações que atingem a sociedade como um todo, aumentando a importância econômica e social da informação e de sua produção, bem como a necessidade por ferramentas que permitam acessá-la - o que torna crucial o combate à exclusão digital, pois essa determina, como demonstraremos abaixo, a exclusão econômica e social dos cidadãos afetados.

2. EXCLUSÃO SOCIAL E DIGITAL

A noção de exclusão social é polissêmica, mas há dois elementos principais que a integram, segundo IIZUKA³¹¹: os efeitos sociais do sistema capitalista e do mercado de trabalho e a perda de direitos decorrente da modificação das políticas estatais.

A exclusão social não é apenas econômica³¹² – e portanto não se restringe à pobreza – ou cultural – e portanto não se restringe à discriminação – mas se pode expressar como estado de injustiça social constituído a partir de um conjunto de relações dinâmicas excludentes existentes na sociedade.

A exclusão digital, fenômeno recente, e socialmente relevante a partir da

³⁰⁸ Para ASCENSÃO, o aumento das comunicações caracteriza tanto a idéia de sociedade da informação quanto a de globalização.

³⁰⁹ ASCENSÃO, J. de O. **Sociedade da informação e mundo globalizado**, p. 22.

³¹⁰ *E.g.* sejam eles jurídicos (necessidade de compatibilizar as legislações tributárias e aduaneiras, em razão do incremento do comércio internacional, e das normas reguladoras dos direitos autorais, de marcas e patentes, dado o aumento da produção e circulação de bens intelectuais), econômicos, políticos (a definição da competência regulatória, da normatização de padrões internacionais para o uso da rede), ou mesmo culturais (divulgação em determinado local de manifestação considerada inaceitável em outro, causando manifestações de repúdio).

³¹¹ IIZUKA, E.S. **Um estudo exploratório sobre a exclusão digital e as organizações sem fins lucrativos da cidade de São Paulo**. APUD: SILVA, Roosevelt Lins. *Software livre no combate à exclusão digital: por uma política voltada às bibliotecas públicas*, p. 3.

³¹² Para MACADAR, M.A., isso é ilustrado pela possibilidade de determinado indivíduo economicamente incluído eventualmente ser discriminado em determinado grupo em razão de sua idade, cor de pele, opção sexual ou religião.

popularização das tecnologias da informação e comunicação, pode ser definida de maneira restritiva como a impossibilidade de acessar os sistemas de informação e telecomunicação.

Para SILVEIRA, considera-se digitalmente excluído quem não tiver acesso a um computador conectado à internet e não detenha conhecimento necessário ao seu uso³¹³.

Esse fenômeno é apenas uma das faces da exclusão social, pois não existe independentemente: apenas está a expressar, de acordo com a INTERNATIONAL RESEARCH FOUNDATION FOR DEVELOPMENT³¹⁴ o conjunto de desigualdades estruturais na sociedade, e tende a refletir esse conjunto mais os padrões comuns de estratificação social.

A exclusão digital agrava e aprofunda a exclusão social, como se estivesse a criar de forma rápida e indelével nova forma de separação de classes, sendo o limiar o acesso ou não à informação e às novas tecnologias³¹⁵. porém sua velocidade de distanciamento é muito maior tendo em vista a liberdade e velocidade de trânsito da informação para aqueles que se encontram incluídos digitalmente.⁵⁷

Se a exclusão digital expressa a exclusão social, é de se salientar, como faz SILVEIRA³¹⁶ que aquela agrava essa; que as camadas socialmente excluídas possivelmente não serão incluídas digitalmente pelo mercado, que é preciso rapidez na inclusão digital desses grupos para aproveitar adequadamente as vantagens propiciadas por essas tecnologias, e que universalização da liberdade de expressão, hoje, depende da inclusão digital dos socialmente excluídos.

O problema é agravado pelas deficiências da infra-estrutura de telecomunicações em determinadas regiões, em especial nas regiões economicamente periféricas e nas áreas rurais, pelo alto custo energético, do acesso à rede, dos equipamentos, da capacitação de profissionais.

Tal situação não pode se sustentar, pois perpetua a exclusão social, à vista da exigência de conhecimentos básicos de informática para concorrer a muitos dos postos de trabalho, o que torna a situação do excluído digital análoga à do analfabeto, em ofensa ao seu direito à educação, constitucionalmente assegurado.

³¹³ SILVEIRA, S.A. da. **Inclusão digital, software livre e globalização contra-hegemônica**. In: SILVEIRA, S. A. da (org.); CASSINO, J. (org.) et. al. Software livre e inclusão digital, p. 18.

³¹⁴ INTERNATIONAL RESEARCH FOUNDATION FOR DEVELOPMENT. **Information Revolution, Digital Divide and Development Paradox: A Global Framework for ICT Policy Formulation**, p. 1.

³¹⁵ SILVEIRA, S.A. da. Obra citada, p. 22.

³¹⁶ SILVEIRA, S.A. da. Obra citada, p. 29-30.

3. O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

O Direito fundamental à educação é um direito social que pressupõe uma prestação estatal para que seja efetivo, tendo sido reconhecido pelo constituinte no art. 6º da Constituição da República, e delimitado nos artigos 205 a 214, que estabelecem diretrizes e normas de organização do sistema educacional pátrio.

Nossa primeira tarefa é tratar do enunciado legal do art. 205 da Constituição, norma de eficácia contida, segundo SARLET, que estabelece fins e diretrizes a serem respeitadas pelo Estado⁷. Dispõe o dispositivo citado que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, a ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho³¹⁷.

MALISKA, citando PIAGET, apresenta em sua obra análise adequada dessa definição⁸. São de maior interesse neste trabalho os papéis do Estado na educação e a qualificação para o trabalho, que trataremos em detalhe³¹⁸.

A educação deve qualificar os trabalhadores para o trabalho, garantindo a eles as qualificações mínimas para tanto, pois o Direito ao trabalho as pressupõe, conforme o entendimento de MALISKA⁹, dependendo o futuro profissional da família e do Estado, a quem foi atribuído o dever de assegurar a educação ao indivíduo³¹⁹.

Tal consideração é extremamente relevante, pois o domínio de noções básicas de informática é requisito para muitos dos trabalhos ofertados atualmente; desconhecer o funcionamento dos computadores automaticamente impede o indivíduo de disputar os empregos melhor remunerados e o põe entre os estratos pobres da população.

O papel do Estado é fundamental na educação, por serem atribuídos ao Estado uma série de deveres, como os de garantir a todos o ensino fundamental obrigatório¹⁰ e de progressivamente universalizar o ensino médio³²⁰.

Embora não se possa falar em um direito à inclusão digital, sob a ótica constitucional, de acordo com o entendimento de SARLET, é necessário que se assegure “um padrão mínimo de segurança material a ser garantido por meio de direitos fundamentais, que tem por objeto evitar o esvaziamento da liberdade pessoal, assegurando, de tal sorte, uma

³¹⁷ SARLET, I.W., *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 305

³¹⁸ MALISKA, M.A. *O direito à educação e a constituição*, p. 155-161.

³¹⁹ MALISKA, M.A. *Idem*, *ibidem*.

³²⁰ Conforme o artigo 208 da Constituição da República e seus incisos.

liberdade real”³²¹. Destaca ainda posição interessante de CANOTILHO, citado por esse autor, afirma a existência de direitos a prestações tácitos em decorrência da proteção a alguns direitos fundamentais de liberdade³²².

Devemos lembrar que as prestações estatais acima do *padrão* mínimo estão sujeitas à limitação fática da existência de recursos disponíveis, dada a sua relevância econômica. O reconhecimento de determinado direito que implique prestação estatal determinada não dá ao Estado os recursos necessários para que tal prestação possa ser executada, tornando o direito reconhecido efetivo – a doutrina costuma denominar essa limitação de ordem fática de reserva do possível.

Além disso, a alocação dos recursos públicos disponíveis depende de decisão legislativa em sede orçamentária, pois, reconhecida a legitimidade da reserva do possível, é imperativo definir em que medida o Estado atenderá aos direitos da população mediante prestações, dada a impossibilidade de fato da máxima efetividade a todos os direitos.

Em relação à efetividade dos direitos fundamentais, sua previsão constitucional e sua positivação legal, SARLET afirma que essas não são suficientes para tornar efetivos aqueles, sendo necessária verdadeira política dos direitos fundamentais para que a efetividade seja alcançada³²³.

Recomenda-se o desenvolvimento de políticas públicas de inclusão digital da população torna mais efetivo o direito à educação, embora inexista direito público subjetivo à inclusão digital, e de dependerem essas políticas de ato legislativo e da existência de recursos disponíveis.

Dada a insuficiência dos recursos atribuídos às políticas de inclusão digital em massa da população, trataremos a seguir de uma alternativa que pode diminuir significativamente os custos envolvidos nesses programas governamentais, permitindo aumento do número de beneficiados, e agregando a alguns direitos fundamentais efetividade: o uso de softwares livres e demais materiais licenciados por *copyleft*.

4. O COMBATE À EXCLUSÃO DIGITAL

As ações de inclusão digital devem ter suporte de políticas públicas, sem excluir a participação da sociedade civil e do terceiro setor, e devem garantir o acesso dos excluídos

³²¹ SARLET, I.W. Obra citada, p. 318.

³²² CANOTILHO J.G., APUD: SARLET, I.W. Obra citada, p.320.

³²³ SARLET, I.W.. Obra citada, p.324-325.

digitais às tecnologias da informação e ao conteúdo das redes de computadores, e promover “o fortalecimento da sociedade local visando propiciar as condições para uma apropriação cidadã dos conteúdos disponíveis na rede e para difusão dos saberes e fazeres comunitários”

³²⁴

Tais iniciativas devem visar toda a sociedade, não devendo se limitar a setores, regiões, especialmente nos países em desenvolvimento, nos quais o desafio de popularizar o acesso a essas tecnologias exige mais do poder público, apesar haver progressos significativos nessas regiões, por conta da redução do preço dos computadores e das tarifas de conexão à internet.

A promoção dessas políticas deve consistir no fornecimento de acesso a computadores conectados à internet, em escolas, bibliotecas e telecentros comunitários³²⁵, na desoneração tributária a fim de diminuir o custo dos equipamentos necessários e popularizá-los, e ao provimento de capacitação técnica para a operação desses equipamentos através de cursos, palestras e *workshops*.

O *Copyleft*, nessa esteira, pode auxiliar substancialmente o desenvolvimento dessas políticas, mediante redução dos custos envolvidos (através de ferramentas postas à disposição de todos os interessados), a garantia da independência dessas políticas em relação aos produtos de determinado fornecedor, e por remover restrições ao acúmulo de conhecimento pela população destinatária dessas políticas.

5. COPYLEFT

O assim chamado *Copyleft*³²⁶ consiste em uso alternativo das prerrogativas fornecidas aos autores pelo regime autoral de proteção às obras intelectuais, a fim de assegurar aos destinatários e usuários das obras determinados direitos, e a garantir que esses direitos não possam ser suprimidos.³²⁷

Rigorosamente, é modelo alternativo de licenciamento de obras, no qual se usam as prerrogativas inerentes à autoria das obras para permitir aos leitores, destinatários e usuários em geral amplo acesso, cópia, distribuição e até mesmo alterações, condicionando essas permissões à manutenção dessas permissões, em todos os seus termos, e vedando o

³²⁴ SANTOS, Aldroaldo Quintela. **Inclusão digital e desenvolvimento local no Brasil**, p. 3.

³²⁵ AFONSO, Carlos A. **Internet no Brasil: o acesso para todos é possível?** p. 12

³²⁶ O nome *Copyleft* é um jogo de palavras com o termo *Copyright*, que designa o regime de proteção das obras autorais adotado nos países anglo-saxônios.

³²⁷ FREE SOFTWARE FOUNDATION. **What is Copyleft?**

estabelecimento posterior de quaisquer restrições ao exercício desses direitos, sempre que haja cópia, distribuição ou alterações nas obras, mediante licenças de uso específicas.

A prática é preferível a tornar as obras de domínio público, por vedar que eventuais alterações em seu conteúdo sejam apropriadas por seus autores, sem garantia de que sejam postas à disposição dos interessados também em domínio público. Além disso, permite uma defesa mais efetiva contra casos de violação de direito autoral, pois se torna possível localizar com maior rapidez os legitimados a propor as ações cabíveis.

É um modelo de licenciamento que estimula o compartilhamento de conhecimento e informações, e que perpetua o acesso ao conhecimento e às informações já publicadas, evitando esforços redundantes. Em uma sociedade marcada pela incessante busca por novos conhecimentos e pela produção célere de informação, esse modelo de licenciamento das obras pode ser altamente desejável.

Para que o *Copyleft* funcione, é preciso em primeiro protegê-lo, na forma da lei autoral; depois, deve ser editada licença que estipule os direitos de usar, modificar ou redistribuir a obra publicada, ou as obras derivadas, somente se os termos da redistribuição mantiverem-se inalterados.

Como bem salienta DEGRAF, o *Copyleft* é “em verdade é um *copyright*, porém seu conteúdo diverge do costumeiro, pois tem o objetivo de, contrariamente ao *copyright* que restringe liberdades, garantir, através de uma licença (...) liberdades, dos usuários, de cópia, modificação, e distribuição”.³²⁸

É um modo alternativo de uso do direito autoral que cresce em relevância e expressividade, e que não deve ser ignorado pelos estudiosos da matéria.

6. SOFTWARE LIVRE

Há uma série de iniciativas alinhadas com a noção de *Copyleft*, trataremos aqui somente dos *softwares* livres, que, das obras licenciadas pelo modelo de *Copyleft*, são indubitavelmente as mais relevantes para quaisquer ações de inclusão digital. Antes de expor sua definição, convém expor brevemente o regime jurídico de proteção ao *software*.³²⁹

Os *softwares* são protegidos pelo regime aplicável às obras autorais, nos termos

³²⁸ DEGRAF, R.J. **Software livre como meio de promoção ao direito à educação e combate à exclusão digital**, p. 6.

³²⁹ *Software* é o conjunto escrito de instruções organizadas para o processamento automático de informações, configurado para operar, nos equipamentos para os quais foi desenvolvido, operações lógicas úteis, com fins determinados – noção que corresponde, com ressalvas, à de “programa de computador”, fixada no art. 1º da Lei nº. 9.609/98.

das convenções internacionais aplicáveis e da legislação vigente³³⁰, embora essa discussão seja bastante recente³³¹, com tópicos controversos, dadas as dúvidas recorrentes acerca da sua patenteabilidade.

ASCENSÃO entende não ser essa a melhor solução, visto que o *software* rigorosamente não seria obra, mas bem utilitário, mas a opção internacional teria sido pela aplicação daquele regime, entendendo-se que o *software* existe somente enquanto expressão escrita de determinadas instruções, sujeita, destarte, à proteção autoral.³³²

No Brasil, ao contrário dos países de matiz anglo-saxã, nos quais se exige o registro prévio do *software* a ser protegido, para impedir terceiros de replicá-lo sem a devida autorização de seu criador,³³³ a proteção se dá independentemente de registro, sendo assegurada exclusividade ao seu criador por período legalmente determinado³³⁴, aplicando-se regime de proteção análogo ao conferido às obras literárias,³³⁵ consoante o disposto no inciso XII do artigo 7º da Lei nº. 9.610/98,³³⁶ e no artigo 2º da Lei nº. 9.609/98.³³⁷

O registro previsto na legislação brasileira, previsto no § 3º, do art. 2º, da Lei 9.609/98,³³⁸ realizado junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), é facultativo, e não condiciona a proteção dos *softwares* à sua realização. Esse registro, todavia, não implica a aplicação ao *software* do regime da nº. 9.279/96.

Embora DEGRAF sugira o registro dos softwares junto ao INPI, transcrição integral do código-fonte, especialmente para permitir análise detalhada do mérito em litígios decorrentes violação de direitos autorais,³³⁹ tal medida nos parece excessiva economicamente inviável, sendo suficiente o registro de trechos capazes de identificá-los, ou a realização de

³³⁰ As Leis Federais nº. 9.609/98 (Lei de Software) e 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais) e suas alterações regulam, no Brasil, a matéria.

³³¹ Sobretudo no Brasil, em razão ao regime especial de registro obrigatório dos *softwares* perante a Secretaria Especial de Informática (SEI), e a vedação à comercialização de *softwares* estrangeiros. Discute-se, inclusive, o quanto esse regime, consistente em reserva de mercado para os desenvolvedores de *software* nacionais, tenha atrasado a disseminação da tecnologia da informação no país. Nesse sentido, consultar MANSO, Eduardo Vieira. **A Informática e os Direitos Intelectuais**.

³³² ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. p. 665.

³³³ WACHOWICZ, M. **Propriedade Intelectual do Software...** p. 32.

³³⁴ No Brasil, consoante o disposto no § 2º, do artigo 2º da Lei nº 9.609/98, o prazo de tutela desses direitos é de cinquenta anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da sua publicação ou, na ausência desta, da sua criação.

³³⁵ WACHOWICZ, M. **Propriedade Intelectual do Software...** p. 72

³³⁶ Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: (...)
XII - os programas de computador;

³³⁷ Art. 2º O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei.

³³⁸ § 3º A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro.

³³⁹ DEGRAF, R.J. Obra citada, p. 9.

registro algum.³⁴⁰

Discussão mais recente é a da proteção ao *software* por patentes, sobretudo nos Estados Unidos da América.³⁴¹ No Brasil, não se admite o patenteamento do *software* em si, mas o INPI tem apreciado número crescente de pedidos de patentes, sobretudo no caso de verdadeiras invenções implementadas por *software*.³⁴²

Feita essa digressão, tratemos da definição de *softwares* livres. Consideram-se livres, conforme a definição corrente da FREE SOFTWARE FOUNDATION (FSF), os *softwares* que garantem aos usuários quatro liberdades: (a) a liberdade de executar o programa, para qualquer propósito; (b) liberdade de estudar o funcionamento do programa e adaptá-lo às suas necessidades; (c) liberdade de redistribuir cópias do programa, de modo a ajudar os outros usuários; (d) liberdade de aperfeiçoar o programa, e de distribuir as melhorias, de modo que toda a comunidade de usuários se beneficie. Em todo caso, é imperativo prover acesso ao código-fonte para que a segunda e a quarta liberdade sejam possíveis³⁴³.

Como alternativa a essa definição, a OPEN SOURCE INITIATIVE (OSI) elegeu critérios³⁴⁴ para que determinados *softwares* pudessem ser considerados código aberto (*open source*), para aumentar a aceitação dos softwares livres junto às empresas, bem como para atenuar o forte viés ideológico dado ao software livre por aquela Fundação. Seus críticos, todavia, entendem que a definição de *open source software* é redundante, ambígua, e eufemística³⁴⁵.

Note-se que nenhuma das definições exige que o fornecimento dos *softwares* seja

³⁴⁰ Conforme nos ensina WACHOWICZ, o registro do *software* no INPI, facultativo, tem efeitos meramente declaratórios para o direito autoral, não sendo vedada, também, a proteção do *software* via marca registrada, sobretudo se caracterizado como produto ou serviço disponibilizado ao mercado. WACHOWICZ, M. **Propriedade Intelectual do Software...** p. 125.

³⁴¹ WACHOWICZ, M. **Propriedade Intelectual do Software...** p. 107.

³⁴² Nesse sentido, ABRANTES, A.C. de S. **Desmistificando as patentes de software.**

³⁴³ FREE SOFTWARE FOUNDATION, **The Free Software Definition.**

³⁴⁴ É necessário, para que determinada licença seja aceita como *open source* pela OSI, que ela assegure: (a) a livre redistribuição; (b) a inclusão do código-fonte, bem como a distribuição desse assim como a da forma compilada; (c) o direito de implementar modificações ou de desenvolver trabalhos derivados, além de garantir que esses possam ser distribuídos nos mesmos termos da licença original; (d) ao autor, o direito de impedir a distribuição do código-fonte alterado, podendo exigir a elaboração de arquivos separados para as modificações ou a mudança de nome ou versão dos trabalhos dela derivados; (e) que a licença não estabeleça discriminação contra determinadas pessoas ou grupos; (f) que a licença não restrinja as áreas em que será usado o programa; (g) que a licença seja geral, que aplique-se a todos aqueles a que for redistribuído o software; (h) que a licença não seja específica para determinado produto final ou distribuição; (i) que a licença não estabeleça restrições a outros softwares distribuídos junto com o programa licenciado; (j) que a licença deva ser tecnologicamente neutra.

³⁴⁵ STALLMANN, R.M. **Free software, free society: selected essays of Richard M. Stallmann**, p. 56

gratuito³⁴⁶, e que não correspondem à de *software* de domínio público, caso em que há renúncia do autor a direitos de autoria, ao passo que naqueles, consistentemente com a política de *Copyleft*, não há renúncia, mas licenciamento pelos autores do uso, reprodução e distribuição de suas obras, assegurando as liberdades necessárias para que determinado programa se adapte às definições de *software livre* ou *software de código aberto*, nos termos do regime jurídico próprio.

7. COPYLEFT E INCLUSÃO DIGITAL

O licenciamento no modelo *Copyleft* pode contribuir substancialmente para a inclusão digital de parcelas significativas da população a custo reduzido, sobretudo em relação às ferramentas essenciais para o acesso à informação e para a comunicação em rede.

Essa redução de custos corresponde tanto à economia com o licenciamento dos *softwares* necessários, quanto com a possibilidade elaborar livremente manuais, guias, apostilas, e de atualizá-los sempre que necessário, independentemente da autorização expressa dos detentores dos direitos autorais envolvidos.

A grande vantagem do uso de obras licenciadas pelo modelo *Copyleft* são as prerrogativas fixadas em suas licenças de uso, autorizando sua replicação em larga escala e a possibilidade de desenvolver trabalhos derivados que atendam melhor às necessidades dos programas de inclusão digital.

Além disso, o compartilhamento de código permite o desenvolvimento rápido de soluções necessárias a esses programas, eliminando esforços de desenvolvimento redundantes.

Não se pode olvidar, também, que cópias de obras licenciadas via *Copyleft* podem ser adquiridas a custos reduzidos ou gratuitamente, diminuindo a pressão por verbas públicas no planejamento e execução desses programas³⁴⁷.

Há, ainda, vantagens qualitativas no uso de obras licenciadas no modelo *Copyleft*: a autonomia em relação aos fornecedores de obras específicas, a redução na pirataria e contrafação, o acúmulo local de tecnologia, e a conseqüente redução da dependência externa, como salienta STORY.³⁴⁸

³⁴⁶ Como adverte a FSF após definir o que seja software livre, trata-se de liberdade, e não de preço, inexistindo vedações nas licenças para a comercialização dos softwares livres.

³⁴⁷ Nesse sentido, WHEELER. D.A. **Why Open Source Software / Free Software?**

³⁴⁸ STORY, A. **Intellectual Property and Computer Software: A battle between competing use and access visions for countries of the south.**

As ferramentas livres – não somente os *softwares*, mas também todo o conjunto de conhecimento de como operá-los – postas à disposição dos interessados, na rede, podem, eventualmente, ser muito úteis, especialmente em programas de inclusão digital.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. O desenvolvimento da tecnologia da informação e as mudanças sociais das últimas décadas alteraram drasticamente o panorama de nossa sociedade, aproximando-a do modelo de “sociedade da informação”, fundada na produção e circulação do conhecimento;

2. Essas alterações agravaram as desigualdades já existentes, e deram destaque a outro problema: o da exclusão digital, consistente em face da exclusão social, caracterizada pela impossibilidade de acessar as informações necessárias e as novas tecnologias;

3. A exclusão digital é danosa à sociedade por perpetuar a situação de exclusão social, e por impedir o desenvolvimento pessoal dos digitalmente excluídos;

4. Sendo a inclusão digital mais e mais necessária à inclusão no mercado de trabalho, a situação de exclusão torna ineficaz o direito constitucional à educação;

5. Assim sendo, são cada vez mais necessárias políticas públicas para minorar essa situação de grave injustiça social;

6. Nessas políticas públicas, podem ser usados, se disponíveis, bens licenciados em regime de *Copyleft*;

7. O *Copyleft* consiste no uso das prerrogativas inerentes à autoria para garantir aos interessados amplo acesso a determinada obra, inclusive podendo copiá-la ou redistribuí-la;

8. Os *softwares livres*, assim entendidos como os adequados à definição da Free Software Foundation, são licenciados em regime de *copyleft* e podem ser usados em políticas públicas de inclusão digital.

9. O uso de obras licenciadas em *Copyleft* nessas políticas é bastante positivo, por permitir uma redução substancial dos custos envolvidos, independência na execução dessas políticas em relação aos fornecedores de bens e serviços envolvidos, e o acúmulo irrestrito de conhecimento e informação por parte das populações destinatárias dessas políticas.

10. Sendo o *Copyleft* um modelo de licenciamento em franca ascensão, não pode continuar ignorado pelos estudiosos do Direito Autoral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANTES, Antônio Carlos de Souza. Desmistificando as Patentes de Software. **Revista da ABPI**, nº 73 – nov/dez 2004, p.9-23.

AFONSO, Carlos A. **Internet no Brasil**: o acesso para todos é possível? Disponível na Internet via http em <<http://www.idrc.ca/uploads/user-S/10245206800panlacafoant.pdf>> Último Acesso em: 30.05.2008.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2. ed., ref. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. **Direito da Internet e da sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002, p. 71.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**: a era da informação: economia, sociedade e cultura. Trad. Roneide Venancio Majer, 6. ed. rev. e ampl., v. 1, São Paulo: Paz e Terra, 2002. p. 64-65.

FREE SOFTWARE FOUNDATION. **The free software definition**. Disponível na internet em <<http://www.fsf.org/licensing/essays/free-sw.html>>. Último acesso em 30.05.08.

_____. **What is Copyleft?**. Disponível na internet em <<http://www.gnu.org/copyleft/copyleft.html>>. Último acesso em 30.05.08.

INTERNATIONAL RESEARCH FOUNDATION FOR DEVELOPMENT. **Information Revolution, Digital Divide and Development Paradox**: A Global Framework for ICT Policy Formulation. Genebra, 2003. Disponível na internet em <http://www.itu.int/dms_pub/itu-s/md/03/wsispc3/c/S03-WSISPC3-C-0162%21%21PDF-E.pdf>. Último acesso em 06.05.2005.

MACADAR, Marie Anne. **Desmistificando a inclusão digital**. Disponível na Internet via http em <<http://integracao.fgvsp.br/ano5/20/opinioao.htm>> Acesso em: 15 ago. 2006.

MALISKA, Marcos Augusto. **O direito à educação e a constituição**. Porto Alegre: Sérgio

Antônio Fabris Editor, 2001.

MANSO, Eduardo Vieira. **A Informática e os Direitos Intelectuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

OPEN SOURCE INITIATIVE. **The Approved Licenses**. Disponível na internet em <http://www.opensource.org/licenses/> Acesso em 30.05.2008.

_____. **The open source definition**. v.1.9. Disponível na internet em <http://www.opensource.org/docs/definition.php>. Acesso em 30.05.2008.

ROCHA, Marisa Perrone Campos. A questão da cidadania na sociedade da informação. **Revista Ciência da Informação**. Brasília, v. 29, nº 1, p.40-45, jan/abr 2000. Disponível na internet em <http://www.ibict.br/cienciadainformacao/include/getdoc.php?id=602&article=300&mode=pdf>. Acesso em 06.05.2005.

SANTOS, Aldroaldo Quintela. **Inclusão digital e desenvolvimento local no Brasil**. Disponível na internet via http em [http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad0047817.p df](http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad0047817.pdf) . Acesso em 21.10.2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2.ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Roosevelt Lins. **Software livre no combate à exclusão digital**: por uma política voltada às bibliotecas públicas. Disponível na internet via http em <http://www.profinfo.ufma.br/roo/pesquisa/2.pdf>. Acesso em 10.07.2006.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu da (org.); CASSINO, João (org.) e outros. **Software Livre e inclusão digital**. São Paulo: Conrad Editora do Brasil, 2003.

STALLMANN, Richard M. **Free Software, Free Society**: Selected Essays of Richard M. Stallmann. [s.l.], Joshua Gray Editor, 2002. Disponível na internet para download via http em <http://www.gnu.org/philosophy/fsfs/rmsessays.pdf>. Último acesso em 30.05.2008.

STORY, Alan. **Intellectual Property and Computer Software**: A battle between competing use and access visions for countries of the south. Genebra: UNCTAD-ICTSD, 2004. Disponível na Internet em <http://www.iprsonline.org/unctadictsd/docs/CS_Story.pdf> Acesso em: 27 jul. 2006.

WACHOWICZ, Marcos. **A revolução da tecnologia da informação e a tutela jurídica do software**. 2004. Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2004

_____. **Propriedade Intelectual do Software & Revolução da Tecnologia da Informação**. Curitiba: Juruá, 2004.

_____. (coord.). et al. **Propriedade Intelectual & Internet**. Curitiba: Juruá, 2002.

WHEELER, David A. **Why Open Source Software / Free Software?** Disponível na internet via http em <http://www.dwheeler.com/oss_fs_why.html>. Último acesso em 30.05.2008.

FUNÇÃO SOCIAL DAS PROPRIEDADES CIENTÍFICAS ADVINDAS DE ESTUDOS REALIZADOS EM UNIDADES DE CONSERVAÇÃO COMO FERRAMENTA DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTADO AMAZÔNICO.

Felipe Melo Rezende³⁴⁹

SUMÁRIO 1.0 Introdução. 2.0. Áreas protegidas e unidades de conservação. 3.0. Posse do imaterial. 4.0. Função social da propriedade. 5.0. Conclusão. 6.0. Bibliografia.

RESUMO: O presente artigo tenciona apontar um mecanismo de sustentabilidade amazônica, baseado na função social da propriedade autoral proveniente de Unidades de Conservação. Para tanto, se divide em cinco breves tópicos direta e indiretamente relacionados ao tema. A introdução do artigo descreve a problemática, indicando a necessidade de se ampliar a discussão em tema tão relevante. O primeiro tópico é relativo às Unidades de Conservação seu conceito e sua importância em um contexto local e mundial. O segundo tópico é o relativo à problemática da posse do intangível; tema mais sensível à obra, posto que, se trata de discussão filosófica extensa, em que existem poucos consensos. Porém, esse tópico é necessário à continuidade do estudo da função social do bem imaterial. Além destes, o artigo perpassa pela concepção atual do instituto da função social da propriedade e sua interpretação como princípio constitucional econômico. As Unidades de Conservação são espécies de Áreas Protegidas, criadas pelo poder público e eventualmente pelos particulares, extremamente importantes na dinâmica social amazônica na medida que seu uso e acesso restritos são restritos de forma compatível com os atributos que justificam sua criação. No entanto, essas restrições devem trazer benefícios para o entorno como forma de diminuir a pressão antrópica sobre as áreas. Nesse sentido, as propriedades autorais provenientes de estudos realizados em seu interior podem se constituir em uma importante ferramenta para a preservação ambiental e para a sustentabilidade, não somente das áreas como do entorno, desde que condicionadas ao atendimento de sua função social. Seja ela uma função social negativa (repassa dos dados e

³⁴⁹ Mestre em Direito Econômico e Social pela PUC-PR. Professor de Direito Ambiental da UFRR. Professor de Direito das Coisas das FAA-RR. Analista Ambiental do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade.

explicação da pesquisa para a comunidade científica e para as comunidades vizinhas), seja uma propositiva (repartição de benefícios da pesquisa). Obviamente, esse breve artigo não tem o condão de esgotar a matéria ou sedimentar o assunto, mas tão somente apontar uma outra forma de função social da propriedade relacionada a uma singular propriedade imaterial, que reforçada pela importância ecológica da Amazônia deve ter seu posicionamento revisto.

PALAVRAS CHAVES: Função social do direito autoral; Unidade de Conservação, Posse do Imaterial; desenvolvimento sustentado.

ABSTRACT/ou RESUMEN/ ou RÉSUMÉ/ ETC. The intention of this article is indicate a sustainable tool for Amazon, based on the authoral propriety social function from the scientific studies in the Protected Areas. To do so, it is divided in five short topics directly and indirectly related to the theme. The introduction describes the problem, indicating the need to expand the discussion on a so relevant theme. The first topic is related to the Protected Areas, its concept and importance locally and in the world. The second topic is the most sensible matter described in the article and is related to the possession of the intangible. This occurs because this subject is very extensible and controversial. But, his study is most relevant for the adoption of the central theory of the article. Besides those topics the work describes, superficially, the modern conception of the social function of the propriety. The Conservation Units are species of the gender Protected Areas (this is a Brazilian division), created by the governments and eventually by a particular, extremely important in the Amazon social dynamics because their use and access is restricted compatible with the attributes that justifies his creations. However, the scientific research is always allowed. So, this researches should become a tool to the sustainable development of Conservation unit and the neighbor communities, transforming them in preservation partners. The way to do so is discussing the importance of the constitutional institute of the propriety social function, especially related to the authoral propriety in this areas.

KEYWORDS: Autoral Propriety Social Function; Conservation Units; Protected Areas; Sustainable development; immaterial property.

1.0 INTRODUÇÃO.

Atualmente, segundo o Instituto Sócio-Ambiental (ISA), a Amazônia Legal Brasileira possui 19,97% de sua área protegida por meio de Unidades de Conservação³⁵⁰. Esse significativo percentual demonstra a clara importância de uma análise aprofundada de mecanismos efetivos de gestão dessas áreas, através dos quais a almejada sustentabilidade da própria Amazônia Legal seja atingida.

Unidade de Conservação é uma espécie do gênero Áreas Protegidas, criada pelo poder público (federal, estadual ou municipal) ou pelos particulares (no caso das Reversas Particulares do Patrimônio Natural) em conformidade com o disposto no inciso III, do parágrafo 1º, do artigo 225³⁵¹ da Constituição Federal. Esses espaços territoriais são instituídos em função da existência de atributos específicos que justifiquem a sua criação, em consonância com o que dispõe a Lei 9.985 de 2001³⁵². Da mesma forma, esses atributos são determinantes no estabelecimento dos usos permitidos dentro dessas áreas.

Dentre esses usos permitidos pela Lei Federal as pesquisas científicas ganham destaque em todas as modalidades de Unidades de Conservação. Apesar disso, a realização de pesquisas científicas em Unidades de Conservação tem gerado enorme polêmica, especialmente na região amazônica, alimentada pela preocupação com a sua internacionalização e de seus bens genéticos e pela injusta repartição de seus benefícios.

Essa situação gera um confronto entre as partes envolvidas no processo: de um lado os pesquisadores pretendendo acesso e facilidades para a realização de pesquisas dentro de Unidades de Conservação; de outro lado as comunidades vizinhas e o poder político regional descrentes da importância das Unidades de conservação em seu desenvolvimento e desconfiados da existência de um poder maior a gerir a preocupação ambiental global. No meio desse confronto, se situam os próprios órgãos responsáveis pela gestão dessas áreas, que conhecem dos benefícios das pesquisas científicas, porém dificilmente conseguem reverter esses em benefícios para as unidades e para as comunidades.

³⁵⁰ <http://www.socioambiental.org/uc/>

³⁵¹ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

³⁵² Lei 9985/ 2000: Regulamenta o art. 225, § 1o, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências.

Atualmente a legislação que regula a matéria em âmbito federal é a Instrução Normativa nº 154/ 07. Ela cria o Sistema de Autorização em Biodiversidade (SISBIO), responsável, dentre outras coisas, por gerir as autorizações para a pesquisa científica em Unidades de Conservação. Porém, a IN em nenhum momento estabelece condicionantes para esse acesso, deixando ao critério do gestor da área. Assim, não existe qualquer obrigatoriedade da pesquisa repassar alguns benefícios para a área utilizada como estudo ou para a sociedade.

Tal concepção é bem diferente da preconizada pela Convenção sobre a Diversidade Biológica, que adota uma postura mais condizente com a realidade dos países em desenvolvimento, colocando, em seus artigos, a necessidade de repasse de tecnologia, facilidade de acesso aos bancos de dados, dentre outras condicionantes.

Apesar da possibilidade de se pressupor que a pesquisa científica sempre tem uma finalidade social na medida que auxilia o avanço da ciência, é sabido que nem sempre é isso que ocorre. Afinal, diversas pesquisas realizadas em âmbito de Unidades de Conservação não proporcionam sequer o mínimo, pois não repassam os dados coletados e não transferem tecnologia ao país provedor de recursos genéticos. Além disso, com o advento da biotecnologia, a pesquisa pode vir a gerar produtos economicamente mensuráveis, como artigos, obras e até patentes que, por sua vez, não deixam nenhum lastro para as necessidades áreas amazônicas utilizadas como subsídio para o estudo.

Em outro vértice, a Constituição Federal ampara, através de princípios, os interesses públicos nestes casos, mormente sob a égide do princípio da função social da propriedade imaterial, para o caso, das propriedades autorais.

Nesse contexto, pretende o artigo analisar os interesses envolvidos na questão e os princípios aplicáveis. Ou seja, compatibilizar os interesses dos pesquisadores em ter acesso aos recursos genéticos e das áreas estudadas localizadas nos países em desenvolvimento, valendo-se da Convenção de Diversidade Biológica e do princípio da função social da propriedade, alocando o equilíbrio dinâmico necessário entre a soberania ambiental e a cooperação internacional.

2.0. ÁREAS PROTEGIDAS E UNIDADES DE CONSERVAÇÃO.

Preconiza o artigo 225 da constituição Federal, no inciso III, do parágrafo 1º, como forma de buscar a efetividade do direito ecologicamente equilibrado, a incumbência do

poder público de definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos.

A análise do tema deve ter início na sua adequação, posto que as terminologias correlatas geram dúvidas com relação à sua amplitude. Áreas Especialmente Protegidas não compreendem somente as Unidades de Conservação, idéia por vezes difundida como forma a facilitar a aplicabilidade do instituto, em consonância com a terminologia de outros países:.

Também foi problemática perante a doutrina jurídica a situação da definição de Unidades de Conservação. A maior parte dos autores que tratam do assunto costuma passar à margem tanto das definições de Espaços Territoriais Especialmente Protegidos como as Unidades de Conservação, às vezes dando a entender que são sinônimos ou que as últimas incluem-se entre os primeiros, mas sempre tratando o tema de passagem, sem aprofundar a questão.³⁵³

Para Milaré, encerram o conceito de Espaços Especialmente Protegidos as Áreas de Proteção Especial, as Áreas de Preservação Permanente, as Reservas Legais e as Unidades de Conservação³⁵⁴. Para José Afonso da Silva, por sua vez, Áreas Especialmente Protegidas é “um conceito dinâmico e que comporta mudanças de toda a ordem”, esclarecendo para tanto que áreas protegidas são:

(...)áreas geográficas públicas ou privadas (porção de território nacional) dotadas de atributos ambientais que requeiram sua sujeição, pela lei, a um regime jurídico de interesse público que implique sua relativa imodificabilidade e sua utilização sustentada, tendo em vista a proteção da integridade de amostras de toda a diversidade de ecossistemas, a proteção ao processo evolutivos das espécies, a preservação e proteção dos recursos naturais.”³⁵⁵

Isso denota a complexidade que o tema do presente trabalho possui, haja vista que o próprio conceito de Áreas Protegidas não é unânime. Para fins de continuidade do presente texto, necessário aclarar que a adoção da concepção de Unidades de Conservação como

³⁵³ RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Sistema Nacional de Unidades de Conservação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Pág. 28.

³⁵⁴ MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004 Pag. 315.

³⁵⁵ SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.Pag. 230

espécies do gênero Áreas Protegidas (Edis Milaré) nos parece mais acertada, tendo sido a adotada neste trabalho.

Por sua vez, as Unidades de Conservação, segundo o direito nacional, podem ser divididas em dois vértices distintos: as Unidades de Conservação de Proteção integral; e as Unidades de Conservação de Uso Sustentado. Cada um desses dois gêneros comporta diferentes espécies. As de proteção integral, também denominadas de Uso Indireto, são as Estações Ecológicas, as Reservas Biológicas, os Parques Nacionais, os Monumentos Naturais e o Refúgio de Vida Silvestre. Já as Unidades de Uso Sustentável, também chamadas de Uso Direto, podem ser divididas em Áreas de Proteção Ambiental, Área de Relevante Interesse Ecológico, Florestas Nacionais, as Reservas Extrativistas, as Reservas de Fauna, as Reservas de Desenvolvimento Sustentável e as Reservas Particulares de Patrimônio Natural.

Destaca-se que cada uma dessas modalidades de Unidades de Conservação possui diferenças com relação aos atributos que justificam a sua proteção, ao trato dado à posse e à propriedade e à possibilidade de exploração econômica, porém, todas as modalidades permitem e muitas têm como premissa o incentivo à realização de pesquisas científicas dentro de seu território, conforme dispõe a Lei 9985/ 01 (SNUC).

Aqui, impende destacar que não somente as unidades de uso sustentado devem almejar uma sustentabilidade, haja vista que a pressão antrópica sobre determinada área preservada somente diminui a partir do momento que a coletividade passa a enxergá-la como mecanismo de desenvolvimento local. Essa visão é necessária à continuidade do estudo e ao alcance dos objetivos requeridos às áreas nacionais consideradas como Unidades de Conservação. Nesse sentido, se analisarmos que o único uso que é permitido em todas as modalidades é a pesquisa científica é mais que necessário que esse seja utilizado em busca dessa sustentabilidade (seja ela da própria Unidade ou de seu entorno).

Ocorre que essas pesquisas científicas, por vezes, não repassam de forma condizente os benefícios advindos das mesmas, gerando ganhos somente para os pesquisadores ou para as organizações que financiaram as pesquisas. A questão correlata relativa às interferências externas na gestão das áreas já foi objeto de abordagem:

Pergunta-se: o Estado, a quem originariamente compete essa função que está sendo terceirizada, deixa de executá-la por enfraquecimento decorrente da política neoliberal e o reconhecimento de sua incapacidade ou seria efetivamente a propalada participação social, necessária em face da complexidade das questões

que estão surgindo na esfera ambiental como uma nova forma de exercício de cidadania.³⁵⁶

Da mesma forma, dificilmente essas pesquisas realizam qualquer tipo de transferência de tecnologia ou sequer facilitam o acesso aos dados coletados, ocorrendo assim uma afronta ao princípio da cooperação internacional. Outrossim, em situações extremas, essas pesquisas são usadas como forma de realizar atividades ilícitas, porém altamente rentáveis, como exemplo, a biopirataria. “É preciso que os órgãos administradores das Unidades de Conservação estejam muito atentos para que as atividades de biopirataria não sejam realizadas sob a máscara de honestas pesquisas científicas”.

A legislação que atualmente disciplina as pesquisas científicas em Unidades de Conservação, com as suas respectivas licenças, é a Instrução Normativa 154/ 07 do Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). Porém, essa não cria condicionantes ou mecanismos de transferência de benefícios, deixando isso somente ao encargo do gestor da área. Essa IN pode ser considerada de teor ameno quando da análise da Convenção sobre Diversidade Biológica, da qual o Brasil é signatário.

Afinal, A CDB ratificada pelo Brasil por ocasião da reunião Rio 92, em vários artigos discrimina a necessidade do acesso aos dados, da transferência de tecnologia e utilização sustentável dos países em desenvolvimento, provedores de recursos genéticos. Outrossim, reforça a cooperação entre os países.

Além disto, o fruto da pesquisa científica, seja ele uma patente ou uma criação autoral, é suscetível de proteção através do regime de propriedade intelectual. Assim discorre Denis Borges Barbosa sobre o conceito de propriedade intelectual:

A convenção da OMPI define como propriedade intelectual, a soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, às invenções em todos os domínios da atividade humana, das descobertas científicas aos desenhos e modelos industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção

³⁵⁶ WEIDMANN, Sonia Maria Pereira. O Controle Estatal das Parcerias em Unidades de Conservação in MILANO, Miguel Serediuk (organização). Unidades de Conservação: Atualidades e Tendências. São José dos Pinhais, PR: Editora Fundação o Boticário, 2002.

contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico e artístico.³⁵⁷

De uma análise perfunctória, isso geraria um condicionamento ao regime da função social, pois se trata, como a própria nomenclatura induz, de propriedade privada.

Apesar disso, o condicionamento das propriedades intelectuais (imateriais) ao regime jurídico das propriedades *latu sensu*, não é tão unânime como aparente, posto que necessariamente passa pelo estudo da posse as coisas imateriais.

3.0. POSSE DO IMATERIAL.

Esse ponto também está sujeito a enormes controvérsias e dissídios, constituindo-se tópico preliminar à análise da questão central.

Isto, pois a posse, para o direito pátrio, é a visibilidade de domínio, que por sua vez é à base do estudo dos direitos reais. Assim, O nosso ordenamento civil ressalta em seu artigo 1196: “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”, Essa orientação advém da teoria hoje mais aceita sobre a posse, proposta por Rudolf Von Ihering.³⁵⁸

Porém, os direitos de autor, por serem imateriais, para grande parte da doutrina, não podem ser considerados direito reais, portanto não estariam sujeitos à posse.

José de Oliveira Ascensão, em notória obra sobre os direitos autorais, não queda silente à problemática, ressaltando que “as posições dominantes são contrárias à admissibilidade duma posse do direito de autor”.³⁵⁹, opinando inclusive que “a obra não é susceptível de posse. Como veremos, os meios de tutela desta dispensam o recurso aos meios processuais”³⁶⁰, reafirmando que os mecanismos processuais de defesa dos direitos de autor, por vezes, são mais eficazes dos relativos à tutela possessória. No mesmo sentido: “os direitos autorais, ao contrário, encontram sempre nos remédios possessórios um instrumento extremamente eficaz para a sua proteção”.³⁶¹

³⁵⁷ BARBOSA, Denis Borges. Uma introdução à propriedade intelectual. 2.º edição. Rio de Janeiro, RJ: Editora Lúmen Júris, 2003. PÁG. 01

³⁵⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. 2.º edição. Rio de Janeiro, RJ: Editora Renovar, 1997. P.126.

³⁵⁹ IHERING, Rudolf Von. Teoria Simplificada da Posse. Bauru, SP: Edipro, 1998.

³⁶⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. 2.º edição. Rio de Janeiro, RJ: Editora Renovar, 1997. P.128

³⁶¹ BAUAD, José D'Amico. A posse dos Direitos Pessoais. In: BITTAR, Carlos Alberto (Org.). A Propriedade e os Direitos Reais na Constituição de 1988. p. 131.

Porém, a posse do imaterial não diz respeito somente a esse aspecto processual, haja vista, que se torna necessário o aceite de uma posse do imaterial para a posterior vinculação ao instituto da função social.

Denominar ou não “propriedade” o direito de autor não significa somente atribuir-lhe uma designação que valha para distingui-lo de outros direitos, mas tem o sentido de conferir este instituto, antes de mais nada, à grande categoria dos direitos patrimoniais – de maneira particular, à subclasse de tal categoria que tem o nome de direitos patrimoniais – e mais particularmente ainda, importa a sua assimilação ao principal instituto jurídico da classe dos direitos reais, o domínio ou propriedade: instituto que tem uma sua especial justificação moral, econômica e social, um próprio princípio informador que determina as suas finalidades e tendências e que, elaborado por séculos de doutrina e de prática judiciária, traz consigo um acervo enorme de regras, princípios, noções, definições e institutos jurídicos derivados”.³⁶²

Oportuno destacar a importância que os direitos autorais têm na atualidade, dada a dinamicidade das relações pessoais e de fluxo de informação impostas pela sociedade que lhe empresta o nome (sociedade da informação).

Essa problemática atualmente comporta diversas soluções, inclusive por conta desta destacada importância e da necessidade de vinculação com alguns institutos de direitos reais, de posse e de propriedade na busca de uma tutela mais justa e solidária dos direitos autorais.

Entre as soluções propostas por renomados autores temos: admitir que as propriedades imateriais são direitos reais, conforme opinião de Antônio Chaves que assevera: “teriam sido irreprimível irrupção da pessoa no Direito e a necessidade de incluir no direito de autor determinadas prerrogativas morais evidentes a incitarem os juristas que renunciaram à noção de propriedade, a imaginar cisões do direito que não se apegam à realidade³⁶³”. Na mesma esteira segue Lafayette Rodrigues que em nota do atualizador coloca que “a coisa incorpórea pode ser objeto de direito real, como se dá com os direitos autorais, sobre os quais se exerce direito de propriedade”.³⁶⁴

³⁶² CASSELI, Piola. Apud CHAVES, Antônio. Criador da Obra Intelectual. p. 16.

³⁶³ CHAVES, Antônio. Criador da Obra Intelectual. São Paulo, SP: Editora Ltr, 1995. p. 18.

³⁶⁴ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Direito das Coisas, vol I. 1ª ed. Campinas: Russel, 2003. P. 25.

Outra possibilidade é a colocação que a posse se estende aos direitos pessoais de cunho patrimonial, conforme lavra de Orlando Gomes:

Nenhuma dúvida séria pode ser levantada quanto à admissibilidade da posse dos direitos pessoais de cunho patrimonial. Em relação aos outros, embora sustentada a possibilidade, não é possível aceitá-la senão no suposto de que a posse se confunde com o exercício de todo e qualquer direito³⁶⁵

Ou até que a posse se estende aos direitos pessoais em sentido amplo, conforme assevera Rui Barbosa em sua obra “A Posse dos Direitos Pessoais”, que em claro descontentamento, afirma:

Como qualificar, pois, o fenômeno singular da retrocessão dos juristas brasileiros ao romanismo justinianeu, sem um fato legislativo, ou uma modificação na corrente da jurisprudência, que explique o capricho desse arcaísmo anticientífico e iliberal? Como compreender, a não ser por um completo eclipse da crítica, essa tenacidade na fé savigniana, inconciliável com a evolução do nosso direito e a realidade viva da nossa praxe.³⁶⁶

Por fim, destaca-se que obras recentes passaram a admitir francamente a função social dos direitos autorais, mesmo que sem análise detida desse ponto exposto (Guilherme Carboni³⁶⁷ e Eduardo Salles Pimenta e Eduardo Salles Pimenta Filho³⁶⁸), em consonância com lição de Pontes de Miranda que relativiza a importância da discussão:

Propriedade do incorpóreo. Costuma-se dizer que a atenção à propriedade intelectual é a “representação” que só pertence à linguagem vulgar, constituindo excessiva generalização do conceito de propriedade (e.g. Martin Wolff, Lehrbuch, III, parágrafo 51, VI, 1). Mas tal atitude crítica só é de admitir-se onde o legislador mesmo não adotou, assumindo posição no campo da controvérsias doutrinárias, o conceito abrangente. Ora, o Código Civil brasileiro

³⁶⁵ GOMES, Orlando. Direitos Reais, 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.P. 46.

³⁶⁶ BARBOSA, Rui. A Posse dos Direitos Pessoais. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 1986. P. 43.

³⁶⁷ CARBONI, Guilherme. Função Social do Direito de Autor. Curitiba, PR: Juruá, 2006.

³⁶⁸ PIMENTA, Eduardo Salles e PIMENTA, Eduardo Salles Pimenta Jr. A limitação dos direitos autorais e sua função social. In PIMENTA, Eduardo Salles (org). Direitos Autorais: estudos em homenagem à Otávio Afonso dos Santos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

nos artigos 649-673, a Lei nº 5.988 de 14 de dezembro de 1973, e a Lei (.610, de 19 de fevereiro de 1998, assumiram-na, claramente, com todas as conseqüências da dilatação do conceito. A propriedade literária, científica e artística é direito real; há o domínio da coisa incorpórea, como o há de coisas incorpóreas.”³⁶⁹

Sendo assim, o assunto chama a reflexão, que deve ser feita na necessidade de aceite da posse das coisas imateriais, pois somente assim se tem um importante mecanismo na formulação de uma teoria para as propriedades intangíveis serem não somente voltadas para a ordem econômica, mas também para a ordem social, englobando diversas outras espécies.

4.0. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.

Outrossim, na formulação do atual conceito de função social, é importante destacar que ela, conforme positivado em nossos diplomas legais, é um caractere inerente ao próprio conceito de propriedade, lhe sendo afeta, e possuindo uma dupla função: a negativa, voltada para as restrições de usar, fruir e até dispor, normalmente vindo dispostas em lei; e a positiva, que é diretamente proporcional à importância que determinada coisa (material ou imaterial) tem, possuindo assim características propositivas. Assim, sub-existem duas funções sociais para cada propriedade, ambas se unindo em um todo orgânico, com supremacia de um ou de outro caráter em determinado agrupamento humano e em determinado momento histórico.

A propriedade deixou de ser o direito subjetivo do indivíduo e tende a se tornar a função social do detentor da riqueza mobiliária e imobiliária; a propriedade implica para todo detentor de uma riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para interdependência social. Só o proprietário pode executar uma certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria; a propriedade não é, de modo algum, um direito inatingível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que se deve modelar sobre as necessidades sociais às quais deve responder.³⁷⁰

³⁶⁹ MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado XVI. Campinas, SP: Bookseller, 2002. p. 64.

³⁷⁰ GOMES, Orlando. “A função social da propriedade”. Apud. LEONETTI, Carlos Araújo. Função social da propriedade mito ou realidade?. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Ano 1- nº 3. Curitiba; Juruá. 1999. p. 58.

Reafirmando esse aspecto, a função social da propriedade está positivada em dois momentos distintos em nossa Constituição Federal: como direito e garantia individual, inserido no inciso XXII e XXIII, do Artigo 5º³⁷¹; e como princípio fomentador da atividade econômica³⁷².

³⁷¹ 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:
XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

³⁷² Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
III - função social da propriedade;
Para referência bibliográfica correlata, vide anexo 8.2.

Todo esse conjunto de princípios, portanto, há de ser ponderado, na sua globalidade, se pretendemos discernir, no texto constitucional, a definição de um sistema e de um modelo econômico. A constituição não é um mero agregado de normas; e nem se a pode interpretar em tiras, aos pedaços.³⁷³

Para correto entendimento da matéria, outro importante estudo é o da análise dos princípios e sua interpretação³⁷⁴, dentro da legislação nacional, posto que reforça a aplicabilidade dos princípios para o caso tema de estudo.

Os princípios constitucionais da ordem econômica são regras incorporadas ao texto constitucional. Eles não são, portanto meras idéias filosóficas ou princípios meramente éticos, e sim princípios que se acham consubstanciados no direito positivo de um povo em determinado momento histórico.³⁷⁵

Afinal, grande parte dos doutrinadores que abordam o tema colocam a função social da propriedade de forma aproximadamente semelhante, ou seja, como influenciador não só de toda e qualquer atividade do poder executivo, legislativo e judiciário, mas também como base da vida dos particulares e sua relação com as propriedades que lhes são afetas.

(...) nos princípios constitucionais impositivos subsumem-se todos os princípios que impõem aos órgãos do estado, sobretudo ao legislador, a realização dos fins e a execução de tarefas. São, portanto, princípios dinâmicos, prospectivamente orientados.³⁷⁶

Desta forma, a propriedade deixa de ser somente um direito do proprietário, mas passa a ser um dever enquanto proprietário. Um dever não exercê-lo de forma a prejudicar os outros e ainda, um dever de exercê-lo em prol do bem coletivo. Segundo José Afonso da Silva, “ele (o princípio da função social da propriedade) ultrapassa o simples sentido de

³⁷³ GRAU, Eros Roberto; A ordem econômica na Constituição de 1988; 6º ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2001; p. 230.

³⁷⁴ Como exemplo dessa interpretação cita-se os “princípios programáticos” descritos por José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003) e os “princípios políticos constitucionalmente conformadores” elencados por Canotilho (idem).

³⁷⁵ MARTINS, Américo Luís. A Ordem Constitucional Econômica. Rio de Janeiro, RJ: Editora Lumen Juris, 1996. p. 33.

³⁷⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. p. 1130

elemento conformador de uma nova concepção de propriedade como manifestação de direito individual, que ela, pelo visto, já não o é apenas, porque interfere com a chamada propriedade empresarial”.³⁷⁷

E toda vez que isso ocorreu, houve transformação na estrutura interna do conceito de propriedade, surgindo nova concepção sobre ela, de tal sorte que, ao estabelecer expressamente que a propriedade atenderá sua função social, mas especialmente quando o reputou princípio da ordem econômica (art. 170, II e III), a Constituição não estava simplesmente preordenando fundamentos e limitações, obrigações e ônus relativamente à propriedade privada, mas adotando um princípio de transformação da propriedade capitalista, sem socializá-la, um princípio que condiciona a propriedade como um todo, não apenas seu exercício, possibilitando ao legislador entender com os modos de aquisição em geral ou com certos tipos de propriedade, com seu uso, gozo e disposição.³⁷⁸;

Isso engloba, por conseguinte, o interesse ambiental e econômico, sejam eles considerados como uma espécie do gênero função social³⁷⁹, sejam eles analisados em apartado, como uma função sócio-ambiental da propriedade. Sendo essa concepção inclusive, adotada por alguns autores do direito, como um princípio do direito ambiental³⁸⁰.

³⁷⁷ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19º ed. São Paulo, SP: Ed. Malheiros, 2001. Pág. 272, 273.

³⁷⁸ SILVA, José Afonso da. Direito Urbanístico Brasileiro. 2ª ed. Malheiros.1995. 65 e 66.

³⁷⁹ Assim é opinião esposada por Mirian Fontenelle, em texto publicado na revista Arché. FONTENELLE, Mirian. Função Ambiental da Propriedade. in revista Arché, interdisciplinar. Desenvolvimento Sustentável. Universidade Candido Mendes. Ipanema. p. 103

³⁸⁰ Nesse sentido, renomados autores colocam esse aspecto: ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004; MACHADO, Paulo Afonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005; FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

5.0. CONCLUSÃO.

Assim, dada a importância que as Unidades de Conservação têm um contexto amazônico as pesquisas científicas devem estar diretamente relacionadas com a sua função social que possui uma conotação diferenciada, direcionada às aspirações da sociedade local e à sustentabilidade da área.

A concepção da função social da propriedade pode ser averiguada quando da análise da legislação de vários países da Amazônia Ocidental, signatários do Tratado de Cooperação Amazônica³⁸¹, que infelizmente permaneceu omissa com relação à propriedade.

As ditas restrições, sob uma lógica socioambiental, poderiam servir de mote para o estabelecimento” prático e efetivo do desenvolvimento sustentável proposto no Tratado de Cooperação Amazônica, pois não há que se falar – *verbi gratia* – em equilíbrio ecológico da região sem uma política fundiária responsável e alinhada com a preservação do meio ambiente amazônico.

E o início de qualquer processo neste sentido haverá de passar obrigatoriamente pela imposição de limites – mínimos que sejam – ao direito de propriedade na sua ampla acepção, impingidos não somente à terra como também aos bens de valores artísticos, paisagísticos e culturais.

Notadamente a essa função socioambiental, ficou silente o Pacto Amazônico, deixando aberta mais uma fenda que atenta contra a sua própria efetividade. Nasce com este desfecho nova proposta de revisão aos termos iniciais do Tratado de Cooperação Amazônica.³⁸²

A importância da colocação desse instituto dentro do contexto amazônico, em seus diversos países que o compõem, ressalta a necessidade da elaboração de uma política comum de sustentabilidade baseada na função social negativa e positiva das pesquisas científicas provenientes das Unidades de conservação.

³⁸¹ Como exemplo veja-se artigos de Constituições de alguns países da Amazônia Ocidental:

- Constitución Política del Estado de 1967 – Bolívia, Art. 7 e 9.
- Constitución Política de la República de Colômbia de 1991, ARTICULO 58.
- Constitución Política de la República de Ecuador, 1984 Art. 48.
- Constitución del Peru, Artículo 70.

³⁸² SILVEIRA, Edson Damas da. Direito Socioambiental – Tratado de Cooperação Amazônica. Curitiba: Juruá, 2005. Págs. 139 e 140.

Da mesma forma, outros princípios de direito ambiental também possuem correlação com o tema, são eles a soberania ambiental e a cooperação internacional, que não devem ser enxergados como contraditórios, posto que devem estar em um equilíbrio dinâmico, ora com a prevalência de um sobre o outro.

Enquanto o primeiro afirma a facultades dos países que possuem os recursos os gerirem, a cooperação internacional reafirma a obrigatoriedade dos países desenvolvidos auxiliarem os em desenvolvimento na correta gestão de seus recursos, sempre tendo em vista a sustentabilidade e a redução da desigualdade (soberania ambiental)³⁸³.

Para tanto, essa sustentabilidade poderia ser alcançada de diversas formas como: através do repasse dos dados coletados (podendo ser utilizados economicamente pela unidade); transferência de tecnologia; pagamento de taxas, porcentagem de ganhos, capacitação de comunidades do entorno, ou qualquer outra forma dependendo do fim da pesquisa. Inclusive uma condicionante que, apesar de não gerar ganhos à unidade especificamente, seria interessante, é a sujeição dos direitos autorais ao regime de *copyleft* ou da licença da “creative commons”³⁸⁴ (o autor abre mão dos direitos patrimoniais de autor, persistindo os morais), pois isso facilitaria o acesso à pesquisa por toda a comunidade científica.

Esses mecanismos devem ser buscados pelos órgãos gestores das áreas e pelos próprios pesquisadores, conscientes das necessidades locais e dos benefícios que poderão advir de alguma pesquisa em específico.

Convêm lembrar que o interesse não é dificultar a realização de pesquisas científicas em unidades de Conservação e sim compatibilizar os interesses envolvidos, condicionado o acesso aos recursos genéticos ao atendimento à função social da propriedade. Buscando, nesse sentido, a sustentabilidade das áreas e da região, diminuindo a pressão antrópica, auxiliando novas pesquisas pelo aumento do acesso aos dados já coletados em determinada unidade, possibilitando a transferência de tecnologia para os países em desenvolvimento, afastando, por fim, o medo da internacionalização da Amazônia através do reforço à soberania ambiental e a cooperação internacional.

³⁸³ Ambos princípios estão elencados em diversos diplomas, como: § 4º, do artigo 225 da Constituição Federal, Princípio 17 da Conferencia de Estocolmo e Princípio 2º da Eco 92 (soberania ambiental); e Princípio 11 da Conferencia de estocolmo (Princípio da Cooperação Internacional).

³⁸⁴ www.creativecommons.org.br

6.0. BIBLIOGRAFIA.

- ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004;
- ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Autoral. 2.º edição. Rio de Janeiro, RJ: Editora Renovar, 1997.
- BARBOSA, Denis Borges. Uma introdução à propriedade intelectual. 2.º edição. Rio de Janeiro, RJ: Editora Lúmen Júris, 2003.
- BARBOSA, Rui. A Posse dos Direitos Pessoais. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 1986. P. 43.
- BAUAD, José D'Amico. A posse dos Direitos Pessoais. In: BITTAR, Carlos Alberto (Org.). A Propriedade e os Direitos Reais na Constituição de 1988.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição.
- CARBONI, Guilherme. Função Social do Direito de Autor. Curitiba, PR: Juruá, 2006.
- CHAVES, Antônio. Criador da Obra Intelectual. São Paulo, SP: Editora Ltr, 1995.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- FONTENELLE, Mirian. Função Ambiental da Propriedade. Texto extraído da revista Arché, interdisciplinar. Desenvolvimento Sustentável. Universidade Candido Mendes. Ipanema.
- GRAU, Eros Roberto; A ordem econômica na Constituição de 1988; 6º ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2001;
- GOMES, Orlando. Direitos Reais, 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

- GOMES, Orlando. “A função social da propriedade”. Apud. LEONETTI, Carlos Araújo. Função social da propriedade mito ou realidade?. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Ano 1- nº 3. Curitiba; Juruá. 1999
- IHERING, Rudolf Von. Teoria Simplificada da Posse. Bauru, SP: Edipro, 1998.
- LEONETTI, Carlos Araújo. Função social da propriedade mito ou realidade?. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Ano 1- nº 3. Curitiba; Juruá. 1999.
- MACHADO, Paulo Afonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005;
- MARTINS, Américo Luís. A Ordem Constitucional Econômica. Rio de Janeiro, rj: Editora Lumen Juris, 1996.
- MILARÉ, Edis. Direito do Ambiente, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004
- MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado XVI. Campinas, SP: Bookseller, 2002.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Direito das Coisas, vol I. 1ª ed. Campinas: Russel, 2003.
- PIMENTA, Eduardo Salles e PIMENTA, Eduardo Salles Pimenta Jr. A limitação dos direitos autorais e sua função social. In PIMENTA, Eduardo Salles (org). Direitos Autorais: estudos em homenagem à Otávio Afonso dos Santos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Sistema Nacional de Unidades de Conservação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

- SILVA, José Afonso da. Direito Urbanístico Brasileiro. 2ª ed. Malheiros.1995.
- SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19º ed. São Paulo, SP: Ed. Malheiros, 2001.
- SILVEIRA, Edson Damas da. Direito Socioambiental – Tratado de Cooperação Amazônica. Curitiba: Juruá, 2005.
- WEIDMANN, Sonia Maria Pereira. O Controle Estatal das Parcerias em Unidades de Conservação *in* MILANO, Miguel Serediuk (organização). Unidades de Conservação: Atualidades e Tendências. São José dos Pinhais, PR: Editora Fundação o Boticário, 2002.
- Constituição Federal de 1988
- Lei 9985/ 01
- Convenção Sobre Diversidade Biológica.
- Constitución Política del Estado de 1967 – Bolívia.
- Constitución Política de la República de Colômbia de 1991
- Constitución Política de la República de Ecuador, 1984
- Constitución del Peru

<http://www.socioambiental.org/uc/> - acessado em 19/ 05 08

www.creativecommons.org.br - acessado em 20/ 05/ 08

REFLEXOS DA REVOLUÇÃO CIBERNÉTICA PERANTE A COMUNIDADE ACADÊMICA: DA LEGITIMIDADE DE FONTES E DA PROPAGAÇÃO DO PLÁGIO

Maria Flávia Agner Grubba Moreira³⁸⁵

SUMÁRIO Introdução. 1. Breve histórico da internet . 2. Os reflexos da internet na comunidade acadêmica. 2.1 a credibilidade das informações obtidas no ciberespaço . 2.2 o plágio na pesquisa acadêmica. 2.2.1 dos direitos autorais. 2.2.2 das violações do direito autoral: o plágio e a contrafação . 2.2.3 a identificação do plágio acadêmico e a conseqüente punição do infrator. Considerações finais

RESUMO

O presente artigo sinaliza como mudança paradigmática da revolução provocada pelo advento da internet o incremento da pesquisa e da investigação no ambiente digital. Como seqüela da democratização da informação, suscita a questão da credibilidade das fontes encontradas em sítios virtuais, em especial pela frágil constatação da veracidade da autoria e das informações que sustentam a obra científica divulgada na rede. Sugere uma postura zelosa do investigador ao efeito de não comprometer o trabalho final desenvolvido. Também pontua como relevante alteração comportamental do investigador no que tange à propagação exponencial dos casos de plágio acadêmicos. Despidos de qualquer ética, muitos estudantes da graduação, pós-graduandos, mestrandos e até mesmos doutorandos utilizam indevidamente frases, parágrafos e até trabalhos integrais de autoria de terceiros para a obtenção de grau. Além de ofensa aos direitos de autor, o crescimento da fraude intelectual reflete uma geração de falsos pensadores que não podem ser cultivados no ambiente científico. Aponta como solução a ampliação das responsabilidades dos educadores, com a adoção da tolerância zero aos fraudadores.

³⁸⁵ Graduada em Bacharelado em Direito - Faculdades Integradas Curitiba. Especialista em Direito Público - UNIBRASIL. Pós-graduanda em Direito Processual - Unisul. Mestranda em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense. Bolsista CAPES.

PALAVRAS CHAVES: INTERNET; FONTES DE PESQUISA; DIREITO DE AUTOR; PLÁGIO.

RESUMEN

El actual artículo señala como cambio del paradigma de la revolución provocada por el advenimiento del Internet el incremento de la investigación en el ambiente digital. Como consecuencia de la democratización de la información, él excita la cuestión de la credibilidad de las fuentes encontradas en granjas pequeñas virtuales, en especial para el constatación frágil de la veracidad de la profesión de escritor y la información que apoyan la ejecución científica divulgada en la red. Sugiere una posición entusiasta del investigador al efecto para no comprometer el trabajo final. También señala como alteración manning excelente del investigador en a lo que se refiere a la propagación exponencial de los casos académicos del plagio. Desnudado del cualquier ética, muchos estudiantes de la graduación, después-graduandos, de maestrands y hasta de los mismos doutorandos utilizan incorrectamente las frases, párrafos y hasta trabajos integrales de otros escritores para el logro del grado. Más allá de ofensa al derecho del autor, el crecimiento del fraude intelectual refleja una generación de los pensadores falsos que no pueden ser cultivados en el ambiente científico. El magnificar de las responsabilidades de los educadores señala como solución, con la adopción de la tolerancia cero a la gente que confía barratry.

PALAVRAS-CLAVE: INTERNET; FUENTES DE LA INVESTIGACIÓN; DERECHO DE AUTOR; PLAGIO.

INTRODUÇÃO

Relatos históricos demonstram que o triunfo de revoluções promove a cisão da ordem jurídica vigente, acarretando desdobramentos no campo político, histórico e social, de forma a instaurar uma nova realidade paradigmática que edifica novos pilares nas instituições sociais.

Seja por um golpe ou por uma reforma, o processo revolucionário é concebido como a interrupção de um período cultural (concepção histórica) ou como uma mudança violenta das instituições políticas do Estado (concepção política) ou, ainda, como uma mudança profunda

nas estruturas da sociedade, alterando os sistemas de classes sociais (concepção sociológica)³⁸⁶.

Independente da concepção adotada, certo é que os reflexos axiológicos e comportamentais são inevitáveis como seqüelas desses períodos, rompendo a estrutura social anteriormente consolidada.

Além das revoluções armadas, notoriamente conhecidas, há também as revoluções silenciosas, erigidas em laboratórios ou escritórios em que o pesquisador busca a inovação ou o aprimoramento de técnicas científicas na luta incansável para solução das mazelas sociais.

Dentre essas revoluções, destaca-se a revolução tecnológica, mais precisamente, a revolução cibernética que, com um simples *teclar* em um computador, promove a quebra de barreiras geofísicas sem a utilização da força do homem. Basta, para invadir espaços, comandos informáticos que podem ser gerados de paz e ao mesmo tempo serem objeto para a prática dos mais diversos atos lícitos e ilícitos.³⁸⁷

Desde então, a internet “*vem se tornando a principal ferramenta de comunicação e proliferação de textos e imagens,*”³⁸⁸ democratizando o conhecimento a uma parcela significativa da população.

Todavia, a internet não pode ser entendida somente como uma fonte de benefícios inesgotáveis que traz ao homem facilidades e utilidades em seu trabalho, lazer ou atividades intelectuais.

Não é possível compreender que o espaço virtual esteja imune às diretrizes legais ou aos preceitos de eticidade e moralidade, ao argumento de que os atos praticados na internet são diferentes ou alheios à realidade³⁸⁹. A internet faz parte sim de nosso mundo e deve ser submetida a todas as regras e padrões de determinado agrupamento humano.

Sob o manto desta premissa de mutabilidade, o propósito do presente estudo é ponderar que dentre os reflexos comportamentais, que a contemporânea revolução da internet acarretou, foi a combatida realidade de “copiar” e “colar” textos, imagens, artigos e músicas sem fazer a missiva aos seus autores, maculando a ética e os direitos autorais.

³⁸⁶ DELGADO, A. P. T. **Transformações do Estado por Revolução, Reforma e Golpe**. 2008. Disponível em: <http://www.direitopositivo.com.br/modules.php?name=Artigos&file=display&jid=39> Acesso em: 14.05.08.

³⁸⁷ ALMEIDA FILHO, J. C. A. **Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico**. A informatização judicial. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 16.

³⁸⁸ AMARAL, S. M. M. D.; ROSSI, P. R. V. Direito Autoral e Internet. **Revista Jurídica Consulex** – Ano XI – n° 255. Agosto 2007. p. 55.

³⁸⁹ PAIVA, M. A. P. **Censura na internet**. Disponível em; http://www.legiscenter.com.br/materias/materias.cfm?ident_materias=213. Acesso em 17.08.08.

A par dessa discussão, convém, ainda, delimitar esse nefasto comportamento ao ambiente acadêmico, buscando soluções para superar a crise que enfrente as instituições de ensino e a comunidade acadêmica como um todo gerada pela propagação do desrespeito aos direitos do autor.

1 BREVE HISTÓRICO DA INTERNET

Na década de 60, durante a guerra fria, a partir de um projeto do ARPA (*Advanced Research Projects Agency*), ligado ao organismo de financiamento à pesquisa do Departamento de Defesa Americano (*DoD – Department of Defense*), surgiu a primeira feição da internet, ocasião em que se criou uma rede longa capaz de interligar computadores espalhados pelos EUA, para o tráfego de dados exclusivos da área militar, na hipótese de uma catástrofe nuclear³⁹⁰.

Não obstante a precariedade da difusão das informações, à época, criou-se um mecanismo para enviar arquivos dos programas e imagens apensados (“*attached*”) às mensagens. Ainda, outros serviços auxiliares foram desenvolvidos para transferência de arquivos (*protocolo ftp*), proporcionado à consolidação da rede para então, nominá-la de internet³⁹¹.

Na década de 80, com o incremento de recursos gráficos, viabilizou-se a construção de uma forma padronizada de comunicação entre clientes e servidores da *web* materializado no protocolo *http* (*Hypertext Transfer Protocol*), que permitiu o recebimento de páginas completas, textos, imagens, referenciais a outras páginas, além de recursos com filmes, áudios, etc. A partir de então, solidificou-se a rede mundial de computadores, denominada de *Word Wide Web*, acessada com o uso de programas de navegação específico designados de “*browsers*”³⁹². Assim, a internet se alastrou pelo mundo, tornando-se uma fonte inesgotável de exploração de novos horizontes e incremento do conhecimento.

No Brasil, mais precisamente em meados dos anos 90, a rede mundial de computadores apresentou-se como mecanismo difusor da informação, sendo que, inicialmente, limitava-se ao campo de atuação acadêmico, com a implantação da Rede Nacional de Pesquisa – RNP -, que permitia aos cientistas a transmissão rápida e

³⁹⁰ ROSA, S. **Internet**. História, conceitos e serviços. São Paulo: Erica, 1998. p. 16.

³⁹¹ LINS, B. **Privacidade e internet**. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. 2002. Disponível em: <www2.camara.gov.br/publicacoes/estnottec/tema4/pdf/001854.pdf>. Acesso em: 13 de maio de 2008.

³⁹² LINS, B. *op cit.*

descentralizada de informações. Em outro momento, de maneira rápida, eficiente e sem a limitação de fronteira, culminando na criação de novos mecanismos de relacionamento³⁹³.

Desde então, a utilização da rede cresceu em proporções geométricas, fruto, particularmente, da evolução do conteúdo encontrado na rede, democratizando o acesso à informação, conformando, então, um novo paradigma em que o ambiente digital funciona como ponte para comunicação interpessoal (*e-mails*), a transmissão de dados, a telefonia, a radiodifusão e outras formas de entretenimento³⁹⁴ além da celebração dos contratos e, até mesmo, a possibilidade de relacionamentos afetivos.

A Internet possibilita o acesso, a qualquer instante, a um grande e variado acervo de obras artísticas, científicas, literárias, além dos mais diversos tipos de informações culturais, educativas e científicas, por todas as pessoas que possuam alguma forma de interesse, independente de classe social, nacionalidade ou religião.

2 OS REFLEXOS DA INTERNET NA COMUNIDADE ACADÊMICA

Para elaboração de um trabalho técnico científico, o estudioso baliza seu conhecimento em fontes de informação reconhecidamente aceitas³⁹⁵. Sejam primárias³⁹⁶, secundárias³⁹⁷ ou terciárias,³⁹⁸ as fontes precisam ser dotadas de credibilidade e, essencialmente, de veracidade para então justificar um estudo, uma tese, uma monografia, etc.

Inegavelmente, a revolução tecnológica suscitou uma redefinição das fontes de acesso à informação, figurando a *internet* como relevante modalidade de pesquisa para o investigador, tanto pela quantidade de informações disponíveis, quanto pela facilidade de busca e acesso às publicações acadêmicas digitais.

³⁹³ ROSA, S. *op cit.* p. 13.

³⁹⁴ SANTOS, L.C.G. O direito autoral na internet. SCHOUERI, L.E.(Org). **Internet: o direito na era virtual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 359.

³⁹⁵ MEDEIROS, J.B. **Redação científica**. A prática de fichamentos, resumos, resenhas. São Paulo: Atlas, 2000, p. 237.

³⁹⁶ *As fontes primárias podem ser consideradas como os originais ou propostas inéditas apresentadas pelo autor. Podem englobar trabalhos descritivos (predominam as observações sobre objetos, materiais, estruturas e fenômenos), trabalhos experimentais (envolvem manipulação experimental com animais, modelos, processo e materiais) e trabalhos teóricos (que analisam objetos, estruturas ou eventos de um ponto de vista teórico).* ABRAHAMSOHN, P. **Redação científica**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2004. p. 269.

³⁹⁷ *“As fontes secundárias representam resultados e conceitos já publicados anteriormente, que podem ser acrescidos de novas interpretações. Considera-se fontes secundárias os artigos de revisão da literatura, os livros textos, manuais, dicionários, tabelas.”* ABRAHAMSOHN, *op. cit.*

³⁹⁸ *“As fontes terciárias são serviços que tem como objetivos guiar o usuários na obtenção das fontes primárias e secundárias.”* Dentre estes serviços podemos destacar as bases de dados, bibliotecas virtuais, catálogos de publicações. SANTOS, G. C. **Pesquisa bibliográfica mediada pelas novas tecnologias**. Disponível em: <http://www.bibli.fae.unicamp.br/bib/Pesquisa.ppt>. Acesso em: 18 de maio de 2008.

Com o aprimoramento das tecnologias, em especial das ferramentas de busca ofertadas no ciberespaço, o pesquisador recorre a diferentes ambientes de informação para dar prosseguimento a sua pesquisa, principalmente na intercomunicação entre os pares (colégios invisíveis), como por exemplo, através do correio eletrônico (e-mail), listas de discussão, boletins eletrônicos, vídeo-conferências, entre outros.³⁹⁹

Lembra Palacios que a assimilação dos avanços em termos de digitalização difere de cada área de atuação:

A área da Física conta com avanços extremamente significativos, tanto em termos da produção quanto do armazenamento de material eletronicamente disponibilizado. A Psicologia, através do experimento do Psicolology, aparece também em situação privilegiada. Como seria razoável supor-se, as áreas de Informática e Ciência da Computação também estão em situação especial no que diz respeito à quantidade de material a elas relacionadas disponível no cyberspaço. E, paradoxalmente, as áreas que poderíamos classificar como Clássicas (História Antiga, Literatura Clássica, Arqueologia, etc) apresentam uma fortíssima presença em termos de vida acadêmica digital, com sites extremamente sofisticados e bem organizados.⁴⁰⁰

Neste prisma, consoante pesquisa realizada na Universidade Federal de Santa Catarina⁴⁰¹, concluiu-se que os recursos informacionais em formato eletrônico já suplantam a preferência com relação ao formato impresso, revelando como motivo justificador dessa mudança a acessibilidade aos mecanismos ofertados pela internet, primordialmente o e-mail, consulta de revistas eletrônicas e de base de dados.

A vista desta nova realidade, há que se mensurar que além dos impactos favoráveis à democratização do conhecimento pelo advento da internet, é bem verdade que dentre as inúmeras conseqüências que gravitam no espectro das inovações do novo contexto digital, duas merecem uma pontual apreciação, pois interferem diretamente na comunidade

³⁹⁹ BLATTMANN, U.. TRISTÃO, A. M. D. **Internet como instrumento de pesquisa técnico-científica na engenharia civil**. Disponível em http://www.geocities.com/ublattmann/papers/civil_net.html. Acesso em 21 maio 2008.

⁴⁰⁰ PALACIOS, M. **Impactos e efeitos da internet sobre a comunidade acadêmica: quatro dificuldades e um possível consenso**. Disponível em: <http://www.facom.ufba.br/ciberpesquisa/palacios/impactos.html> . Acesso em 20 de maio de 2008.

⁴⁰¹ LOPES, M.I. SILVA, E.L. A Internet e a busca da informação em comunidades científicas: um estudo focado nos pesquisadores da UFSC. **Perspectivas em Ciência da Informação**. v. 12 n.3 Belo Horizonte set./dez. 2007 (versão on line). Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-99362007000300003&lng=pt&nrm=iso Acesso em 21 de maio de 2008.

acadêmica, quais sejam: a autenticidade e veracidade dos dados colhidos pela rede, bem como a propagação assustadora do plágio, fomentada pela lógica do “recortar” e “colar”.

2.1 A CREDIBILIDADE DAS INFORMAÇÕES OBTIDAS NO CIBERESPAÇO

A revolução da informação, conforme já assinalado, propiciada pelo surgimento da internet tem como elemento essencial a rapidez com que o conhecimento se alastra ciberespaço.

No entanto, impulsionados por um falso manto de anonimato e de impunidade associado à ampla democratização do acesso aos meios de comunicação e a facilidade de distorcer, conduzir ou transmutar uma notícia ou dado científico, muitos textos, apócrifos ou não, são diariamente lançados na rede, propagando em segundos, dados imprecisos de difícil identificação da autoria e, conseqüentemente, constatação da veracidade de seu conteúdo.

É muito comum recebermos textos, em geral via correio eletrônico (*e-mail*), que indicam como autor uma autoridade no assunto e, paradoxalmente, podemos receber a mesma mensagem com outra autoria. O usuário fica então em uma eterna indagação quanto ao verdadeiro produtor da obra intelectual, gerando uma fragilidade quando as mensagens e informações propagadas na *internet*.

Nicolaci-da-Costa⁴⁰² retrata essa realidade:

Uma das questões profissionais mais diretamente atingidas pela disseminação da internet é a da propriedade intelectual – que é relativamente recente na história humana, remunerada até agora através de direitos autorais e royalties.

Além da possibilidade de o autor não receber um tostão pela distribuição de uma cópia eletrônica, há chances altas de que, eventualmente, sua autoria seja *deletada* (quando não substituída por outra) e assim circule amplamente na rede. Se for bom, poderá inclusive ser traduzido em várias línguas.

A falta de demarcação clara entre o que é público e o que é privado somado ao ideal de que toda informação deve ser de domínio público e, muitas vezes, à ingenuidade ou má fé de alguns, fazem com que vira-e-mexe se recebam na rede textos que em algum, algum dia e alguma língua foram escritos por alguém.

Ademais, o arquétipo de que o ser humano necessita estar simultaneamente informado do contexto político, social, econômico e filosófico do mundo, numa ansiedade

⁴⁰² NICOLACI-DA-COSTA, A. M. **Na malha da rede: os impactos íntimos da internet**. Rio de Janeiro: Campus, 1998. p. 141.

sem precedentes, provocou o desenvolvimento não-ordenado e não-planejado de páginas *web*⁴⁰³, com informação de todo o tipo, não necessariamente científicas.

Nessa perspectiva, é natural uma resistência quanto à aceitação dos dados obtidos no *ciberespaço*, em especial, pela frágil confiabilidade das estatísticas apresentadas, assim como a autoria de textos, artigos e dados encontrados na rede. Ora, quando o investigador se ampara nos tradicionais recursos de informação, presume-se que tais subsídios técnicos já passaram pelo crivo de seleção de pessoas especializadas e credenciadas (técnica ou cientificamente)⁴⁰⁴.

Nas bibliotecas de universidade, por exemplo, “*pressupõe-se que os materiais (livros, periódicos e outras fontes) existentes passaram por processos de seleção, geralmente por decisão do(s) bibliotecário(s) que formulam políticas de aquisição e seleção de materiais.*”⁴⁰⁵ Também na consulta de material estatístico, como os Índices ou Bases de dados de determinadas instituições, tais como o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, há uma certificação posterior por uma instituição responsável pela coleta e análise dos dados⁴⁰⁶, para efeito de garantir idoneidade à pesquisa realizada.

Com efeito, ao reconhecer o fenecimento da prática da documentação bibliográfica e dos fichamentos - que devem ser realizados paulatinamente na medida em que o acadêmico toma contato com os livros⁴⁰⁷ –, convém traçar diretrizes para o pesquisador então validar as fontes informacionais localizadas na *web*, desmistificando a postura preconceituosa de que os textos virtuais não se aproximam da realidade.

Para tanto, Blattmann e Tristão⁴⁰⁸ elencam alguns critérios de avaliação para selecionar os materiais qualitativamente relevantes e dotados de aceitação científica, dentre os quais vale destacar: a) certificar quem é o autor; sua área de atuação; que obras já publicou; a que instituição está vinculado; se houve a divulgação de outros meios de contato como endereço eletrônico e telefone; b) valorar os escopo da informação (informativo, explicativo ou valorativo), constando qual a profundidade e abrangência dos dados; c) constatar se a abordagem é factual ou de opinião; averiguar se a fonte é primária ou se remete a *links*, bem como se a informação é acurada e atualizada; d) considerar se os apontamentos são destinados ao público científico/acadêmico ou se os dados são destinados ao usuário leigo; e) selecionar,

⁴⁰³ LOPES, I. L. Novos paradigmas para avaliação da qualidade da informação em saúde recuperada na Web. **Revista Ciência da Informação**. V. 33, N° 1. Ano 2004. Disponível em: <http://www.ibict.br/cionline/viewarticle.php?id=54&layout=html>. Acesso em 17 de maio de 2008.

⁴⁰⁴ BLATTMANN, U. TRISTÃO, A. M. D. *op cit.* .

⁴⁰⁵ *Ibidem*

⁴⁰⁶ *Ibidem*.

⁴⁰⁷ SEVERINO, A. J. **Metodologia do trabalho Científico**. 22 ed. revista e ampliada de acordo com a ABNT – São Paulo: Cortez, 2002, p. 39.

⁴⁰⁸ BLATTMANN, U. TRISTÃO, A. M. D. *op cit.*

preferencialmente, endereços eletrônicos vinculados a instituições de ensino superior, órgão governamental, bibliotecas virtuais que reproduzem artigos científicos (*Scientific Library on line – SCIELO*⁴⁰⁹) ou ainda a consulta ao sistema Eletrônico de Editoração de Revistas, vinculado ao Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia ([IBICT](#)), f) localizar se a estrutura da página de internet possui cabeçalho ou rodapé indicando relação a outros *websites*; se há *links* que redirecionam a página mestre para o documento original; bem como se existe *link* para enviar mensagem ao *webmaster*.

Em se tratando de periódicos científicos eletrônicos, para garantir a lisura da informação, [Ana Cláudia Gruszynski](#) e [Cida Golin](#)⁴¹⁰ orientam restringir aos que apresentam parâmetros balizados pela tradição e legitimidade do veículo impresso, quais sejam: *apresentar política editorial, possuir conselho editorial, uma rigorosa revisão de qualidade (peer review), dedicar-se a uma área específica, manter edições regulares, ter ISSN*⁴¹¹, *apresentar instruções aos autores, não ter caráter departamental*.

Vale lembrar, ainda, que o portal da CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento Pessoal de Nível Superior) já abriga algumas revistas eletrônicas que gozam de credibilidade por estarem indicadas em um portal institucional de referência acadêmica.⁴¹²

Enfim, para evitar um descrédito do meio acadêmico ao trabalho intelectual desenvolvido pelo pesquisador, deve ele zelar pela qualidade da informação colhida na internet para que imprecisões ou inadequações dos dados não comprometam os estudos e as pesquisas que exigem grande esforço e dedicação.

2.2 O PLÁGIO NA PESQUISA ACADÊMICA

⁴⁰⁹ “O projeto SCIELO (*Scientific Electronic Library Online*), foi desenvolvido pela FAPESP, CNPq e BIREME. Trata-se de um agregador não-comercial para consulta a periódicos brasileiros e estrangeiros, selecionados a partir de critérios internacionais de qualidade. A rede ibero-americana de acesso aberto, liderada pelo Brasil e pelo Chile, publica indicadores bibliométricos similares aos do *Journal Citation Reports (JCR)* do ISI (*Institute for Scientific Information*). Apresenta sistema de metadados, links com outras fontes de informação, estatísticas de uso e citações e fator de impacto”. GRUSZYNSKI, A. C. GOLIN, C. **Periódicos científicos eletrônicos e a visibilidade da ciência na web: estudo de caso na UFRGS**. Disponível em: http://www.dgz.org.br/jun07/Art_02.htm. Acesso em: 23 de maio de 2008.

⁴¹⁰ *Ibidem*

⁴¹¹ “O ISSN (*International Standard Serial Number*) é um número de oito dígitos que identifica todas as publicações periódicas, como tal, incluindo por via eletrônica folhetins. Each ISSN assigned to a serial publication is registered in an international database: the ISSN Register. ISSN atribuído a cada uma publicação seriada é registrado em um banco de dados internacional: o ISSN Registe-se. It is the most comprehensive and authoritative source for the identification of serial publications world-wide. É o mais completo e autorizada fonte para a identificação de publicações seriadas em todo o mundo.” Disponível em: <http://www.issn.org>. Acesso em: 24.05.08.

⁴¹² COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR. Disponível em: <http://www.periodicos.capes.gov.br/portugues/index.jsp>. Acesso em 20.05.08.

“O processo de produção científica - seja qual for sua caracterização e o nível do pesquisador - pressupõe a obediência às normas e preceitos éticos rígidos, que vão desde a elaboração do projeto até a divulgação final dos resultados”⁴¹³. No entanto, desconsiderando qualquer ideal de eticidade e boa-fé, as instituições de ensino deparam-se uma realidade preocupante: denominada “pandemia de plágios”⁴¹⁴.

Acadêmicos de graduação, pós-graduação (*lato e scricto sensu*) para obtenção de grau engendram a lamentável constatação de produção do conhecimento violando os direitos autorais, propagando um estelionato intelectual.

Não há dúvidas de que muito antes de existir a informática ou a *internet* as construções científicas já eram usurpadas através de tecnologias mais arcaicas, como as fotocopiadoras ou mesmo através de encomendas de trabalhos datilografados. Entretanto, o incremento de tal fraude foi motivado pela facilidade de dolosamente “furtar” trechos ou a integralidade de um texto pertencente a outrem, diretamente em proveito próprio ou mesmo para comercializá-lo junto a terceiros, auferindo lucros às custas alheias⁴¹⁵.

A lógica do “copiar e colar” é, ainda, reforçada pela prática do *download*, ou seja, da transferência de arquivos via rede⁴¹⁶. Ademais, o ambiente virtual favorece a ampla divulgação de uma prática notadamente ofensiva aos direitos de autor denominada *ghostwriting*, cujo autor é denominado de *ghostwriter* (escritor-fantasma), materializada com venda de artigos, monografias, dissertações e até mesmo teses em *sites* que asseguram originalidade, rapidez e sigilo⁴¹⁷.

Seja movido por inveja, por mera preguiça, pela efetiva falta de tempo ou por temor de não corresponder a uma redação coerente e adequada ao trabalho intelectual solicitado, o plagiário escamoteia e mente, desmoralizando o verdadeiro criador intelectual.⁴¹⁸

Importante destacar que, em alguns casos o plágio é um vício do pesquisador, fruto de uma carência nos ensinamentos de base, em especial no que tange a ausência da disciplina de metodologia de pesquisa nas grades curriculares do ensino médio e fundamental. O

⁴¹³GRIEGER, M. C. A. **Escritores-fantasma e comércio de trabalhos científicos na internet: a ciência em risco.** Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010442302007000300023&lng=e&nrm=iso&tlng=e Acesso em 26.05.08.

⁴¹⁴ GARSCHAGEN, B. **Universidades em tempos de plágio.** 2006. Disponível em: <http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/artigos.asp?cid=366ASP006>. Acesso em 18.05.2008.

⁴¹⁵ FURTADO, J. A. P. X, **Trabalhos acadêmicos em direito e a violação aos direitos autorais através do plágio.** Jus navigandi, Terezinha, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3439>. Acesso em: 16.05.2008.

⁴¹⁶ NICOLACI-DA-COSTA, A. M. *op. cit.*

⁴¹⁷ GRIEGER, M. C. A. *op. cit.*

⁴¹⁸ MORAES, R. **O plágio na pesquisa acadêmica: a proliferação da desonestidade intelectual.** Disponível em: <http://www.fsba.edu.br/dialogospossiveis/artigos/4/06.pdf>. Acesso em: 23.05.2008.

estudante se desenvolve desprovido da correta orientação sobre citação das fontes e, por consequência, reflete tal falha na elaboração do trabalho de conclusão de curso da graduação.⁴¹⁹ No entanto, esta não é a regra. Denota-se na maioria dos casos que a apropriação indevida dos créditos de obra alheia revela um desvio de caráter, cujo autor – de má-fé – busca uma vantagem no anseio de não ser descoberto.

Torna-se, assim, proeminente a discussão sobre o plágio e a contrafação no ambiente acadêmico, bem como as formas de combatê-lo, a fim de evitar o alastramento dessa pandemia que alimenta uma geração de falsos pensadores.

2.2.1 Dos direitos autorais

Para melhor compreensão da tutela do direito de autor e do seu desrespeito pela comunidade acadêmica, impõe-se uma breve digressão sobre os elementos mais relevantes ao efeito compreender a repercussão no ambiente digital.

Não obstante uma parcela significativa dos usuários da rede vislumbre a *internet* como um espaço imune a qualquer interferência legal por imaginar uma incompatibilidade da lei com o ciberepaço, há que se esclarecer que, no que tange aos direitos de autor pela produção da obra intelectual, há efetiva amparo jurídico pela legislação pátria.

No Brasil, desde 1896⁴²⁰, acompanhando a tendência mundial, encetada pelo incremento da tipologia móvel de Gutenberg, notadamente favorecendo a reprodução impressa em larga escala de obras literárias, resguardou-se a proteção legal aos autores.

Também regulada pelo Código Civil de 1917, a proteção autoral somente tornou-se autônoma com o advento da lei nº 5.988 de 14 de dezembro de 1993. Com efeito, em uma ótica mais abrangente, a lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, alterou e consolidou as normas pertinentes aos direitos autorais, aumentando o seu âmbito de proteção, acompanhando, inclusive, a revolução da internet⁴²¹.

Sem olvidar toda a importância da discussão que abarca a proteção jurídica ao *software*⁴²² ou a propagação da reprodução não autorizada (pirataria), é necessário não perder de vista o elemento central desta abordagem que traduz proliferação do plágio acadêmico de obras intelectuais divulgados no ambiente digital.

⁴¹⁹ GARSCHAGEN, B. *op cit.*

⁴²⁰ MANSO, E. J. V. **O que é direito autoral**. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 16.

⁴²¹ SANTOS, L. C. G. *op. cit.*

⁴²² WACHOWICZ, Marcos. **O programa de computador e sua proteção no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2530>>. Acesso em: 26.05.08

Consoante já abordado, a revolução da informática traçou uma nova rotina diária aos docentes, aos pesquisadores e aos acadêmicos que se valem de obras científicas digitais encartadas em uma tela de computador. Tal redefinição, no entanto, não é capaz de alijar a proteção concedida aos autores, posto que o amparo conferido às criações de espírito independe de um suporte tangível (artigo 7º. *Caput*, da Lei 9.610/98).

Desta forma ao investigador é lícito, dentro do âmbito do computador pessoal, ver, ler, ouvir a obra intelectual que se encontra em ambiente de acesso livre⁴²³, escapando, todavia, a esfera da eticidade e da legalidade a postura de reprodução integral, dissimulação de elementos textuais sem a respectiva citação ou, pior, a usurpação da autoria.

2.2.2 Das violações do direito autoral: o plágio e a contrafação

A origem etimológica da terminologia plágio encontra abrigo na Roma antiga, ocasião em que Marcial, atribuiu o alcunha de *plagiarius* para àqueles que apresentavam como sua obra alheia, comparando-os aos mercadores que furtavam pessoas livres para, então, vendê-las como escravos, conduta definida como *plagium* na *Lex Fabia ex plagiariis*.⁴²⁴

Contemporizando o plágio, este é caracterizado por uma “*imitação servil ou fraudulenta de obra alheia, mesmo quando dissimulada por artifício, que, no entanto, não elide o intuito malicioso.*”⁴²⁵

John Edlund, citado por Sônia Vasconcelos, trata do plágio como sendo “*uma violação direta da honestidade acadêmica e intelectual. Muito embora ele possa existir sob várias formas, todos os tipos de plágio se resumem na mesa prática: representar as idéias ou palavras de outrem como se fosse suas.*” Salienta que até mesmo a utilização das idéias de outro na suas próprias palavras sem citação também pode ser qualificado como tal.⁴²⁶

Noutro vértice, a “*contrafação revela uma publicação ou reprodução abusiva de obra alheia, tendo como pressuposto a falta de consentimento do autor, não importando a forma extrínseca (a modificação de formado em livro), o destino, ou a finalidade violadora.*”⁴²⁷

⁴²³ O ambiente de acesso livre corresponde àquele em que o usuário tem ampla liberdade de ver, ler ou ouvir obra intelectual ou fonograma sem necessidade de efetuar pagamento, porquanto o provedor obtém sua receita da publicidade veiculada através do site ou da promoção de suas atividades. SANTOS, M, J. P. Direito autoral na internet. In GRECO, M. A.; MARTINS, I.G. da S. (Coord.) **Direito e internet: relações jurídicas na sociedade informatizada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 146.

⁴²⁴ MANSO, E. J. V. *op cit*.

⁴²⁵ BITTAR, C. A. **Direito de Autor**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 149.

⁴²⁶ VASCONSELO. S. M. R. **O plágio na comunidade científica: questões culturais e lingüísticas**. Ciência e Cultura (*on line*) jul./set. 2007, vol. 59. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252007000300002&lng=pt&nrm=. Acesso em: 23.05.2008.

⁴²⁷ BITTAR, *op. cit*.

Nesse passo Bittar ⁴²⁸expõe que:

Separando-se as figuras em causa, observa-se que, no plágio, a obra alheia, simplesmente apresentada pelo imitador como própria, ou sob graus diferentes de simulação. Há absorção de elementos fundamentais da estrutura da obra, atentando-se, pois, contra a personalidade do autor (frustração da paternidade). Na contrafação há representação da obra alheia sem autorização autoral, podendo ser total ou parcial. Inclui-se, em seu âmbito, a derivação sem consentimento (adaptação ou a tradução ou a variação de tema), eis que sempre visa ao aproveitamento econômico indevido da obra (atentado contra o aspecto patrimonial, ou contra a obra em si).

Sem olvidar a importância do estudo da contrafação (reprodução não autorizada), a quimera envolvendo o plágio emerge como uma ferida latente para as instituições de ensino, que pulveriza a desonestidade e a aeticidade no ambiente acadêmico, atribuindo grau a transgressores das regras entabuladas na lei de direito autoral.

Desta feita, esclarecida a diferença entre o plágio e contrafação, convém delimitar a abordagem àquela temática.

2.2.3 A identificação do plágio acadêmico e a conseqüente punição do infrator

Não há critérios objetivos para a constatação do plágio, todavia, para facilitar a sua identificação no corpo de um trabalho científico, convém definir as suas modalidades, valendo-se dos apontamentos de Kirkpatrick⁴²⁹:

1. **Plágio Direto:** Consiste em copiar uma fonte palavra por palavra sem indicar que é uma citação e sem fazer referência ao autor.
2. **Tomar emprestado o trabalho de outros estudantes:** Dormitórios, repúblicas e fraternidades provêm atmosferas propícias para o empréstimo de textos. Não há nada errado em estudantes ajudarem uns aos outros ou trocarem informações. Mas você deve escrever seus próprios textos. Apresentando um texto que alguma outra pessoa escreveu é um caso especial de plágio direto.
3. **Referência Vaga ou Incorreta:** Um escritor deve indicar onde um empréstimo começa e termina. Algumas vezes, um escritor faz referência a uma fonte uma vez, e o leitor presume que as sentenças anteriores ou parágrafos tenham sido

⁴²⁸ *Idem.*

⁴²⁹ KIRKPATRICK, Ken. **Evitando plágio.** Trad. Jakson Aquino. Disponível em: <<http://www.geocities.com/jakson-aquino/plag.html>>. Acesso em: 21 maio 2008.

parafrazeados quando na verdade a maior parte do texto é uma paráfrase desta única fonte. O escritor falhou na indicação clara dos seus empréstimos. Paráfrases e resumos devem ter seus limites indicados por referências -- no começo com o nome do autor, no fim com referência entre parêntesis. O escritor deve sempre indicar quando uma paráfrase, resumo ou citação começa, termina ou é interrompida.

4. **Plágio Mosaico:** esse é o tipo de plágio mais comum. O Escritor não faz uma cópia da fonte diretamente, mas muda umas poucas palavras em cada sentença ou levemente reformula um parágrafo, sem dar crédito ao autor original. Esses parágrafos ou sentenças não são citações, mas estão tão próximas de ser citações que eles deveriam ter sido citados ou, se eles foram modificados o bastante para serem classificados como paráfrases, deveria ter sido feito referência à fonte.

Não obstante a verticalização do conceito e das modalidades de plágio, certo é que a sua tipificação depende de verificação casuística da banca examinadora ou então do magistrado, na hipótese do litígio galgar a tutela jurisdicional.

Vale frisar que não existe uma delimitação legal quanto um número mínimo de palavras, parágrafos ou frases que devem ser expressamente citados para a caracterização do plágio⁴³⁰, cabendo ao intérprete adequar o conceito aberto ao caso em análise.

Na hipótese de dúvida, recomenda-se a citação. Ora, se a construção intelectual teve inspiração em outro texto, discurso ou teoria, não pode ser considerada autêntica. Assim, para a pesquisa científica auferir legítimos méritos, a citação - seja direta ou indireta (paráfrase) - deve ser entronizada pelo pesquisador.

Do contrário, quando constatada o “estelionato intelectual”, na esfera administrativa, cabe a cada instituição traçar as balizas ou as orientações para os docentes agirem na hipótese de constatação de uma infração, punindo o infrator com proporcionalidade à gravidade e o alcance da fraude.

Algumas universidades, vergonhosamente, relativizam a prática do plágio desde que não “*caracterize a substância principal do texto apresentando-se como mero complemento*” ao trabalho acadêmico⁴³¹. Outras, por sua vez, valem-se da política de “tolerância zero”, inclusive determinando que os professores noticiem os casos suspeitos à

⁴³⁰MORAES, R. *op cit.*

⁴³¹ Orientação da UFRGS, após processo administrativo n. 23078.010095/01-90. RÜDIGER, F. **Legitimação acadêmica do plágio.** Disponível em: <observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/artigos/da050220031.htm - 18k>. Acesso em 16 de maio de 2008.

Polícia Federal⁴³²; ou, ainda, decidirem pela reprovação imediata do candidato ou a expulsão da instituição de ensino, por desrespeito ao Código Disciplinar Discente.

Noutro vértice, quando a divulgação do plágio acadêmico extrapõe os muros das universidades chegando ao conhecimento do legítimo autor ou, ainda, goza de uma petulância inimaginável, pois se vale de obra intelectual de um dos docentes da casa, é passível o ajuizamento de ações cautelares (busca e apreensão, seqüestro, etc.), ações cominatórias, com preceito de fazer e não fazer e ainda as ações declaratórias e indenizatórias, com pedido de antecipação de tutela⁴³³.

Neste caso o julgador apreciará, a luz da razoabilidade e proporcionalidade, a existência casuística do plágio diante avaliando o conjunto probatório que lhe é apresentado nos autos do processo.

Compete ao juiz, portanto, discernir e apreciar, em cada caso concreto, a incidência ou não de plágio, levando em consideração todos os pormenores dos fatos do caso concreto que lhe é apresentado, ⁴³⁴ constatando os instrumentos lingüísticos de disfarce ao efeito de verificar a semelhança dos trabalhos científicos.

A guisa de eventual condenação cível, em demanda indenizatória por transgressão ao direito imaterial do autor, o magistrado tem como suporte legal o disposto nos artigo 46, inciso III⁴³⁵ da Lei de Direitos Autorais, bem assim no inciso II do artigo 24⁴³⁶ do mesmo diploma legal.

Também, consoante expressa menção do inciso II do artigo 108 da Lei 9.610/98 é passível a obrigação de divulgar errata, nos exemplares ainda não distribuídos, sem prejuízo de comunicação, em jornal de grande circulação do domicílio do autor.

Por ter natureza mista de direito pessoal e patrimonial, a demanda indenitória com fulcro em ofensa ao direito de autor pode alcançar prejuízos pecuniários pela indevida distribuição e vendagem de obra em cujo conteúdo denota-se falsa identificação de autoria,

⁴³² Determinação da Pró-Reitoria de Graduação e Ensino Profissionalizante da UFPR (Prograd). Disponível em: < <http://www.jornalcomunicacao.ufpr.br/node/3196>>. Acesso em: 16 de maio de 2008.

⁴³³ MARÇURA, J. O. As violações dos direitos autorais e as formas de proteção. **Revista da Faculdade de direito Padre Anchieta** - Ano II - n. 2 - Junho/2000. p. 34. Disponível em: < <http://www.anchieta.br/unianchieta/revistas/direito/pdf/direito02.pdf#page=29>>. Acesso em: 25.05.08.

⁴³⁴ MORAES, R. *idem*.

⁴³⁵ “Artigo 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: (...) III - a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra.” BRASIL, Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 de fevereiro de 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9610.htm>. Acesso em 19.05.2008.

⁴³⁶ “Artigo 24. Constitui ofensa ao direito de autor: (...) o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado como sendo o do autor, na utilização de sua obra.”. *Idem*.

bem como a condenação pela humilhação de ver sua pesquisa ser aproveitada por outrem, sem a legítima referência ao esse labor intelectual prestado.

Destarte, citar não é somente uma questão ética ou um mero formalismo entabulado pelas regras da ABNT, mas um dever jurídico que gera sanções judiciais e administrativas no caso de descumprimento.⁴³⁷

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A guisa de considerações finais convém assinalar que o ambiente acadêmico vivencia um período de fragilidade intelectual, eis que a acessibilidade as fontes de informação, fruto da revolução cibernética, favorece o desrespeito a apropriação de obra alheia.

Muitos pesquisadores e estudantes revelam uma faceta amoral e aética ao usurpar trechos ou a integralidade de construções literárias disponíveis na web, para então, obter vantagem econômica ou ainda a conclusão de grau.

O plágio não pode e não deve representar mais uma das mazelas sociais que tanto envergonham o brasileiro. Tolerar o plágio é o mesmo que legitimar as pequenas e as grandes ilicitudes cotidianas praticadas por governantes, empresários ou mesmo por aqueles que vivem a margem da lei. Não há naturalidade ou normalidade na postura do acadêmico que dissimula a edificação do conhecimento.

Não devemos ser coniventes com a desonestidade intelectual, eis que, além de um ilícito civil e administrativo, propaga a falsa criatividade e desestimula o pesquisador idôneo.

REFERÊNCIAS

ABRAHAMSOHN, P. **Redação científica**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2004. p. 269.

ALMEIDA FILHO, J. C. A. **Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico**. A informatização judicial. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 16.

AMARAL, S. M. M. D.; ROSSI, P. R. V. Direito Autoral e Internet. **Revista Jurídica Consulex** – Ano XI – nº 255. Agosto 2007. p. 55.

⁴³⁷ MORAES, R. *op. cit.*

BITTAR, C. A. **Direito de Autor**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 149.

BLATTMANN, U.. TRISTÃO, A. M. D. **Internet como instrumento de pesquisa técnico-científica na engenharia civil**. Disponível em http://www.geocities.com/ublattmann/papers/civil_net.html. Acesso em 21 maio 2008.

DELGADO, A. P. T. **Transformações do Estado por Revolução, Reforma e Golpe**. 2008. Disponível em: <http://www.direitopositivo.com.br/modules.php?name=Artigos&file=display&jid=39> Acesso em: 14.05.08.

FURTADO, J. A. P. X, **Trabalhos acadêmicos em direito e a violação aos direitos autorais através do plágio**. Jus navigandi, Terezinha, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3439>. Acesso em:16.05.2008.

GARSCHAGEN, B. **Universidades em tempos de plágio**. 2006. Disponível em: <<http://observatório.ultimosegundo.ig.com.br/artigos.asp?cid=366ASP006>. Acesso em 18.05.2008.

GRIEGER, M. C. A. **Escritores-fantasma e comércio de trabalhos científicos na internet: a ciência em risco**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104_42302007000300023&lng=e&nrm=iso&tlng=e Acesso em 26.05.08.

GRUSZYNSKI, A. C. GOLIN, C. **Periódicos científicos eletrônicos e a visibilidade da ciência na web: estudo de caso na UFRGS**. Disponível em: http://www.dgz.org.br/jun07/Art_02.htm . Acesso em: 23 de maio de 2008.
<http://www.ibict.br/cionline/viewarticle.php?id=54&layout=html>. Acesso em 17 de maio de 2008.

KIRKPATRICK, Ken. **Evitando plágio**. Trad. Jakson Aquino. Disponível em: <<http://www.geocities.com/jakson-aquino/plag.html>>. Acesso em: 21 maio 2008.

LINS, B. **Privacidade e internet**. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. 2002. Disponível em: < www2.camara.gov.br/publicacoes/estnottec/tema4/pdf/001854.pdf>. Acesso em: 13 de maio de 2008.

LOPES, I. L. Novos paradigmas para avaliação da qualidade da informação em saúde recuperada na Web. **Revista Ciência da Informação**. V. 33, Nº 1. Ano 2004. Disponível em:

LOPES, M.I. SILVA, E.L. A Internet e a busca da informação em comunidades científicas: um estudo focado nos pesquisadores da UFSC. **Perspectivas em Ciência da Informação**. v. 12 n.3 Belo Horizonte set./dez. 2007 (versão on line). Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141399362007000300003&lng=pt&nrm=iso Acesso em 21 de maio de 2008.

MARÇURA, J. O. As violações dos direitos autorais e as formas de proteção. **Revista da Faculdade de direito Padre Anchieta** - Ano II – n. 2 - Junho/2000. p. 34. Disponível em: < <http://www.anchieta.br/unianchieta/revistas/direito/pdf/direito02.pdf#page=29>>. Acesso em: 25.05.08.

MEDEIROS, J.B. **Redação científica**. A prática de fichamentos, resumos, resenhas. São Paulo: Atlas, 2000, p. 237.

MORAES, R. **O plágio na pesquisa acadêmica**: a proliferação da desonestidade intelectual. Disponível em: <http://www.fsba.edu.br/dialogospossiveis/artigos/4/06.pdf>. Acesso em: 23.05.2008.

NICOLACI-DA-COSTA, A. M. **Na malha da rede: os impactos íntimos da internet**. Rio de Janeiro: Campus, 1998. p. 141.

PAIVA, M. A. P. **Censura na internet**. Disponível em; http://www.legiscenter.com.br/materias/materias.cfm?ident_materias=213. Acesso em 17.08.08.

PALACIOS, M. **Impactos e efeitos da internet sobre a comunidade acadêmica: quatro dificuldades e um possível consenso**. Disponível em: <http://www.facom.ufba.br/ciberpesquisa/palacios/impactos.html> . Acesso em 20 de maio de 2008.

ROSA, S. **Internet**. História, conceitos e serviços. São Paulo: Erica, 1998. p. 16.

RÜDIGER, F. **Legitimação acadêmica do plágio**. Disponível em: <observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/artigos/da050220031.htm - 18k>. Acesso em 16 de maio de 2008.

SANTOS, G. C. **Pesquisa bibliográfica mediatizada pelas novas tecnologias**. Disponível em: <http://www.bibli.fae.unicamp.br/bib/Pesquisa.ppt>. Acesso em: 18 de maio de 2008.

SANTOS, M, J. P. Direito autoral na internet. In GRECO, M. A.; MARTINS, I. G. da S. (Coord.). **Direito e internet: relações jurídicas na sociedade informatizada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 146.

SANTOS, L. C. G. O direito autoral na internet. SCHOUERI, L.E.(Org). **Internet: o direito na era virtual**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 359.

SEVERINO, A. J. **Metodologia do trabalho Científico**. 22 ed. revista e ampliada de acordo com a ABNT – São Paulo: Cortez, 2002, p. 39.

VASCONSELO. S. M. R. **O plágio na comunidade científica: questões culturais e lingüísticas**. Ciência e Cultura (*on line*) jul./set. 2007, vol. 59. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252007000300002&lng=pt&nrm=. Acesso em: 23.05.2008.

WACHOWICZ, Marcos. **O programa de computador e sua proteção no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2530>>. Acesso em: 26.05.08.

ESTADO E DIGNIDADE: O AUTOR FRENTE À INCLUSÃO DIGITAL NA ERA DA INFORMAÇÃO

Marcia Andrea Bühring⁴³⁸

SUMÁRIO Introdução. 1 Propriedade intelectual: passagem do direito privado ao público, e sua funcionalização. 2. Edificação e repercussão do princípio do conhecimento/informação, e a relação jurídica do estado para assegurar a dignidade humana do autor. 3 A propriedade intelectual: inclusão digital na “era da informação” globalizada. Considerações finais

RESUMO O presente trabalho tem como foco principal verificar a propriedade intelectual, com ênfase na passagem que operou a superação do direito privado clássico, rumo à direção norteadora do interesse público, e sua funcionalização. Pois a superação da dicotomia é importante na medida em que, pela evolução legislativa brasileira, o direito autoral saiu da esfera do direito civil, com capítulo próprio no Código Civil de 1916 - hoje revogado - e passou a ser tratado em legislação específica, Lei 9.610 de 19 de dezembro de 1998, E, sequer o Código Civil de 2002 faz qualquer referência à propriedade intelectual. Para tanto, examina-se a edificação e repercussão do princípio do conhecimento, da informação, sendo que o direito autoral existe em função do autor, e não o contrário, tudo frente às relações jurídicas do Estado, para assegurar a dignidade humana do autor. Destaque-se que a propriedade importante, fundamental hoje, não é mais a propriedade imóvel ou móvel, mas a do conhecimento, da informação. Identifica-se que a inclusão digital será efetiva quando for concebido o “direito de acesso” à informação como um direito humano. Ou seja: os avanços tecnológicos estão aumentando o número de excluídos da sociedade na era da informação globalizada, na realidade jurídica brasileira.

PALAVRAS CHAVES: PROPRIEDADE INTELECTUAL; INCLUSÃO DIGITAL; ERA DA INFORMAÇÃO.

⁴³⁸ Mestre em Direito pela Ufpr - Universidade Federal do Paraná, Professora de Direito Civil e Ética Geral e Profissional da UCS-Universidade de Caxias do Sul, e Advogada. E-Mail: marciabuehring@terra.com.br.

RESUMEN El presente trabajo tiene como foco principal verificar la propiedad intelectual, con énfasis en el trecho que estableció la superación del derecho privado clásico, rumbo a la dirección que nordea el interes público, y su funcionalización. Pues la superación de la dualidad es importante en la medida en que, por la evolución legislativa brasileña, el derecho de autor salió de la esfera del derecho civil, con capítulo propio en el Código Civil de 1916 - hoy revogado - y pasó a ser tratado en legislación específica, La Ley 9.610 de 19 de diciembre de 1998, y, tampoco el Código Civil de 2002 hace cualquier referencia a la propiedad intelectual. Para tanto, se examina la edificación y la repercusión del principio del conocimiento, de la información, siendo que el derecho del autor existe en función del autor, y no lo contrario, todo frente a las relaciones jurídicas del Estado, para asegurar la dignidad humana del autor. Destacase que la propiedad importante, fundamental hoy, no es mas la propiedad inmóvil o móvil, mas el del conocimiento, de la información. Se identifica que la inclusión digital será efectiva cuando sea concebido el “derecho del acceso” a la información como un derecho humano. O sea: los avances tecnológicos estan aumentando el número de excluidos de la sociedad en la era de la información globalizada, en la realidad jurídica brasileña.

PALAVRAS-CLAVE: PROPRIEDAD INTELECTUAL; INCLUSION DIGITAL; ERA DEL INFORMACION

INTRODUÇÃO

O Estado e dignidade são os pontos fortes frente ao tema da propriedade intelectual, mais precisamente do autor frente à inclusão digital na era da informação. Dessa forma, dividiu-se o trabalho em três partes, num primeiro momento visualizar-se-á a propriedade intelectual, com a passagem do direito privado ao público, pois o direito autoral saiu da esfera do direito civil, com capítulo próprio no Código Civil de 1916 - hoje revogado - e passou a ser tratado em legislação específica, Lei 9.610 de 19 de dezembro de 1998. E, sequer o Código Civil de 2002 faz qualquer referência à propriedade intelectual. Se por um lado, termos como repersonalização, despatrimonialização, desmaterialização, se fazem presentes, por outro lado, a funcionalização, ou seja a função social da propriedade intelectual, para que, e quem serve.

. Num segundo momento, a edificação e repercussão do princípio do conhecimento/da informação, princípio este constitucional, e a relação jurídica do Estado para assegurar a dignidade humana do autor: diga-se: Todos os direitos fundamentais encontram

sua vertente no princípio da dignidade da pessoa humana., dessa forma é necessário aclarar nesse contexto que autor propriamente dito é o autor excluído, aquele que não tem acesso à informação, ou que possui pouco conhecimento para a salvaguarda de seus direitos autorais. Isso para falarmos na realidade jurídica brasileira apenas.

E, por fim, a propriedade intelectual: inclusão digital, que significa um direito de *quinta* geração, ou seja: direitos da realidade virtual, da informática e da Internet. Inclusão digital significa, antes de tudo, melhorar as condições de vida de uma determinada região ou comunidade com ajuda da tecnologia. Assim adverte-se sobre a chamada “Brecha Digital”, pois é impressionante a rapidez, a celeridade com que o progresso tecnológico vem se inserindo no corpo social, nessa que é chamada a “era da informação”. Tudo isso frente à globalização.

1 Propriedade Intelectual: passagem do direito privado ao público, e sua funcionalização.

Parte-se da verificação de um lado, a abordagem da Propriedade.⁴³⁹ E de outro, a propriedade intelectual, mais especificamente o direito do autor que não tem acesso à informação na “era digital”.

E, a partir da Constituição Federal de 1988, artigo 5º incisos XXII, XXIII, XXVII, e XXIX. (entre outros)

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:

XXII – propriedade

XXIII – função social;

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a

⁴³⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Coisas*. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. Também CARVALHO SANTOS, J.M. de. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. V. VII e IX. 10. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961.

outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

Dessa forma, de acordo com as relações sociais e econômicas⁴⁴⁰ de cada momento histórico,⁴⁴¹ também há apropriação do homem e interesse pelos “Bens/Coisas”. Propriedade esta que constitui-se de contornos diversos.⁴⁴²

E, nesse sentido, a passagem que operou a superação do direito privado clássico, rumo à direção norteadora do interesse público, com o fenômeno da publicização do direito⁴⁴³ ou, a chamada publicização do direito civil,⁴⁴⁴ em específico.

Os estudos do direito civil/direito privado clássico, não respondem mais aos desafios da atualidade como bem observa LUIZ EDSON FACHIN, na “Releitura crítica de estatutos jurídicos fundamentais do Direito Privado: viagem de pedagogia”. Crítica...

[...] quando se refuta a propedêutica dos conceitos como fio condutor. Não parece mais adequado aos tempos ímpares deste momento histórico supor que, iniciado com o conceito de Direito Civil, inserindo-o no Direito Privado, separando os espaços jurídicos público e privado, tais desdobramentos sejam legítimos aos propósitos de um estudo que não falte a atenção com sua realidade circundante e com seus ideais de mudança⁴⁴⁵

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988, impôs ao Código Civil do abandono da postura patrimonialista, cuja história do direito migra para uma outra concepção atual, por isso a necessidade da releitura.

⁴⁴⁰ VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 46.

⁴⁴¹ WOLF, Martín. *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Cosas*. Tomo III, vol. 2. 3 ed. Trad. Blas Pérez González y José Alguer, Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1971.

⁴⁴² MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Tomo XI. Direito das Coisas: Propriedade, Aquisição da Propriedade Imobiliária*. Rio de Janeiro, RJ: Editora Borsoi, 1995.

⁴⁴³ VARELA Laura Beck. *Das propriedades à propriedade: Construção de um direito*. Judith Martins-Costa org. In: *A reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.761
VARELA Laura Beck e LUDWIG. Marcos de Campos. *Da propriedade às propriedades: Função social e reconstrução de um direito*. Judith Martins-Costa org. In: *A reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.787.

⁴⁴⁴ TEPEDINO, Maria Celina B. Moraes. *A caminho de um direito civil constitucional*. In: Revista de Direito Civil n. 65, p. 22-23.

⁴⁴⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2000, p. 22.

Os princípios aparecem em outro movimento que o Direito Privado começa a sofrer, o da “repersonalização” que significa discutir os valores que o sistema jurídico colocou em seu centro e em sua periferia. O Código Civil brasileiro, efetivamente, tem o seu núcleo na noção de patrimônio, o que acaba por promover uma alteração espacial no interior da disciplina jurídica atinente às relações entre as pessoas. Esse movimento coloca no centro as pessoas e as suas necessidades fundamentais, tais como habitação minimamente digna... Essa situação conduz, também, a uma certa “despatrimonilização”, que também possui um sentido de “desmaterialização” da riqueza...⁴⁴⁶

Nesse sentido também afirma PIETRO PERLINGIERI que

a normativa constitucional não deve sempre ser considerada como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores.⁴⁴⁷

Necessário se torna abordar precipuamente que existem princípios, normas, regras e valores,⁴⁴⁸ que variam, assim, aponta JOSE GOMES CANOTILHO⁴⁴⁹, a

⁴⁴⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2000, p. 75.

⁴⁴⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao direito civil contemporâneo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 12. “...pode-se entender por ‘autonomia privada’, em geral, o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determinar vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos. Na base desta concepção reside, freqüentemente, de modo somente tendencial, a liberdade de regular por si as próprias ações ou, mais precisamente, de permitir a todos os indivíduos envolvidos em um comportamento comum determinar as regras daquele comportamento através de um entendimento comum” p. 17

“Os atos de autonomia têm, portanto, fundamentos diversificados; porém encontram um denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de interesses e de funções que merecem tutela e que são socialmente úteis. E na utilidade social existe sempre a exigência de que atos e atividade não contrastem com a segurança, a liberdade e a dignidade humana” p. 18-19.

⁴⁴⁸ Entende-se os princípios como base, alicerce, núcleo do sistema como um todo. E as normas, encontram-se subdivididas em normas jurídicas e normas jurídicas tributárias. E, considera-se portanto, que a normas jurídicas são ordens, que algo deve ser ou acontecer, de caráter imperativo, mandamentos. Então: O objeto do direito é a norma jurídica, e a conduta humana só se torna objeto do direito na medida em que se constitui em conteúdo de normas jurídicas. Já as regras e valores, mudam e irão mudar constantemente, conforme o momento histórico vivenciado BÜHRING Marcia Andrea. *Competência Tributária, Limites Ancorados Nos Princípios E Nas Normas Jurídicas*. In Doutrina Jurídica Brasileira (CD ROM) Org. Sergio Augustin. Caxias do Sul: Plenum, 2004.

⁴⁴⁹ CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional Tributário*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000, p. 172-173.

existência de algumas diferenças entre regras e princípios, que devem ser levadas em conta, como: o grau de abstração, grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto, caráter de fundamentalidade no sistema de fontes do direito, proximidade da idéia de direito e natureza normogenética.

Também a chamada constitucionalização da Propriedade Intelectual, é segundo MANUEL J. P. SANTOS, “um fenômeno antigo que vem se consolidando em diversos países”.⁴⁵⁰

Adverte-se, que a superação da dicotomia privado-público, é importante na medida em que pela evolução legislativa brasileira, o direito autoral saiu da esfera do direito civil, pois havia um capítulo próprio no Código Civil de 1916 - hoje revogado - e passou a ser tratado em legislação específica. Sequer o Código Civil de 2002 faz qualquer referência à propriedade intelectual.

Também os direitos fundamentais (expressos ou não escritos) não formam um sistema separado e fechado no contexto da Carta. Mas, um sistema aberto e flexível. Como destaca INGO WOLFGANG SARLET, que a eficácia dos direitos fundamentais “apresenta-se como o mais inadiável e portentoso dos desafios, em especial para os que assimilaram a cidadania como direito a Ter direitos (H. Arendt), mas, acima de tudo, como direito a ter”.⁴⁵¹

2 Edificação e repercussão do princípio do conhecimento/informação, e a relação jurídica do Estado para assegurar a dignidade humana do autor

Todos os direitos fundamentais encontram sua vertente no princípio da dignidade da pessoa humana.

Necessário aclarar nesse contexto que autor propriamente dito é o autor excluído, aquele que não tem acesso à informação, ou que possui pouco conhecimento para a salvaguarda de seus direitos autorais. Isso na realidade jurídica brasileira apenas.

Comenta nesse sentido, Rodrigo Moraes.

⁴⁵⁰ SANTOS, Manuel J. P. Princípios Constitucionais e propriedade intelectual - o regime constitucional do direito autoral *In: Direito da propriedade Intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Luiz Gonzaga Silva Adolfo e Marcos Wachowicz coord. Curitiba: Juruá, 2007. p. 11.

⁴⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998 (prefácio).

O paradigma do Direito Autoral contemporâneo deve ser, também, antropocêntrico, ou seja, deve considerar o homem como o centro dos interesses. O autor, antes de ser criador intelectual, é gente, pessoa humana. Sua dignidade deve ser priorizada.[...] Os pessimistas falam que o Direito Autoral agoniza em crise. Na verdade, o que está em crise é a visão patrimonialista, a ótica desumana que supervaloriza o dinheiro e menospreza o homem-criador.⁴⁵²

Adverte-se: O direito autoral existe em função do autor, e não o contrário. Pois a própria Carta de 1988 erigiu como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, colocando-a como centro das preocupações do ordenamento jurídico, e impôs ao Direito Civil o abandono da postura patrimonialista.⁴⁵³

É dizer com FRANCISCO AMARAL, o código civil de 1916 não garantia mais a “unidade do sistema de direito privado, deixando a posição central que nele ocupava e passando o centro do poder civil à própria Constituição, agora o eixo em torno do qual gravita todo o ordenamento jurídico da sociedade brasileira”.⁴⁵⁴

A análise dos elementos fundantes do direito privado no contexto de outras ciências e a luz da Constituição revelam o início deste novo paradigma⁴⁵⁵.⁴⁵⁶

Já GUSTAVO TEPEDINO nesse sentido afirma que as relações patrimoniais são funcionalizadas à dignidade da pessoa humana e a valores sociais insculpidos na Constituição de 1988. Fala-se, por isso mesmo, de uma *despatrimonialização do direito privado*, de

⁴⁵² MORAES, Rodrigo. A função social da propriedade intelectual na era das novas tecnologias. In: Brasil. Ministério da Cultura. *Direito Autoral*. Coleção Cadernos de políticas culturais. V. 1. Brasília: Ministério da Cultura, 2006, p. 267-271.

⁴⁵³ FACHIN, Luiz Edson. *Apreciação crítica do Código Civil de 2002 na perspectiva constitucional do direito civil contemporâneo*. Revista jurídica n. 304, fevereiro 2003, p. 17-18.

⁴⁵⁴ AMARAL, Francisco. *Racionalidade e sistema no Direito civil brasileiro* In: Revista de Informação Legislativa a. 31. n. 121 jan/mar, 1994. p. 241.

⁴⁵⁵ KUHN, Thomas S. *A Estrutura das revoluções científicas*. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1992. “Considero ‘paradigmas’ as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência” p. 13 – prefácio-.

⁴⁵⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2000, p. 25.” O código civil de 1916, a par de ser patrimonial-imobiliário, portanto um sistema nucleado em torno de uma noção patrimonial fundamental, de patrimônio imobiliário como prevalente, é coerente com a feição dos códigos do século XIX e foi fundamentalmente feito no século passado. Outro é o horizonte contemporâneo”.

modo à bem demarcar a diferença entre o atual sistema em relação àquele de 1916, patrimonialista e individualista”.⁴⁵⁷

Para PIETRO PERLINGIERI, “desde as origens, o direito nasce como síntese e equilíbrio entre valores impostos e valores livremente escolhidos”.⁴⁵⁸

O que se quer demonstrar é justamente que hoje, século XXI, a propriedade importante – fundamental – não é mais a propriedade imóvel ou a móvel, mas a do conhecimento, da informação.

Por óbvio os bens materiais continuam a ter a sua importância, ou seja, quando se menciona: bens, a primeira idéia é a de bens móveis e imóveis, e é justamente isso que se quer demonstrar no decorrer da tese, que “os olhos do mundo” estão se voltando para algo que não se vê ou que não se pode tocar num primeiro momento.

Exerce o Estado hoje um papel de fiscalizador, orientador do princípio da “função”⁴⁵⁹ da propriedade, pois é responsável direto pela vigilância e promovedor do bem-estar social.

Re-interpretação⁴⁶⁰ esta, necessária, no entender de JUAREZ FREITAS:

[...] a interpretação sistemática é a interpretação jurídica, por essência. Deve o intérprete, com sabedoria, contribuir para a descoberta e para a formação tópica do sistema jurídico. De outra parte, é irrenunciável a luta pela formação de um Direito dotado de concatenação interna, sendo este um desafio para aplicadores e legisladores: oferecer uma ordem que se deixe interpretar plástica e maleavelmente de modo a se manter

⁴⁵⁷ TEPEDINO, Gustavo. 80 anos do Código Civil brasileiro: um novo Código atenderá às necessidades do país? p. 17 dez. 1997

⁴⁵⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao direito civil contemporâneo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 31. Dessa forma, ainda conforme GUSTAVO TEPEDINO “a tônica excessiva do Código Civil em torno do sujeito de direito cede à atenção do legislador especial para as atividades, seus riscos e impacto social, e para a forma de utilização dos bens disponíveis, de maneira a assegurar resultados sociais pretendidos pelo Estado”.

⁴⁵⁹ ALBUQUERQUE, Ana R. V. *Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p.7. Como bem adverte: “A função social é hoje uma das perspectivas da Dogmática Jurídica, tratando-se de verdadeiro princípio diretivo do ordenamento jurídico e não só uma fórmula verbal dirigida unicamente ao direito de propriedade, pois indica antes de tudo uma justificação e fundamento dos institutos do direito privado ante os fundamentos do estado social e democrático de direito e às exigências do bem comum. Como diz Hernandez Gil, a função social, além daquela reinterpretação necessária dos institutos que lidam com pluralidades humanas, gera um senso de fim, do ‘para que’ serve determinado instituto jurídico”.

⁴⁶⁰ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 2. ed. São paulo: Melhoramentos, 1995, p. 205. E ainda: Reconceitua Sistema Jurídico como “uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expresso ou implicitamente, na Constituição.” p. 46. E, Reconceitua Interpretação Sistemática do Direito como “uma operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da conformação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos”. p. 60.

respeitável e garantidora da segurança das relações jurídicas. Em últimas palavras, toda a perquirição empreendida parece revelar a *necessidade de se robustecer uma formação consciente e séria do intérprete jurídico para a suma tarefa ético-jurídica que consiste em, diante das antinomias, alcançar o melhor e o mais fecundo desempenho da interpretação sistemática em todos os ramos, com o escopo de fazer promissora a perspectiva de um Direito que se confirme dotado de efetiva coerência e de abertura. Em derradeiro, um Direito visto, ensinado e aplicado como o lídimo sistema normativo do Estado Democrático.*

Dessa forma, o Estado redefine seu papel como aduz AIRES ROWER

[...] Estado redefine seu papel tornando-se essencialmente regulador e tendo a sociedade como fonte e partícipe nesse processo em que o Direito é o seu grande instrumento”.⁴⁶¹

Observe-se ainda com HÉCTOR RAMÓN PEÑARANDA QUINTERO, sua advertência quanto à intervenção do Estado:

Las razones justificativas de la intervención Del Estado em lo pertinente a los Derechos intelectuales, encuentra su razón histórica em sus propios antecedentes remotos. Porque la produccion intelectual siempre se trato de controlar por el Estado, por considerársele que todo descubrimiento útil es la expresión de um servicio rendido a la sociedad.⁴⁶²

MARCOS WACHOWICZ, quando aborda o paradigma da sociedade de informação, comenta:

La protección de la propiedad intelectual em la Sociedad de la Información está delante de dos vias que convergen para um mismo punto: el limite Del Estado (...).⁴⁶³

⁴⁶¹ ROWER, Aires. J. e WINTER Djônata. A revolução tecnológica digital e a proteção da propriedade intelectual. *In: Propriedade Intelectual & Internet*. Marcos Wachowicz coord. Curitiba: Juruá, 2006. p. 77.

⁴⁶² QUINTERO. Héctor Ramón Peñaranda. Propiedad intelectual em Venezuela Y su relación com el derecho informático. *In: Propriedade Intelectual & Internet*. Marcos Wachowicz coord. Curitiba: Juruá, 2006. p. 244.

⁴⁶³ WACHOWICZ, Marcos. Los paradigmas de la sociedad de la información y el derecho informático. *In: Propriedade Intelectual & Internet*. Marcos Wachowicz coord. Curitiba: Juruá, 2006. p. 103.

Observe-se ainda com MARCOS WACHOWICZ, que o Estado tem papel fundamental:

Estado deve ser chamado para superar essa brecha. (...) é integrar o homem no processo civilizatório, a fim de evitar sua exclusão social numa sociedade altamente informatizada (...) papel do Estado é o de não permitir que terceiros imponham reservas.⁴⁶⁴

Adverte-se: Controle do Estado.

3 A Propriedade Intelectual: inclusão digital na “era da informação” globalizada.

Observe-se portanto, um novo paradigma, a Propriedade Imaterial ou intelectual, no contexto da evolução histórica é recente e cuja importância jurídica é fundamental no contexto que se insere contemporaneamente.

Convém, no entanto, observar com THOMAZ THEDIM LOBO, que a propriedade intelectual abrange:

no domínio das artes, e das ciências, os direitos relativos às produções literária, científica e artística bem como, no campo industrial e comercial, os direitos que têm por objeto as invenções, os desenhos, as marcas de indústria e comércio, o nome comercial, as indicações geográficas, os segredos de fábrica, os dados proprietários e a repressão à concorrência desleal. Esses direitos são de caráter patrimonial (vantagens materiais obtidas com a obra) e de caráter moral (o reconhecimento como autor da obra) e se traduzem pelo privilégio de uso e exploração.⁴⁶⁵

Por um lado, os direitos de autor, como afirma BRUNO JORGE HAMMES,⁴⁶⁶

Ainda que a antiguidade romana nos apresente certos episódios de utilização indevida do resultado de atividade intelectual do

⁴⁶⁴ WACHOWICZ, Marcos. Os direitos da Informação na Declaração Universal dos Direitos do Homem. *In: Propriedade Intelectual & Internet*. Marcos Wachowicz coord. Curitiba: Juruá, 2006. p. 42-49.

⁴⁶⁵ LOBO, Thomaz Thedin. Introdução à Nova Lei de Propriedade Industrial. São Paulo: Atlas, 1997. p. 19-20.

⁴⁶⁶ HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de Propriedade Intelectual*. Conforme a Lei 9610 de 19.2.1998. 3 ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002, p. 20-21.

homem, não se reconhecia aos autores um direito que estes pudessem fazer valer perante o tribuno ou pretor. São conhecidos os assim chamados *plagiarii* (plagiários), que se apresentavam como autores de trabalhos de outros (...) Na Idade Média, durante séculos, os monges, transcreviam manuscritos para as suas bibliotecas. (...) A invenção da máquina impressora, por Guttenberg, possibilitou a reprodução de obras em grande escala (...) A Revolução Francesa provocou uma mudança decisiva

No mesmo sentido, refere GABRIEL DI BLASI, que a propriedade intelectual, pode ser conceituada como o “direito de uma pessoa sobre um bem imaterial”.⁴⁶⁷

E que, por outro lado, merecem destaque as normas sobre propriedade industrial, que

afeta ao direito da empresa, sucessor do provecto direito mercantil, cabe regular as relações entre as obras de teor utilitário, atribuindo proteção a patentes de invenção e marcas de comércio ou sinais de propaganda, entre outros institutos. Também nesses direitos é examinada a criatividade do intelecto do ponto de vista moral e pecuniário, mas sob o aspecto marcadamente empresarial.⁴⁶⁸

⁴⁶⁷ DI BLASI, Gabriel. A propriedade industrial: os sistemas de marcas, patentes e desenhos industriais analisados a partir da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 16.

⁴⁶⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Direitos reais. São Paulo: Atlas, 2006, p. 583.

Dessa forma, o termo autor⁴⁶⁹ que deriva etimologicamente de *autore*, “aquele que é causa primária ou principal, aquele de que alguém ou alguma coisa nasce ou procede”.^{470 471}

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 é enfática e conflitante em seu artigo XXVII:

Todo homem tem direito a participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios.

Todo homem tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística, da qual seja autor.

Ou seja, o primeiro vislumbra o direito coletivo de acesso à cultura e o segundo os direitos morais e também patrimoniais do autor. São, por assim dizer, antagônicos.

⁴⁶⁹ VENOSA, Op. cit, p. 583. Segundo afirma ARNALDO RIZZARDO (1992, p. 764), é de 1709 a primeira lei de que se tem notícia na Inglaterra, e “denominada ‘Statute os Anne’, que transferiu dos livreiros o privilégio de fazer cópias dos livros, passando-o para os próprios autores. Antes, e desde a invenção da imprensa, era assegurado o monopólio aos fabricantes, por concessão dos soberanos”.

Nesse sentido informa CARLOS ALBERTO BITTAR, (p. 38) o “direito inglês fixou o precedente: o primeiro texto foi o ato da Rainha Ana da Inglaterra, de 10.04.1710, instituindo o *copyright*, ou direito sobre as cópias impressas de livros...”.

Em França, o direito autoral se desenvolveu, e foi inclusive comparado ao direito de propriedade imóvel (terreno e casa), como demonstra o estudo de Walter MORAES, 1977, p. 61 (Apud RIZZARDO, 1991, p. 764). Em 1725, Luís de Héricourt, em defesa dos livreiros de Paris contra os das províncias, que se opunham ao monopólio daqueles, dizia que um livreiro que adquiriu um manuscrito e obteve o privilégio de imprimi-lo, deve permanecer proprietário do texto dessa obra perpetuamente, ele e seus herdeiros, como ocorreria se tivesse um terreno ou uma casa. Em 1775, e alguns anos após, já se concediam privilégios nas publicações aos herdeiros de FÉNELON e LA FONTAINE. Posteriormente, aos autores dramáticos se assegurava o direito de autorizar a representação pública de suas obras, até que em 1793, surgiu uma lei francesa de reconhecimento e proteção da propriedade literária e artística. Atribuiu-se ao autor o monopólio de produção e exploração se sua obra. A proteção restringia-se aos direitos patrimoniais tão-somente.

Segundo adverte VENOSA, “o direito de autor consiste, pois, no complexo de normas que regulam a produção e divulgação intelectual de cunho artístico, literário, científico ou assemelhado, do ponto de vista moral e pecuniário.

⁴⁷⁰ NOVO DICIONÁRIO BRASILEIRO MELHORAMENTOS ILUSTRADO, 3 ed. Egéria S/A v. 1 p. 418.

⁴⁷¹ CHAVES, Antônio, p. 107. que o direito de autor é um “conjunto de prerrogativas de ordem não-patrimonial e de ordem pecuniária que a lei reconhece a todo criador de obras literárias, artísticas e científicas, de alguma originalidade, no que diz respeito à sua paternidade e ao seu ulterior aproveitamento, por qualquer meio durante toda a sua vida, e aos seus sucessores, ou pelo prazo que a lei fixar”.

No Brasil, também é recente a proteção aos direitos autorais,⁴⁷², ⁴⁷³ Já a Constituição Federal do Brasil em vigor desde outubro de 1988, refere no artigo 5º, XXVII e XXVIII, *a* e *b*, o reconhecimento aos autores de obras literárias, científicas e artísticas a prerrogativa de utilizá-las.⁴⁷⁴

E por outro lado, a Propriedade Industrial, segundo BRUNO JORGE HAMMES.⁴⁷⁵

O direito da propriedade industrial, em que o direito do inventor representa o núcleo fundamental, é novo. Antigamente, uma solução técnica era considerada um bem comum. As primeiras codificações de patentes são atribuídas ao direito veneziano (1474) e ao inglês (1624) (...)

Atualmente a Lei nº 9.279/96, dá amparo a esse importante ramo da propriedade intelectual que é a propriedade industrial.⁴⁷⁶ ⁴⁷⁷

⁴⁷² “Cuja primeira menção data de 1827, com a criação dos “cursos jurídicos do país, de 11.08.1827, dispondo, com respeito a textos didáticos, que o governo os imprimiria, garantindo aos autores o privilégio exclusivo da obra por 10 anos”. BITTAR, op. cit., p. 39. O Código Civil de 1916, tratava da temática no Livro do Direito das Coisas – Capítulo VI do Título II da Propriedade, nos artigos 649 a 673 que cuidavam da propriedade literária, científica e artística, e que foram revogados – derogados tacitamente ou implicitamente pela Lei 5.988, de 14 de dezembro de 1973 – artigo 132.

E ambas as regulamentações foram revogadas expressamente ou explicitamente pelo art. 115 da Lei 9.610 de 19 de dezembro de 1998, e Lei 9.609 de 19 de dezembro de 1998, que é hoje, o diploma legal que disciplina a matéria dos direitos do autor e direitos conexos. E lei do Software, respectivamente.

Destaque-se ainda que o Código Civil de 2002, Lei. 10.406/02, não aborda mais a propriedade intelectual.

⁴⁷³ Segundo BRUNO JORGE HAMMES, “ primeira Constituição (de 25 de março de 1824) protegia o inventor (art. 179, § 26), mas não tinha uma palavra sobre o direito do autor”.HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de Propriedade Intelectual*. Conforme a Lei 9610 de 19.2.1998. 3 ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002, p. 22.

⁴⁷⁴ VANISA SANTIAGO, 2002, p. 1. “Nos umbrais do século XXI, a fantástica evolução a que assistimos conduz os criadores a uma relação ambígua com a tecnologia: por um lado ela facilita a criação e a divulgação das obra, utilizando processos mais rápidos e baratos, ignorando barreiras ou fronteiras, e permitindo a combinação de sons, textos, imagens fixas ou em movimento, dados, programas de computador e outros bens imateriais; por outro, ela constitui uma ameaça ao direito que tem o criador de dispor de sua obra, de controlar seu uso por terceiros, e de receber a remuneração a que tem direito em troca das autorizações que conceder”.

⁴⁷⁵ HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de Propriedade Intelectual*. Conforme a Lei 9610 de 19.2.1998. 3 ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002, p. 24-25.

⁴⁷⁶ E mais, no Brasil, “pelo alvará de 28 de abril de 1809, § IV, o príncipe regente reconhece ser ‘muito conveniente que os inventores e introdutores de alguma nova máquina e invenção nas artes gozem do privilégio exclusivo, além do direito que possam ter ao favor pecuniário, que sou servido estabelecer em benefício da indústria e das artes”. HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de Propriedade Intelectual*. Conforme a Lei 9610 de 19.2.1998. 3 ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002, p. 28-29.

⁴⁷⁷ VENOSA, Op. cit, p. 586. “Três são os requisitos para que a criação intelectual seja albergada: *criatividade*, (no sentido de que não existe obra intelectual sem criação) *originalidade* (no sentido de ser obra do espírito diferente de qualquer outra anterior) e *exteriorização* (no sentido de divulga-la, expô-la, torná-la publicamente conhecida)”. SILVIO DE SALVO VENOSA refere ainda “que o caso concreto é que vai permitir uma melhor definição se uma obra é protegida ou não, em razão do campo criativo intelectual ser vastíssimo e com o surgimento de novas formas seja pela informática, seja por outras formas”.

A própria Lei dos direitos autorais em seu artigo 22 refere: "Pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou".⁴⁷⁸

Percebe-se, também, que a Propriedade Intelectual tem uma importância econômica e social muito grande, pois possibilita o acesso ao mundo, possibilita também, o progresso de uma nação.^{479 480}

O princípio da função social do direito autoral, não teve "vida fácil", como refere JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO:

O princípio da função social não teve vida fácil. Defrontou a hostilidade do liberalismo e individualismo a que se opunha; mas foi também combatido pelo coletivismo ascendente, para o qual representava uma estratégia para obstar à supressão pura e simples da propriedade. Hoje ressurgiu porém com nova força, após a derrocada do coletivismo como única orientação capaz de afrontar o hiperliberalismo selvagem que nos é imposto. Procura a congruência na realização dos fins individuais com os interesses coletivos".⁴⁸¹

E é, nesse diapasão que se estabelecem valores humanos, primordiais, é a ética acima de tudo, afirme-se: Torna-se necessário resgatar os valores humanísticos, um resgate à livre consciência e auto determinação...⁴⁸²

Segundo MARCOS WACHOWICZ,

⁴⁷⁸ O artigo 3º da Lei considera os direitos do autor bens móveis, assim como o fazia o Código Civil de 1916 no artigo 48, III. Assim também o refere o Código Civil de 2002, no artigo 83, III "direitos pessoais de caráter patrimonial, e respectivas ações".

⁴⁷⁹ Importante observar também a Função social do domínio público, vez que a legislação brasileira, adotou um prazo para a proteção dos direitos do autor de 70 anos. A lei 3.447 de 23.19.1958 e depois a lei 5.988 de 1973, assegurada o direito patrimonial por toda sua vida e obedeceu uma ordem de sucessão que a nova legislação não segue mais. E para a propriedade industrial os prazos mudam conforme o tipo de propriedade, o prazo máximo é de uma patente com 20 anos, como informa o próprio artigo 40 da Lei 9279/96.

⁴⁸⁰ BARBOSA, Denis B. Domínio Público e patrimônio cultural. In: *Direito da propriedade Intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Luiz Gonzaga Silva Adolfo e Marcos Wachowicz coord. Curitiba: Juruá, 2007. p. 153. Domínio Público, significa segundo DENIS B. BARBOSA, "que já não há um titular exclusivo da obra..." e menciona a crise na área.

O papel do domínio público não se alterou significativamente desde o século XVI (...) desde então assentaram-se os interesses divergentes neste contexto. Mas com a geração dos meios digitais, e especialmente com a Internet, gerou-se a esperança, lida como promessa de acesso livre à informação(...).

⁴⁸¹ ASCENÇÃO, José de Oliveira. A função social do direito autoral e as limitações legais. In: *Direito da propriedade Intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Luiz Gonzaga Silva Adolfo e Marcos Wachowicz coord. Curitiba: Juruá, 2007. p. 89.

⁴⁸² Prof. Marcia Andrea Bühring In: II seminário Internacional de Ética... UCS

a percepção de novos valores éticos no comportamento humano em sociedade é de fundamental importância na medida em que criam novas condutas identificando princípios basilares da existência humana, bem como, de sua interação em uma rede social.⁴⁸³

Toda essa abordagem da Propriedade Intelectual é fundamental para poder-se chegar ao “ponto alto-chave” que é justamente o princípio constitucional da Informação /do conhecimento, que é HOJE, nosso “bem” maior.

Necessário se torna uma efetiva “Gestão da Propriedade Intelectual”, para que se possa fazer uso desta em benefício de toda a coletividade, pautada justamente no princípio da informação, que hoje ao lado da dignidade humana - fundante.

Hodiernamente, afirma-se que o progresso não será limitado, nem pela tecnologia, nem pelo investimento comercial.⁴⁸⁴

Adverte-se quanto à geração dos direitos apresentado por MARCOS WACHOWICZ, tomando como norte as orientações de Norberto Bobbio. De *primeira* geração: direitos individuais; de *segunda* geração: direitos sociais e da igualdade; de *terceira* geração: direitos transindividuais e coletivos, da solidariedade; *quarta* geração: globalização; de *quinta* geração: direitos da realidade virtual, da informática e da Internet.⁴⁸⁵

E adverte sobre a chamada “Brecha Digital”:

A celeridade com que o progresso tecnológico vem se inserindo no corpo social é impressionante. Porém tal inserção

⁴⁸³ WACHOWICZ, Marcos. A revolução tecnológica da informação - os valores éticos para uma efetiva tutela jurídica de bens intelectuais. In: *Direito da propriedade Intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Luiz Gonzaga Silva Adolfo e Marcos Wachowicz coord. Curitiba: Juruá, 2007. p. 11.

⁴⁸⁴ Antes mesmo de se mencionar essa proteção, é necessário fazer uma digressão histórica, pois existe uma controvérsia sobre o surgimento das primeiras patentes, em nível mundial, como afirma LUIZ GUILHERME LOUREIRO, Segundo uma parte da doutrina, o direito de patente foi previsto pela primeira vez em Veneza. A *Parte veneziana* de 19 de março de 1479 já garantia ao inventor, além do direito moral, o direito de exploração da invenção de forma exclusiva pelo prazo de dez anos, com a condição de que a sua invenção fosse original e nova sobre o território da República e que ela apresentasse um caráter industrial. Outros doutrinadores entendem que os direitos do inventor foram reconhecidos pela primeira vez no famoso *Statute of Monopolies*, promulgado em 1523 pelo rei Jacques I, da Inglaterra. Posteriormente, os direitos do inventor foram também reconhecidos pelo ato de 10 de agosto de 1790 dos Estados Unidos da América e pelo decreto francês de 31 de dezembro de 1790 e 7 de janeiro de 1791 adotado sob o reinado de Luiz XVI. No Brasil, afirma ainda LUIZ GUILHERME LOUREIRO, o primeiro passo para a proteção do inventor foi dado com o Alvará de 28 de abril de 1809, pelo qual o Príncipe Regente concedia aos criadores de uma máquina nova ou de uma obra de espírito um privilégio temporário, desde que o invento fosse descrito e registrado na Real Junta de Comércio. A primeira lei específica sobre o assunto foi a Lei de 28 de agosto de 1830, que assegurava ao descobridor ou inventor o uso exclusivo de sua descoberta ou invenção. LOUREIRO, Luiz Guilherme de A. V.. *A lei de propriedade industrial comentada*. São Paulo: LEJUS, 1999. p. 38.

⁴⁸⁵ WACHOWICZ, Marcos. Os direitos da Informação na Declaração Universal dos Direitos do Homem. In: *Propriedade Intelectual & Internet*. Marcos Wachowicz coord. Curitiba: Juruá, 2006. p. 40.

não ocorre de forma linear, vale dizer nem todos os segmentos da sociedade sofreram o impacto ou benefício da era digital. A inclusão digital será efetiva quando for concebido o “direito de acesso” à informação como um direito humano.⁴⁸⁶

Frise-se: A inclusão digital será efetiva quando for concebido o “direito de acesso” à informação como um direito humano. Ou seja: os avanços tecnológicos estão aumentando o número de excluídos da sociedade.

Segundo PAULO REBELO,

Inclusão digital significa, antes de tudo, melhorar as condições de vida de uma determinada região ou comunidade com ajuda da tecnologia. A expressão nasceu do termo “digital divide”, que em inglês significa algo como “divisória digital”. Hoje, a depender do contexto, é comum ler expressões similares como democratização da informação, universalização da tecnologia e outras variantes parecidas e politicamente corretas. Em termos concretos, incluir digitalmente não é apenas “alfabetizar” a pessoa em informática, mas também melhorar os quadros sociais a partir do manuseio dos computadores [...]⁴⁸⁷

Mas o que significa efetivamente a inclusão digital. Significa incluir, dar acesso, permitir que os historicamente “excluídos” pela não concessão de oportunidades, façam parte da Nova Era, a era digital, da informática, da Internet, da informação. Ou seja, são mais ou menos 90% da população brasileira. E é nesse ponto que também se traz o AUTOR, ou seja, o autor excluído que é proprietário, de um bem imaterial - intelectual e que, no entanto, desconhece, pela sua ignorância, ou que conhece pouco ou quase nada da proteção jurídica. E é esse autor que se quer proteger.

Revela ANTÔNIO MENDES DA SILVA FILHO, que são três os pilares da inclusão digital: TIC's, renda e educação.

Nos últimos anos, tem sido apregoado aos quatro cantos do Brasil a necessidade de se fazer a inclusão digital para aqueles indivíduos que não têm acesso às tecnologias de informação e comunicação ou simplesmente TIC's, como são mais

⁴⁸⁶ WACHOWICZ, Marcos. Os direitos da Informação na Declaração Universal dos Direitos do Homem. *In: Propriedade Intelectual & Internet*. Marcos Wachowicz coord. Curitiba: Juruá, 2006. p. 41.

⁴⁸⁷ REBELO, Paulo. Inclusão digital: o que é e a quem se destina? Disponível em <http://webinsider.uol.com.br/index.php>. Acesso em 07.12.2007.

comumente conhecidas. Três pilares formam um tripé fundamental para que a inclusão digital aconteça: TIC's, renda e educação.⁴⁸⁸

Adverte TAIS LUZIA COLAÇO, que a tecnologia da informação é um legado, um patrimônio cultural acima de tudo, que deve estar acessível a todos, sob risco de criarmos uma nova “casta de excluídos digitais”

A tecnologia disponível hoje à nossa sociedade é o resultado de um longo processo de acumulação de experiências e conhecimentos adquiridos por numerosas gerações que nos antecederam. Conseqüentemente, a tecnologia da informação é um legado que deve estar acessível a todos por tratar-se de um patrimônio cultural da humanidade. Sabe-se que as novas tecnologias vieram para ficar e certamente alteram o comportamento social. A Sociedade atual é da informação, as soluções digitais são infinitas, surpreendentes e poderosas. No entanto, todos estes avanços não estão disponíveis para a maioria da população. Custos altos, falta de infra-estrutura, ausência de capacitação e de uma política definida para a inclusão digital. As novas tecnologias de comunicação e informação devem ser compartilhadas o quanto antes, caso contrário estar-se-á correndo o risco de criarmos uma nova casta: os excluídos digitais. A Sociedade da Informação tem que ser democratizada, deve possibilitar que toda a população inclusive àquela parcela tida como vulnerável, o acesso às novas tecnologias, respeitando suas diferenças culturais.⁴⁸⁹

Ou seja, os excluídos⁴⁹⁰ segundo pesquisa da FGV - Fundação Getúlio Vargas, são muitos.⁴⁹¹

⁴⁸⁸ SILVA FILHO, Antônio Mendes. Os três pilares da inclusão digital. Disponível em <http://espaçoademico.com.br> Acesso em 07.12.2007.

⁴⁸⁹ COLAÇO, Tais, Luzia. Identidade cultural e inclusão digital dos povos indígenas...

⁴⁹⁰ Ver também Mapa da Exclusão Digital. Disponível em <http://www2.fgv/ibre/cps/mapa>. Acesso em 07.12.2007.

⁴⁹¹ Revista eletrônica Integração. Disponível em <http://integração.fgvsp.br/ano6/06/pesquisas.htm> acesso em 07.12.2007. “Apenas 12,46% da população brasileira tem acesso a computadores e somente 8,31% estão conectados a internet. A maioria destes poucos incluídos digitais, cerca de 97%, se encontra na área urbana, acentuando ainda mais o desnível e deixando as zonas rurais praticamente na escuridão digital”.

A sociedade de informação, cujo instrumento nuclear é a Internet. Ou também chamada de “sociedade da comunicação”, que é segundo JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO

E a própria informação se degrada. O saber transforma-se em mercadoria, o conhecimento livre transforma-se em bem apropriável. E cada vez mais objeto de direitos de exclusivo, que são os direitos intelectuais. Estes, por sua vez, são cada vez mais dissociados dos aspectos pessoais para serem considerados meros atributos patrimoniais, posições de vantagem na vida econômica. A mercantilização geral do direito intelectual é um fato [...] ⁴⁹²

A sociedade da informação é o resultado da “teia de conexões dos novos conhecimentos”, pois nunca antes vivenciou-se a diminuição de distâncias como hoje, o “mundo está conectado”.

Todavia, como bem afirma TAIS LUZIA COLAÇO, citando OLIVO,

Atualmente mais de noventa por cento da população mundial que vive nesta “sociedade em rede”, ainda não está conectada. (OLIVO, 2003, p. 350) Diante desta realidade é inaceitável a exclusão digital de toda parcela da humanidade que desejar o acesso à internet em qualquer lugar do planeta.

Trata-se de uma recente reivindicação da sociedade. A nova era que se apresenta, a era do acesso aos meios eletrônicos, criou esta nova necessidade. O chamado direito de quinta geração que representa “o direito a um acesso digno, eficiente, público e gratuito” à informação científica, artística e tradicional, enfim à cultura e ao conhecimento de um modo geral. Acessível “em todas as unidades de trabalho, conexão em todas as escolas, ligações *on line* em todas as residências”, (OLIVO, 2003, p. 350-351) e por que não a conexão em todos os lugares ermos da orbe. ⁴⁹³

Note-se: Todos tem o direito de TER acesso.

⁴⁹² ASCENÇÃO José Oliveira. Sociedade da informação e mundo globalizado. In: *Propriedade Intelectual & Internet*. Marcos Wachowicz coord. Curitiba: Juruá, 2006. p. 22

⁴⁹³ OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. Os ‘novos’ direitos enquanto direitos públicos virtuais na sociedade da informação. In: WOLKMER, Antonio Carlos et. al. (Org.) *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

A Internet é um caminho sem volta, como informa ERICK IRIARTE AHON, ou seja: “El cambio hacia una sociedad del conocimiento existe y no hay vuelta atrás”.⁴⁹⁴

Com a internet, ocorreu à utilização maciça por parte da sociedade, assim a facilidade na transmissão de informações acarretam muitos questionamentos e impasses, como o acesso à informação.

As obras e criações de tutela pelos direitos autorais encontraram na Internet um amplo meio de divulgação e facilitação do acesso à cultura. Todavia [...] o grande desafio está no estabelecimento de equilíbrio entre os interesses dos autores e da sociedade, primando-se pelo atendimento de sua função social.[...] Um questionamento freqüente acerca da regulamentação do acesso da informação consiste na dificuldade em se estabelecer o limite aceitável entre os interesses dos detentores e titulares dos direitos dos usuários.⁴⁹⁵

Por outro lado à era da globalização, vem demonstrando o poder com o qual se reveste o mercado mundial.

Dessa forma, a globalização para JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO

Na medida em que resulta técnica e social geral a globalização é uma fatalidade. E porque é em parte uma fatalidade, não tem sentido ser contra ou a favor dela. É só a partir do inevitável que o posicionamento humano tem sentido.⁴⁹⁶

O foco das atenções se volta à inclusão, ao acesso do autor excluído nos países periféricos, mais precisamente o Brasil, ou seja, acesso à informação como direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A propriedade intelectual é um tema sempre muito presente e atual, e, com a passagem do direito privado ao público, com repersonalização, ou despatrimonialização, ou seja, o sistema do início do século XX era patrimonialista e individualista, e hoje não, ele é:

⁴⁹⁴ AHON, Erick Iriarte. Nombres de domínio em el internet. In: *Propriedade Intelectual & Internet*. Marcos Wachowicz coord. Curitiba: Juruá, 2006. p. 171.

⁴⁹⁵ VITALIS, Aline. A função social dos direitos autorais: uma perspectiva constitucional e os novos desafios da sociedade de informação. In: Brasil. Ministério da Cultura. *Direito Autoral*. Coleção Cadernos de políticas culturais. V. 1. Brasília: Ministério da Cultura, 2006, p. 223.

⁴⁹⁶ ASCENÇÃO José Oliveira. Sociedade de informação e mundo globalizado. In: *Propriedade Intelectual & Internet*. Marcos Wachowicz coord. Curitiba: Juruá, 2006. p. 16.

funcionalizado, ou seja, a função social da propriedade intelectual, juntamente com à dignidade da pessoa humana e a valores sociais estão insculpidos na Constituição de 1988.

Dessa forma a edificação e repercussão do princípio do conhecimento/da informação, princípio este constitucional, e a relação jurídica do Estado para assegurar a dignidade humana do autor: diga-se: Todos os direitos fundamentais encontram sua vertente no princípio da dignidade da pessoa humana, dessa forma, é necessário aclarar nesse contexto que autor propriamente dito é o autor excluído, aquele que não tem acesso à informação, ou que possui pouco conhecimento para a salvaguarda de seus direitos autorais. Isso para falarmos na realidade jurídica brasileira apenas.

Afirme-se também que a inclusão digital - um direito de *quinta* geração - compreende os direitos da realidade virtual, da informática e da Internet. Inclusão significa, melhorar as condições de vida de uma determinada região ou comunidade com ajuda da tecnologia. E que representa direito a acesso digno, eficiente, público e gratuito. A toda à informação científica, artística e cultural. É dizer: ao conhecimento de forma geral.

Se por uma via, o que se quer demonstrar é justamente que hoje, século XXI, a propriedade importante – fundamental – não é mais a propriedade imóvel ou a móvel, mas a do conhecimento, da informação.

Por outra via, é mostrar que exerce o Estado hoje um papel fundamental, de fiscalizador, orientador do princípio da “função” da propriedade, pois é responsável direto pela vigilância e promovedor do bem-estar social.

Frise-se novamente: A inclusão digital será efetiva quando for concebido o “direito de acesso” à informação como um direito humano. Ou seja: os avanços tecnológicos estão aumentando o número de excluídos da sociedade.

Visto que a inclusão digital, significa necessariamente incluir, dar acesso, permitir que os historicamente “excluídos” pela não concessão de oportunidades, façam parte da Nova Era. Ou seja, incluir os cerca de 90% da população brasileira.

E é nesse ponto que também se traz o AUTOR, ou seja, o autor excluído que é proprietário, de um bem imaterial - intelectual e que, no entanto, desconhece, pela sua ignorância, ou que conhece pouco ou quase nada da proteção jurídica. E é esse autor que se quer proteger.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Ana R. V. *Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

AHON, Erick Iriarte. Nombres de domínio em el internet. *In: Propriedade Intelectual & Internet*. Marcos Wachowicz coord. Curitiba: Juruá, 2006.

AMARAL, Francisco. *Racionalidade e sistema no Direito civil brasileiro* In: Revista de Informação Legislativa a. 31. n. 121 jan/mar, 1994.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. A função social do direito autoral e as limitações legais. *In: Direito da propriedade Intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Luiz Gonzaga Silva Adolfo e Marcos Wachowicz coord. Curitiba: Juruá, 2007.

ASCENÇÃO José Oliveira. Sociedade da informação e mundo globalizado. *In: Propriedade Intelectual & Internet*. Marcos Wachowicz coord. Curitiba: Juruá, 2006.

BARBOSA, Denis B. Domínio Público e patrimônio cultural. *In: Direito da propriedade Intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Luiz Gonzaga Silva Adolfo e Marcos Wachowicz coord. Curitiba: Juruá, 2007.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Coisas*. Edição Histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. Também CARVALHO SANTOS, J.M. de. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. V. VII e IX. 10. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961.

BÜHRING Marcia Andrea. Competência Tributária, Limites Ancorados Nos Princípios E Nas Normas Jurídicas. In Doutrina Jurídica Brasileira (CD ROM) Org. Sergio Augustin. Caxias do Sul: Plenum, 2004.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional Tributário*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

COLAÇO, Tais, Luzia. Identidade cultural e inclusão digital dos povos indígenas...

DI BLASI, Gabriel. A propriedade industrial: os sistemas de marcas, patentes e desenhos industriais analisados a partir da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. *Apreciação crítica do Código Civil de 2002 na perspectiva constitucional do direito civil contemporâneo*. Revista jurídica n. 304, fevereiro 2003.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 2. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1995.

HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de Propriedade Intelectual*. Conforme a Lei 9610 de 19.2.1998. 3 ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002.

KUHN, Thomas S. *A Estrutura das revoluções científicas*. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1992.

LOBO, Thomaz Thedin. *Introdução à Nova Lei de Propriedade Industrial*. São Paulo: Atlas, 1997.

LOUREIRO, Luiz Guilherme de A. V.. *A lei de propriedade industrial comentada*. São Paulo:

Mapa da Exclusão Digital. Disponível em <http://www2.fgv/ibre/cps/mapa>. Acesso em 07.12.2007.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado – Parte Especial – Tomo XI. Direito das Coisas: Propriedade, Aquisição da Propriedade Imobiliária*. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1995.

MORAES, Rodrigo. A função social da propriedade intelectual na era das novas tecnologias. In: Brasil. Ministério da Cultura. *Direito Autoral*. Coleção Cadernos de políticas culturais. V. 1. Brasília: Ministério da Cultura, 2006.

NOVO DICIONÁRIO BRASILEIRO MELHORAMENTOS ILUSTRADO, 3 ed. Egéria S/A v. 1.

OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. Os ‘novos’ direitos enquanto direitos públicos virtuais na sociedade da informação. In: WOLKMER, Antonio Carlos et. al. (Org.) *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao direito civil contemporâneo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

QUINTERO. Héctor Ramón Peñaranda. Propiedad intelectual em Venezuela Y su relación com el derecho informático. In: *Propriedade Intelectual & Internet*. Marcos Wachowicz coord. Curitiba: Juruá, 2006.

REBELO, Paulo. Inclusão digital: o que é e a quem se destina? Disponível em <http://webinsider.uol.com.br/index.php>. Acesso em 07.12.2007.

Revista eletrônica Integração. Disponível em <http://integração.fgvsp.br/ano6/06/pesquisas.htm> acesso em 07.12.2007.

RIZZARDO, Arnaldo (1992,

ROWER, Aires. J. e WINTER Djônata. A revolução tecnológica digital e a proteção da propriedade intelectual. In: *Propriedade Intelectual & Internet*. Marcos Wachowicz coord. Curitiba: Juruá, 2006.

SANTOS, Manuel J. P. Princípios Constitucionais e propriedade intelectual - o regime constitucional do direito autoral In: *Direito da propriedade Intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Luiz G. Silva Adolfo e Marcos Wachowicz coord. Curitiba: Juruá, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998 (prefácio).

SILVA FILHO, Antônio Mendes. Os três pilares da inclusão digital. Disponível em <http://espaçoacademico.com.br> Acesso em 07.12.2007.

TEPEDINO, Maria Celina B. Moraes. *A caminho de um direito civil constitucional*. In: Revista de Direito Civil n. 65.

TEPEDINO, Gustavo. 80 anos do Código Civil brasileiro: um novo Código atenderá às necessidades do país? p. 17 dez. 1997.

VARELA Laura Beck. *Das propriedades à propriedade: Construção de um direito*. Judith Martins-Costa org. In: *A reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VARELA Laura Beck e LUDWIG. Marcos de Campos. *Da propriedade às propriedades: Função social e reconstrução de um direito*. Judith Martins-Costa org. In: *A reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 46.

WACHOWICZ, Marcos. Los paradigmas de la sociedad de la información y el derecho informático. In: *Propriedade Intelectual & Internet*. Marcos Wachowicz coord. Curitiba: Juruá, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Direitos reais. São Paulo: Atlas, 2006

VITALIS, Aline. A função social dos direitos autorais: uma perspectiva constitucional e os novos desafios da sociedade de informação. In: Brasil. Ministério da Cultura. *Direito Autoral*. Coleção Cadernos de políticas culturais. V. 1. Brasília: Ministério da Cultura, 2006.

WACHOWICZ, Marcos. Os direitos da Informação na Declaração Universal dos Direitos do Homem. *In: Propriedade Intelectual & Internet*. Marcos Wachowicz coord. Curitiba: Juruá, 2006.

WOLF, Martín. *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Cosas*. Tomo III, vol. 2. 3 ed. Trad. Blas Pérez González y José Alguer, Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1971.

WACHOVICZ, Marcos. A revolução tecnológica da informação - os valores éticos para uma efetiva tutela jurídica de bens intelectuais. *In: Direito da propriedade Intelectual: estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Luiz Gonzaga Silva Adolfo e Marcos Wachowicz coord. Curitiba: Juruá, 2007.

AS FRONTEIRAS DA IMUNIDADE DO DIREITO AUTORAL SOBRE TRABALHOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Maria do Socorro Barbosa Araujo⁴⁹⁷

Cintia Beatriz de Freitas Alves⁴⁹⁸

SUMÁRIO 1.Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1 Perspectiva histórica da proteção autoral. 2.2. Situação do Direito Autoral no ordenamento jurídico. 2.3. A questão da imunidade autoral sobre produções intelectuais desenvolvidas no âmbito da Administração Pública . 3. Conclusão.

RESUMO: Em linhas gerais, o presente ensaio abre a discussão sobre o interesse público que envolve o direito de autoria, especificamente sobre trabalho escrito. Adota como referência os trabalhos típicos da Administração Pública desenvolvidos por servidores públicos, contratados, terceirizados e demais colaboradores, com o fim de conduzir a máquina administrativa, na gestão dos interesses públicos primários e secundários. Parte da premissa de que tais trabalhos, ainda que intelectuais, e ainda que amparados pelo direito de autoria, são alcançados pelo manto da imunidade, prevista na Lei nº 9.610/1998 e nos Tratados dos quais o Brasil é signatário. A abordagem adotada destaca a necessidade de ampliar, por regulamentação legal expressa, ou por interpretação principiológica e sistemática, o manto da imunidade, para que este venha alcançar os trabalhos intelectuais produzidos na estrutura administrativa do Poder Público, tal como ocorre com as atividades preponderantes dos Poderes Legislativo e Judiciário. Inicia apresentando um breve histórico do direito de autoria no ordenamento interno e internacional. Destaca os elementos determinantes do direito de autoria, questionando seus fins sociais e os postulados teleológicos do princípio da imunidade autoral, ao tempo em que apresenta conceitos básicos relacionados à matéria, e conclui propondo algumas alternativas passíveis de serem adotadas, no cotidiano das relações jurídicas, para fins de ponderar os conflitos que se insurgem na esfera pública, na atualidade.

⁴⁹⁷ Mestranda em Direito, pela Universidade Católica de Brasília. Assessora Jurídica em Projeto de Cooperação Internacional com o Ministério da Educação-MEC, pelo Programa das Nações Unidas-PNUD, em Brasília-DF

⁴⁹⁸ Especialista em Direito pela Universidade Federal de Goiás. Consultora Jurídica em Projeto de Cooperação Internacional com a UNESCO, pelo Ministério da Educação-MEC, em Brasília-DF.

PALAVRAS CHAVE: Direito Autoral. Trabalhos Intelectuais. Interesse Público. Administração Pública. Imunidade.

ABSTRACT: In general lines, this work opens up the discussion on the public interest involving the right of authorship, specifically on written work. It adopts as a reference work typical of Public Administration developed by public officials, contractors, subcontractors and other collaborators in order to lead the administrative machinery, management of public interests primary and secondary. Part of the premise that such work, even intellectuals, and even though protected by the right of authors, are made by the cloak of immunity, under Law No. 9.610/1998 and the treaties to which Brazil is a signatory. The approach adopted highlights the need to expand, by express legal regulations, or from the beginning and systematic interpretation, the mantle of the immunity so that it will achieve the intellectual work produced in the administrative structure of the public authorities, as happens with the activities of the preponderant Legislative and Judicial Powers. Starts giving a brief history of the right of authors in planning of national and international legislation. Highlights the key determinants of the right of authors, questioning their social purposes and the teleological postulates the principle of immunity copyright, the time when he presents basic concepts related to the subject, and concludes by proposing some alternatives that can be adopted in the daily lives of relationships, for the purpose of considering the conflicts that are rising in the public sphere, in actuality.

KEY WORDS: Authorship Right. Intellectual Work. Public Interest. Public Management. Immunity.

1. INTRODUÇÃO

Não temos a pretensão de elucidar, no presente estudo, as questões polêmicas sobre a proteção autoral, até porque um trabalho desta magnitude seria objeto de amplas e variadas pesquisas e fruto de diversas teses.

O tema em discussão aqui não será o direito autoral sobre *software* ou sobre a matéria jornalística, tampouco sobre teledifusão, radiodifusão ou obras de artes em geral. O foco da presente pesquisa ficará adstrito à produção intelectual escrita, tendo como objeto de estudo os trabalhos desenvolvidos no âmbito da Administração Pública, frutos do engenho intelectual

de servidores, prestadores de serviço, ou consultores, para fins de uso nas rotinas e atividades a cargo do Estado. Ou seja, o objeto de estudo aqui são os trabalhos desenvolvidos no âmbito da Administração Pública, com recursos do erário, como fruto do engenho intelectual de profissionais, no exercício de função pública, para fins de implementação das políticas públicas do Estado.

Também não temos o propósito de esgotar a discussão relativa aos limites e alcance da tutela autoral, tampouco estabelecer dogmas sobre a imunidade conferida a determinadas produções intelectuais. O nosso propósito é abrir discussão sobre os alcances e limitações do princípio da imunidade autoral, tal como consignado atualmente na ordem jurídica, e se os trabalhos típicos e peculiares desenvolvidos com o fim único de conduzir a máquina administrativa nos programas, projetos e atividades de natureza administrativa a cargo dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, estariam albergados pela imunidade.

Para este estudo, partimos da premissa de que aqueles trabalhos elaborados para fins de uso nas rotinas da administração pública, peculiares à condução da máquina administrativa e atinentes a planejamento, criação, implantação, execução e controle de programas, projetos e atividades a cargo do Estado, em princípio, não seriam objeto de proteção autoral porque estariam amparados por alguma das hipóteses de imunidade prevista no art. 8º da Lei nº 9.610/98.

Defendemos a imunidade do direito de autoria sobre os trabalhos e textos desta natureza, em isonomia com a imunidade deferida legalmente aos escritos de caráter legislativo e judiciário. Pensamos que será uma tarefa árdua, pois toda a literatura, ou pelo menos boa parte dela, parece não dar relevo os aspectos de interesses públicos que, eventualmente, podem ser violados em face do caráter predominantemente privatista do direito autoral, na sua configuração vigente.

O desafio consiste em topicamente identificar ou delimitar quais os trabalhos e textos produzidos no âmbito da Administração Pública, para os fins de implementação de políticas públicas, que estariam abrigados pelo direito de autoria, e quais estariam fora do alcance da tutela autoral, porque abrigados pelo manto da imunidade, previsto no ordenamento jurídico interno e internacional.

Para tanto, haveremos de abordar a legislação interna e nos socorrer dos postulados do direito internacional, presentes nos Tratados e Convenções dos quais o Brasil é signatário, onde está albergado o princípio da imunidade que alcança o ordenamento jurídico de todos os Estados-parte, uma vez que o aparato jurídico interno não oferece elementos suficientes para clarear a questão, sob o enfoque que aqui será abordado.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 Perspectiva histórica da proteção autoral

O avanço tecnológico experimentado pelo mundo no início deste século tem provocado sensíveis transformações nas relações entre as pessoas, as nações e os estados. Esse dinamismo enseja, conseqüentemente, avanço ou adequação do ordenamento jurídico, de modo que o direito venha dar respostas aos novos conflitos que surgem no seio da sociedade.

Tais transformações repercutiram na valoração do conhecimento e informações, dando origem à Sociedade do Conhecimento⁴⁹⁹, que, definitivamente coroou a informação e o conhecimento como bens de mercado, adotadas como moeda de troca nas relações sociais, comerciais e econômicas internas e internacionais. Inúmeros vêm sendo os efeitos e abrangência da Era da Informação, na qual a produção intelectual, gradualmente, passou a ganhar novo *status* e novas dimensões, enquanto bem jurídico a ser protegido⁵⁰⁰.

A proteção da propriedade, por meio do direito autoral, tem ganhado espaço para novas discussões, também, em face das situações concretas levadas ao judiciário para dirimir controvérsias sobre o reconhecimento ou a constituição de direitos de autoria sobre trabalhos produzidos pelo engenho humano⁵⁰¹.

A dinâmica das relações sociais deve ser amparada por igual evolução da legislação e dos estudos doutrinários, de modo que o direito autoral, para ter validade, não pode fugir a esta regra historicamente perseguida pelo direito.

⁴⁹⁹ A Sociedade do Conhecimento tem por base o capital humano ou intelectual. Disponível em << LUCCI, Elian Alabi. *A Era Pós-Industrial, a Sociedade do Conhecimento e a Educação para o Pensar*. <http://www.hottopos.com/vidlib7/e2.htm> >> Acessado em 26/11/2007. **Sociedade da informação** é um termo que também pode ser chamado de **Sociedade do conhecimento** ou **Nova economia**, surgiu no fim do **Século XX** vinda da expressão **Globalização**. Este tipo de sociedade encontra-se em processo de formação e expansão. No **Brasil** e no mundo, a Sociedade da Informação é uma nova Era, onde as transmissões de dados são de baixo custo e as tecnologias de armazenamento são amplamente utilizadas, onde a informação flui a velocidades e em quantidades antes inimagináveis, assumindo valores políticos, religiosos, sociais, antropológicos, econômicos, fundamentais e etc. A **sociedade da informação** é a consequência da explosão informacional, caracterizada sobretudo pela aceleração dos processos de produção e de **disseminação da informação** e do conhecimento. Esta sociedade caracteriza-se pelo elevado número de atividades produtivas que dependem da **gestão de fluxos informacionais**, aliado ao uso intenso das **novas tecnologias de informação e comunicação**. Culturas e identidades coletivas são uma consequência dessa nova era; Houve uma **padronização de culturas e costumes**. O que formou essa sociedade foi o processo de reestruturação capitalista, de modo que este novo sistema econômico e tecnológico ficou conhecido como **capitalismo informacional**. Nessa fase do capitalismo o que rende é a criação de informação/idéias. Disponível em << http://pt.wikipedia.org/wiki/Sociedade_da_inform%C3%A7%C3%A3o >> acessado em 26/11/2007.

⁵⁰⁰

⁵⁰¹ Ver decisão em Agravo de Instrumento proferida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, nos autos do Processo nº 2007.01.00.049756-6/DF.

Os reflexos no ordenamento jurídico são notados pela relevância conferida aos estudos das matérias atinentes aos chamados direitos intelectuais ou direitos derivados da propriedade intelectual. Igualmente tem se verificado um crescente interesse e necessidade de regulamentação da matéria no direito positivo, sobretudo com o aprimoramento gradativo da legislação especial destinada à disciplinar tais direitos.

É bem verdade que a proteção aos direitos intelectuais tem origem em tempos mais remotos, bem anteriores ao século atual. Os modernos direitos autorais tem origem nas práticas de regulação das *guildas*⁵⁰² e corporações de ofícios da baixa Idade Média, tendo como primeira legislação, o Estatuto da Rainha Ana de 1710, que tomou com base os princípios de ordenamento da indústria do livro, estabelecido pela Companhia dos Livreiros de Londres no século XVI⁵⁰³.

Na mesma onda da evolução já destacada, foi publicada a Lei nº 9610/98 que altera, atualiza e consolida a legislação sobre Direitos Autorais. Contudo, no ordenamento interno, encontram-se registros já em 1827, quando da implantação dos cursos jurídicos no país, com garantia aos autores do “privilegio da obra por 10 anos”. Em 1830, o Código Criminal do Império tratou do tema, como posteriormente fez o Código Civil de 1916, fixando os direitos do autor e seus limites. Em 1922 o Brasil aderiu a Convenção de Berna⁵⁰⁴ para a Proteção de Obras Literárias e Artísticas, tendo sido até há pouco a única Nação da América Latina a tê-lo feito. Em 1973 a Lei nº 5988 veio consolidar as várias legislações editadas ao longo dos anos para atender as peculiaridades das distintas naturezas dos trabalhos de autores e intérpretes.

⁵⁰²As guildas, corporação artesanal ou corporações de ofício eram associações de artesãos de um mesmo ramo, isto é, pessoas que desenvolviam a mesma atividade profissional que procuravam garantir os interesses de classe e regulamentar a profissão. Ocorreram durante a Idade Média e mesmo após, na Europa. O segredo industrial era parte importante da instituição das guildas. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Guilda>>. Acessado em 01/06/2008.

⁵⁰³ NAVES, Nilson. *Direito Autoral*. Revista CEJ. Ano VII. Junho de 2003. Brasília.

⁵⁰⁴ A Convenção da União de Berna (CUB) nasce na década de 80 do [século XIX](#), fruto dos trabalhos que resultaram na *Associação Literária e Artística Internacional* de [1878](#), desenvolvida por insistência do escritor [francês Victor Hugo](#). Foi publicada em 9 de setembro de 1886, completada em Paris a 4 de maio de 1896, revista em Berlim a 13 de novembro de 1908, completada em Berna a 20 de Março de 1914, revista em Roma a 2 de junho de 1928, em Bruxelas a 26 de junho de 1948, em Estocolmo a 14 de julho de 1967 e em Paris a 24 de julho de 1971. Em 1975, o Brasil promulgou a Convenção de Berna por meio do Decreto nº 75.699, de 24 de julho de 1971. O alcance objetivo da Convenção de Berna são as obras literárias e artísticas, incluindo as de caráter científico, qualquer que seja o seu modo de expressão. Assim, não só os [livros](#) e as [esculturas](#), objecto tradicional de protecção, mas também a [multimédia](#), as produções a [laser](#) ou qualquer outra criação com auxílio a tecnologias futuras, são alcançadas pela Convenção, desde que redutíveis à noção de [artístico](#) ou [literário](#). Esta Convenção foi revista em [Paris](#) (1896) e [Berlim](#) (1908), completada em Berna (1914), revista em [Roma](#) (1928), [Bruxelas](#) (1948), [Estocolmo](#) (1967) e Paris (1971), emendada em 1979. Desde 1967 que a Convenção é administrada pela *World Intellectual Property Organization* (WIPO), incorporada nas [Nações Unidas](#) em 1974. In. << http://pt.wikipedia.org/wiki/Conven%C3%A7%C3%A3o_da_Uni%C3%A3o_de_Berna>>. Consultado em 09/11/2007.

Em 1998 entram em vigor a nova Lei de Direitos Autorais⁵⁰⁵, justificada diante dos princípios e diretrizes emanadas da Carta Magna, e a Lei de Proteção ao Programas de Computador, necessária em face das recentes conquistas da ciência e da técnica⁵⁰⁶.

2.2 Situação do Direito Autoral no ordenamento jurídico

Feita esta breve perspectiva histórica, antes de começar a discorrer propriamente sobre o objeto deste trabalho, cabe-nos situar o direito autoral, adiantando que o mesmo integra os chamados direitos intelectuais. Tais direitos intelectuais ou direitos derivados da propriedade intelectual *são aqueles que se relacionam à autoria e utilização de obra decorrente de produção mental da pessoa; são vantagens jurídicas concernentes aos interesses morais e materiais resultantes de qualquer produção científica, literária ou artística*⁵⁰⁷.

Os direitos intelectuais se desdobram em: i) direito de propriedade industrial, previsto no art. 5º, XXIX da Constituição Federal e regido pela Lei nº 9.279/1996; ii) direitos intelectuais relativos à criação e utilização de “software”, regido, por sua vez, pela Lei nº 9.609/1998 e, iii) direito autoral⁵⁰⁸, previsto no art. 5º, incisos XXVII e XXVIII da Constituição Federal e regido pela Lei nº 9.610/1998.

A disciplina da legislação interna está em consenso com os Acordos, Tratados Internacionais e Convenções que, igualmente, versam sobre a matéria, dentre os quais, destacam-se: o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio – TRIP’s; o Tratado Internacional sobre o Registro Internacional de Obras Audiovisuais; a Convenção de Berna Relativa à Proteção das Obras Literárias e Artísticas; a Convenção Universal sobre Direito de Autor e a Convenção Internacional sobre os Direitos

⁵⁰⁵ Os fundamentos do direito autoral estão presentes na Constituição de 1998. (Art. 5º, IV e IX, XXVII, XXVIII, 215, 216, § 3º, 220 caput).

⁵⁰⁶ NAVES, Nilson. *Direito Autoral*. Revista CEJ. Ano VII. Junho de 2003. Brasília

⁵⁰⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 6º ed. LTr. São Paulo.2007

⁵⁰⁸ Direito autoral é o direito que todo criador de uma obra intelectual tem sobre a sua criação. WILLINGTON, João; OLIVEIRA, Jaury N. *Nova Lei Brasileira de Direitos Autorais*, 2 ed. Revista e Atualizada. Lumen Júris. Rio de Janeiro. 2002. O direito autoral tem atributos de natureza moral e patrimonial. *Utiliza-se a expressão Direito Moral ou Direitos Morais para designar o aspecto pessoal do autor com relação à sua criação, ou seja, o direito ou prerrogativa que tem aquele que criou uma obra intelectual de defendê-la como atributo de sua própria personalidade (como autor), uma vez que ela é a emanção da sua mais íntima divagação, de seu pensamento manifestado e compartilhado com o mundo exterior*. O direito moral de autor é modalidade do direito de personalidade. Apud. CASTRO, Lincoln Antônio. Noções sobre Direito Autoral. Disponível em << <http://www.uff.br/direito/artigos/lac-03.htm> >> Acessado em 28/08/2007. Os direitos patrimoniais asseguram ao criador o retorno financeiro de todas as relações econômicas que tenham por objeto a sua obra intelectual. É negociável, total ou parcialmente, por tempo determinado, ou indeterminado. No sistema inglês, os direitos morais são prerrogativas secundárias do autor, em relação aos direitos patrimoniais. PIMENTA, Eduardo. *Princípios de Direitos Autorais: um século de proteção autoral no Brasil 1898 – 1998*, Livro I, Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2004.

de Autor em Obras Literárias, Científicas e Artísticas e ainda a Declaração Universal dos Direitos do Homem⁵⁰⁹.

2.3 A questão da imunidade autoral sobre produções intelectuais desenvolvidas no âmbito da Administração Pública

A Convenção de Berna consignou os postulados da imunidade e, em deferência à soberania dos Estados-parte, no entanto, reservou-lhes o direito de legislar sobre a proteção especial a ser conferida aos textos oficiais de caráter legislativo, administrativo ou judiciário, bem como às *traduções oficiais desses textos*⁵¹⁰.

No caso do Brasil, a legislação especial que dispõe sobre direitos intelectuais, de um modo geral, disciplinou a matéria, conferindo proteção às *obras⁵¹¹ intelectuais⁵¹², as criações do espírito expressas por qualquer meio ou fixadas por qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro⁵¹³*. Ao destacar o bem jurídico a ser protegido com direito de autoria, a lei elencou um rol exemplificativo. Ao mesmo tempo destacou um rol taxativo dos bens jurídicos que estariam amparados com o manto da imunidade, quais sejam: *“as idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais; os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios; os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções; os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais; as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas; os nomes e títulos isolados; o aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras”*⁵¹⁴.

⁵⁰⁹ Sobre o direito da propriedade intelectual na ordem jurídica internacional, ver BASSO, Maristela. *Os Fundamentos Atuais do Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Revista CEJ. Ano VII. Junho de 2003. Brasília.

⁵¹⁰ Artigo 2, Item 4 da Convenção de Berna relativa à protecção das obras literárias e artísticas.

⁵¹¹ Segundo o Novo Dicionário Aurélio Eletrônico *obra* significa o efeito do trabalho ou da ação; trabalho manual; ação moral; edifício em construção; a produção total de um escritor, artista ou cientista; trabalho literário, científico ou artístico; ação, efeito; qualquer impresso tipográfico, em contraposição a jornal

⁵¹² A doutrina do direito autoral qualifica como obra intelectual toda aquela criação intelectual que é resultante de uma criação do espírito humano (leia-se intelecto), revestindo-se de originalidade, inventividade e caráter único e plasmada sobre um suporte material qualquer. A originalidade é condição sine qua non para o reconhecimento da obra como produto da inteligência criadora. Só a criação permite produzir com originalidade. Não importa o tamanho, a extensão, a duração da obra. A originalidade, porém, será sempre essencial, pois é nela que se consubstancia o esforço criador do autor, fundamento da obra e razão da proteção. Sem esforço do criador não há originalidade, não há obra, e, por conseguinte, não há proteção. WILLINGTON, João; OLIVEIRA, Jaury N. *Nova Lei Brasileira de Direitos Autorais*, 2 ed. Revista e Atualizada. Lúmen Júris. Rio de Janeiro. 2002.

⁵¹³ Artigo 7º da Lei 9.610/1998.

⁵¹⁴ Artigo 8º da Lei 9.610/1998.

Esta lei conferiu imunidade sobre textos de caráter legislativo e judiciário, contudo não explicitou os textos de caráter administrativo que estariam amparados pela imunidade. Limitou-se a estender o manto da imunidade aos *demais atos oficiais*. Daí resta indagar quais seriam estes “*demais atos oficiais*” imunes? Ou seja, a lei não informou se os trabalhos inerentes à máquina administrativa estariam revestidos de imunidade autoral porque indispensáveis ao impulso da máquina pública.

A Procuradoria Regional Federal da 1ª Região, em caso concreto, defende que:

(...) Da leitura do art. 8º da Lei 9.610/98, depreende-se que leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais são imunes a proteção autoral nos estritos termos do referido artigo. Dessa forma os trabalhos intelectuais típicos do poder Legislativo e do Poder Judiciário estão expressamente imunes de direito de autoria.

De igual maneira, os trabalhos intelectuais típicos de serem realizados no âmbito do Poder Executivo que é o detentor da função de governar e administrar os interesses públicos⁵¹⁵, também estão incluídos na previsão legal de imunidade, visto que a expressão, e demais atos oficiais, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções alcançam os atos administrativos em todos os âmbitos da Administração.

A regra geral é que os trabalhos, frutos do intelecto, objeto de relação jurídica de trabalho, desenvolvidos na estrutura da Administração Pública, não podem ser objeto de proteção autoral que inibe a prerrogativa do Estado de usá-los, no interesse público sem qualquer sujeição à liberalidade e interesse do agente público que tenha elaborado. Este é o caso dos manuais, pareceres técnicos, jurídicos, notas técnicas e de todos os trabalhos e textos e demais materiais de apoio da atividade administrativa estatal”⁵¹⁶.

⁵¹⁵ Fonte: http://pt.wikipedia.org/wiki/Poder_executivo.

⁵¹⁶ Extraído de peça de contestação juntada aos autos da Ação Ordinária nº 2007.34.00.038428, que tramita na 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal.

E cita decisão do Conselho Nacional de Direito Autoral:

“Invenções idéias, sistemas e métodos não constituem obras intelectuais protegidas pelo Direito Autoral, porquanto a criação do espírito objeto da proteção legal é aquela de alguma forma exteriorizada. Assim, obra intelectual protegível, o sentido que lhe dava o art. 5o. da Lei 5.988/73 e a atual Lei 9.610, é sempre a forma de expressão de uma criação intelectual e não as idéias, inventos, sistemas ou métodos. 1ª Câmara Nacional de direito Autoral”.
(Fonte http://nbb.com.br/english/publications/intellectual_06.html)

Quase tudo o que fazemos em nossas vidas é fruto do intelecto. Os homens são os únicos seres dotados desta capacidade e a exploram instintivamente como um recurso primário de sobrevivência. Mas será que qualquer forma de expressão material do intelecto expedida no seio da administração pública, na medida em que é obra do espírito, estaria protegida pelo direito? Constituiria direito patrimonial e direito moral, personalíssimo e inalienável? E, em consequência, poderia ser tipificada como obra protegida por direito de autoria?

É preciso muito cuidado para tipificar um trabalho intelectual como obra amparada pelo direito de autoria, pois quase todos os atos praticados pelo ser humano decorrem de uma ação intelectual.

Preocupado com os excessos, J.C. Costa Neto⁵¹⁷ adverte sobre risco de adequar a criação intelectual à efetiva proteção legal das obras intelectuais. Enfatiza citando os ensinamentos de Eliane Y. Abrão que, igualmente, alerta sobre o cuidado para não enquadrar na categoria de obras protegidas tudo aquilo que se conceitue como ‘obra de espírito’ ou ‘criação’. Isso porque tudo o que emana da cabeça, da imaginação do ser humano, é, afinal, obra do espírito, mas daí a se conferir *status* de obra protegida pelo direito de autor a qualquer produção intelectual, vai uma grande distância.

Ao que parece, a principal questão gira em torno do componente de direito moral que envolve o direito de autoria. Se a lei reconhece direito de autoria em trabalho desta natureza, resta obviamente constituído um direito moral, pessoal e inalienável, que garante ao seu titular o direito de reivindicar a autoria da obra, bem como a menção do seu nome na divulgação da

⁵¹⁷ COSTA NETO, José Carlos. *Direito Autoral no Brasil*. Coord. BICUDO, Hélio. Coleção Juristas da Atualidade. FTD. 1998.

mesma e de assegurar a integridade da obra, em sua reputação ou honra, além dos direitos de modificá-la ou retirá-la de circulação. Esses são direitos fundamentais da personalidade e, portanto, inalienáveis e irrenunciáveis⁵¹⁸.

Como poderá o Estado, então, ficar sujeito à vontade do particular em autorizar ou não alterações, por mais singela que sejam, para melhoramento dos trabalhos produzidos? A execução de políticas públicas não poderia ficar a mercê da discricionariedade de particulares. Se assim fosse, a Administração Pública estaria sujeita à vontade de interessados particulares e até, eventualmente, de seus herdeiros, em face das disposições da Lei de Direitos Autorais, relativamente à tutela dos direitos morais sobre todos os trabalhos escritos - ou quase todos - produzidos no âmbito da administração porque frutos da criação dos seus colaboradores. Ao que parece, esta preocupação, escapou aos olhos do legislador.

Neste campo, até aonde vão as prerrogativas do Estado, em face do interesse público, e aonde começa a preponderância do interesse privado amparado no direito moral, em face da sua natureza individual e personalíssima?

Como o Estado brasileiro vem lidando com esta questão? A resposta nos induz às múltiplas funções estatais: Uma coisa é a posição adotada pelo Estado, enquanto condutor de políticas públicas de incentivo à pesquisa e ao desenvolvimento científico e tecnológico; outra coisa é a função do Estado nas suas relações jurídico-funcionais; outra coisa, ainda, é o Estado detentor da prerrogativa máxima e última de legislar e dizer o direito.

Em uma ponderação de valores igualmente constitucionais, seria possível o Estado assumir o risco de prejudicar ou ferir o direito fundamental à educação, por exemplo, para proteger o direito moral de seus agentes ou de particulares sobre trabalhos técnicos por eles produzidos, com o seu engenho intelectual? Pelo relevante fato de serem frutos do pensar humano formalmente materializado, constituiria direito moral e, como tal, estaria passível de amparo pelo direito de autoria? Será que o Estado pode ignorar a natureza de trabalhos produzidos e o fim a que se prestou a produção, com o fito de proteger o direito moral daqueles que, na sua relação funcional com a Administração Pública, desenvolveram trabalho intelectual?

Em se tratando de direito autoral, no Brasil a legislação sempre disciplinou a matéria, preponderantemente sob o enfoque privatista. Os estudos, igualmente, até hoje se conduziram pelo viés privatista, preterindo enfoques sob a ótica do direito público.

⁵¹⁸ PEREIRA, Ana Maria; PIMENTEL, Luis Otávio; MEHLAN, Viviane. *Direitos Autorais: estudos e considerações*. II Cibernética. Simpósio Internacional de Propriedade Intelectual, Informação e Ética, VIII Encontro de Informação e Documentação Jurídica/ENIDJ. 22º Painel Biblioteconomia em Santa Catarina. (Vide art. 24 da Lei nº 9.610/98).

Cabe destacar que a atual lei autoral, depois de dez anos tramitando no Congresso Nacional foi aprovada, em regime de “urgência urgentíssima” em meio à onda privatista que predominou na década de 1990. Não obstante a finalidade de sua origem, repousada no propósito de adequar a lei aos fatos da sociedade, não foi capaz de sanear os sem números de aspectos contraditórios e as lacunas da legislação anterior⁵¹⁹.

Neste sentido, Vanisa Santiago⁵²⁰ enfatiza que uma análise dos aspectos contraditórios, inconsistências e omissões relevantes da lei autoral vigente, não pode dispensar considerações prévias e esclarecedoras sobre os contextos históricos, técnicos e políticos de sua tramitação, aprovação e sanção pelo Poder Público. Depois de destacar os diversos projetos de lei que acabaram por resultar no texto da lei vigente, afirma que os trabalhos no Congresso Nacional visando à aprovação da aludida lei não se restringiram ao campo técnico-jurídico, mas também ao de articulação política para tornar possível a aprovação da lei. Destacou ainda que durante a fase de consultas, a que foi submetido o projeto de lei, os pontos mais polêmicos referiam-se basicamente às seguintes questões: *a cópia privada; a centralização da gestão coletiva dos direitos musicais de execução pública; a existência de um órgão governamental de fiscalização e controle. Outros pontos também levantados foram relativos à cessão de direitos; às obras realizadas por encomenda ou em cumprimento ao dever funcional e às obras audiovisuais, amplamente discutidos para que se pudesse encontrar fórmulas que harmonizassem os interesses de diferentes segmentos.*

Por tais razões, dúvidas ressurgem da aludida lei de direitos autorais, levando-nos a questionar se este diploma legal, ao conferir proteção às *criações do espírito*, estaria contemplando os trabalhos típicos e rotineiros atinentes ao impulso da máquina pública. Por outro lado, ao conferir imunidade aos atos oficiais, leis, métodos, formulários em branco, procedimentos normativos, sistema, métodos, etc, estaria contemplando tais trabalhos, materializados em textos e escritos de caráter administrativo, ainda que inéditos e fruto do esforço intelectual do homem? Quando a Lei nº 9610/1998 deferiu as imunidades previstas nas demais hipóteses contidas no art. 8º, estaria contemplando tais textos de natureza administrativa concernentes às rotinas de implantação das políticas públicas a cargo do Estado?

A busca da resposta a estas questões, invariavelmente, nos leva a questionar quais os postulados axiológicos e teleológicos que justificam a reserva conferida pela Convenção de

⁵¹⁹ SANTIAGO, Vanisa. *A Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998 – Aspectos contraditórios*. In Revista CEJ/Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, vol. 7, nº 21, Ano VII/junho de 2003.

⁵²⁰ SANTIAGO, Vanisa. Op. cit.

Berna à legislação interna de cada Estado-parte para disciplinar sobre a proteção aos textos de caráter legislativo, judiciário e administrativo. Questionam-se, igualmente, quais os postulados da imunidade extensiva àquelas hipóteses previstas no art. 8º da Lei nº 9.610/1998? Qual seria a função social da proteção autoral e qual seria a função social da imunidade? Qual o bem jurídico que o Estado visa proteger com o princípio da imunidade autoral? Qual bem jurídico a ser protegido com a imunidade conferida aos textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais? Acreditamos que, no mínimo, o propósito do Estado é evitar a abuso do direito autoral em detrimento do interesse coletivo⁵²¹.

Pensamos que a prerrogativa conferida pela Convenção de Berna para disciplinamento de proteção aos textos de caráter legislativo, judiciário e administrativo, visa, essencialmente, garantir a titularidade irrenunciável do Estado, no que tange ao exercício de suas atividades típicas e indelegáveis. Ou seja, visa garantir e preservar funcionamento das instituições públicas, para atender as necessidades de uma sociedade plural.

O Poder Executivo necessita fazer uso irrestrito dos trabalhos intelectuais elaborados, a custa do erário, no interesse da Administração Pública, tal como ocorre nos demais Poderes, no exercício das suas atividades preponderantes. Essa prerrogativa conferida ao ente estatal, para o exercício de garantir os direitos fundamentais, constitui a própria essência e razão de ser do Estado Democrático, Social e Humano de Direito.

A boa gestão pública envolve uma teia de relações jurídicas derivadas da Magna Carta, passando por todo um sólido conjunto de dispositivos legais, que justifica a constante ponderação e flexibilização de alguns valores⁵²².

Na esteira da ponderação de valores, o Supremo Tribunal Federal, norteado pelo princípio da razoabilidade, já decidiu:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O

⁵²¹ ABRÃO, Eliane Y. *Direitos do Autor e Direitos Conexos*. Editora do Brasil, São Paulo. 2002.

⁵²² OSÓRIO, Fábio Medina. *Novos paradigmas de gestão em segurança pública*. In. GERMANO, Luiz Paulo Rozek; GIORGIS, José Carlos Teixeira (Org). *Lições de Direito Administrativo: estudos em homenagem a Octavio Germano*

estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas — e considerado o substrato ético que as informa — permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros." ([MS 23.452](#), Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-9-99, *DJ* de 12-5-00).

3. CONCLUSÃO

Os trabalhos, ainda que frutos da criação intelectual do homem, como os textos de leis, as decisões e peças judiciais, conforme citado na Lei Autoral, não estão protegidas pelo direito de autoria, porque estão amparadas pelo manto da imunidade e, nestas circunstâncias, sobre eles não se cogita pleitear direito autoral, seja moral ou patrimonial.

Com a Emenda Constitucional nº 19, houve a inserção do princípio da eficiência, trazendo a idéia de Estado ou Administração Gerencial, que tem por objetivos o maior controle de resultados, maior autonomia dos órgãos e entidades, fortalecimento do terceiro setor e participação do usuário do serviço público. Nesta nova ordem a gestão administrativa primará pela produção intelectual, com práticas de planejamento estratégico, com necessária busca de profissionais capacitados.

Ou a lei autoral enquadra como produção não amparada pelo direito de autoria os trabalhos intelectuais desenvolvidos na estrutura administrativa do Poder Público ou, do contrário, o Estado está sujeito a enfrentar um caminho sem volta, no que respeita à garantia do direito moral sobre toda e qualquer criação intelectual desenvolvida pelos seus colaboradores, com todas as conseqüências jurídicas e sociais decorrentes desta proteção.

Alternativa distinta seria tipificar tais trabalhos como atos administrativos inerentes a implementação de políticas públicas e, como tais, estariam abarcados pela imunidade já deferida aos atos oficiais.

Por fim, outro caminho vem a ser a possibilidade de uma re-leitura da Lei de Direitos Autorais, sob as lentes da interpretação principiológica e sistemática do ordenamento, de modo que aqueles trabalhos sejam alcançados por alguma das previsões de imunidade normatizada naquele rol taxativo já existente.

O ideal dos juristas é descobrir o que está implícito no ordenamento jurídico, reformando-o, apresentando-o como um todo coerente e adequando-o às valorações sociais vigentes⁵²³.

⁵²³ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 12 ed. Saraiva. São Paulo. 2007.

III FÓRUM DE DEBATES

DIREITO DE AUTOR E NOVOS MODELOS DE NEGÓCIOS



CREATIVE COMMONS: UMA ALTERNATIVA PARA A FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS AUTORAIS E O EXERCÍCIO PLENO DA SUA FUNÇÃO SOCIAL

Gustavo Testa Corrêa ⁵²⁴

SUMÁRIO Introdução. 1. A tutela dos direitos do autor. 2. A tutela no plano administrativo. 3. A tutela no plano civil. 4. A função social dos direitos autorais. 5. As licenças públicas denominadas *creative commons*. Considerações finais

RESUMO A aptidão criativa da pessoa humana é a sua alternativa para a mudança e o progresso. No mesmo sentido, a sua capacidade de imitar é considerada um dos pilares da sociedade democrática, a qual socializa a informação objetivando criar condições reflexivas sobre a realidade, sem exclusão. As faculdades de imitar e criar, práticas naturais do ser humano, passaram a ser tuteladas quando identificada a sua importante contribuição para a sociedade, recompensando-se o agente criativo responsável pela implementação da novidade. A tutela do agente criativo, por sua vez, tem sofrido inúmeras variações em decorrência da dinâmica transformação do terreno social. O mesmo plano mundial para a construção de uma sociedade mais justa e uniforme, confronta o monopólio particular do direito autoral. O grande desafio é conciliar a “democratização” do conhecimento e o interesse do agente criativo, ou seja, relevar o interesse público sobre o interesse particular, exercendo-se plenamente a função social da propriedade atinente ao direito autoral. Para esta questão, insere-se a alternativa da chamada licença pública *creative commons*. As licenças públicas *Creative commons* são operacionalizadas através da disponibilização de licenças jurídicas que permitem ao público acessar obras intelectuais sob condições mais flexíveis, inclusive podendo alterá-las dentro dos limites fixados publicamente, aperfeiçoando-as.

PALAVRAS CHAVES: DIREITOS; AUTORAIS; CREATIVE; COMMONS; FUNÇÃO; SOCIAL

⁵²⁴ Mestre em Direito Empresarial pela PUC/SP, especialista em direito processual tributário pela PUC/SP, bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, advogado, autor de livros e artigos sobre Direito e informática, membro do ISLAT – Associação Internacional para o Desenvolvimento do Direito e Tecnologia.

ABSTRACT A human being is capable of changing his environment using his aptitude of creation. Thus, his capacity to imitate is considered one of the pillars of a democratic society, which socializes information creating conditions to understand reality, without exclusion. Create depends upon an agent capable of processing reality that surrounds him, conceiving and inferring a preexisting reality, contaminated by judgments of valuation. These skills, imitate and create, started to gain importance as society recognized them as something positive to her development, rewarding those responsible for the implementation of the newness. The guardianship of the creative agent, in turn, has suffered innumerable variations resulting from society's dynamic transformation. Most governments have been facing a great challenge to build a joust society, which is the private monopoly of the copyright. The great challenge is to conciliate democratization of knowledge and interest of a creative agent, that is, to raise the public interest over private thinking, exerting fully the social function of the property related to copyright. For this question, there's an alternative called creative commons. The public licenses called creative commons are legal licenses that allow public to have access to intellectual workmanships under flexible conditions, also being able to modify them under fixed limits, perfecting them.

KEYWORDS: COPYRIGHT; CREATIVE; COMMONS; ALTERNATIVE; SOCIAL

INTRODUÇÃO

A pessoa humana, desde os primórdios da sua existência, desenvolveu duas habilidades determinantes para o desenvolvimento e evolução do seu convívio social, criar e imitar. Observando e incorporando gestos, usos e costumes, indivíduos identificavam-se coletivamente, criando subsistemas que agrupavam indivíduos semelhantes.

O processo de comunicação repetitivo implementou a harmonização do convívio social, gerando uma homogeneização de interesses, provocando o intercâmbio e a evolução de concepções meramente abstratas para o bem da coletividade.

Primitivamente ou não, a atual concepção do universo, das próprias coisas que o compõem, constituem o substrato para uma das exclusivas virtudes do ser humano, a capacidade de criar.

A aptidão criativa da pessoa humana é a sua alternativa para a mudança e o progresso. No mesmo sentido, a sua capacidade de imitar é considerada um dos pilares da sociedade

democrática, a qual socializa a informação objetivando criar condições reflexivas sobre a realidade, sem exclusão.

Um ente social, em qualquer tempo, encaixa-se neste mecanismo evolutivo, ora criando, com maior ou menor grau de originalidade, ora reproduzindo algo existente, socializando a novidade dentro da teia social.

Assinale ainda que nenhum processo inventivo é desprovido de anterior substrato, verdadeiro terreno fértil para que o fruto da criatividade germine, a exemplo de obras literárias com enorme carga de originalidade em que, entretanto, pode-se identificar vestígios e inspiração em outras obras.

A “coisa nova” depende de matéria e criação anterior para eclodir, ainda que o autor não a identifique de forma consciente. Criar depende de um agente capaz de processar a realidade que o circunda, concebendo e inferindo uma realidade pré-existente, contaminada por seus juízos de valoração.

As faculdades de imitar e criar, práticas naturais do ser humano, passaram a ser tuteladas quando identificada a sua importância para a sociedade, recompensando-se o agente criativo responsável pela implementação da novidade.

A tutela do agente criativo, por sua vez, tem sofrido inúmeras variações em decorrência da dinâmica transformação do terreno social e desenvolvimento de novas tecnologias. O mesmo plano mundial para a construção de uma sociedade mais justa e uniforme, esbarra sobre o monopólio particular do conhecimento.

O grande desafio é conciliar a “democratização” do conhecimento e o interesse do agente criativo, confirmando o interesse público sobre o interesse particular, exercendo-se plenamente a função social da propriedade atinente ao direito autoral. Para esta questão, insere-se a alternativa da chamada licença pública *creative commons*.

1. A TUTELA DOS DIREITOS DO AUTOR

O autor, ao criar algo novo, merece ser recompensado. A recompensa, por sua vez, deve ser proporcional ao benefício criado, e, ao mesmo tempo, compatível com o terreno social em que está inserida. Para recompensar a sua contribuição, a ciência jurídica oferece instrumentos que garantem a paternidade e a exploração econômica da criação, ou seja, oferece o direito autoral.

Clóvis Beviláqua afirmou que direito autoral é o direito de autor de obra literária, científica ou artista de ligar o seu nome às produções do seu espírito e de reproduzi-las. Para

Castan Tobeñas é o conjunto de direitos que a lei reconhece ao autor sobre a obra produto da sua inteligência, e fundamentalmente, a faculdade de autorizar ou negar a sua reprodução⁵²⁵.

A complexa disciplina dos direitos autorais e suas peculiaridades, pode ser traduzida pelo embate jurídico criado em torno dos direitos de propriedade e de personalidade. É extremamente útil identificar a natureza jurídica da citada disciplina, para tornar possível a definição das regras jurídicas aplicáveis ao caso concreto e então atribuir-lhe efeitos jurídicos adequados, vislumbrando alguma possibilidade de sua flexibilização⁵²⁶.

Clóvis Beviláqua informa a existência de 3 (três) correntes de classificação distintas, a saber⁵²⁷:

- a) uma forma pela qual se manifesta o atributo da personalidade;
- b) não haveria um direito envolvido, mas um simples privilégio concedido para o implemento das artes, das ciências e das letras;
- c) um tipo especial da propriedade.

O direito brasileiro absorveu a noção de ‘existência paralela’ de dois direitos de natureza intelectual diversa: um pessoal (intransferível e irrenunciável) e outro patrimonial (negociável), os quais nascem simultaneamente com a criação, independente da sua natureza incorpórea. Vê-se então a ‘hibridez’ do direito de autor consagrada em definitivo com o advento da Lei 5.988, de 14/12/1973 e sua sucessora, Lei 9.610, de 19/2/1998.

Os direitos autorais, portanto, são compostos por duas parcelas distintas: uma, atributo da personalidade da pessoa humana, diz respeito aos direitos morais do autor; outra, direito real, envolve os direitos patrimoniais do autor, o qual usufrui e dispõe de sua criação da forma que lhe convier⁵²⁸.

Nesse passo, o autor é investido de direitos, morais e patrimoniais. A afirmação de seus direitos e, concomitantemente, a sua proteção, contra violações de terceiros, demandaram uma disciplina jurídica específica, criando a tutela jurisdicional⁵²⁹. O objetivo é justamente identificar a possibilidade ou não da flexibilização dos direitos morais a patrimoniais do autor em benefício da coletividade.

2. A TUTELA NO PLANO ADMINISTRATIVO

⁵²⁵ CHAVES, Antônio. Criador da obra intelectual, p.27. Ltr, 1995.

⁵²⁶ BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Direitos Autorais na internet e o uso de obras alheias, p. 46. Fundação Getúlio Vargas, 2006.

⁵²⁷ CHAVES, Antônio. Direito de autor: princípios fundamentais, p. 9. Forense, 1987.

⁵²⁸ BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Op. cit., 2006, p. 46.

⁵²⁹ HAMMES, Bruno Jorge. O direito de propriedade intelectual: conforme a Lei 9610 de 19.2.1998, p. 177. UNISINOS, 2002.

No plano administrativo – perante organismos da estrutura do poder executivo federal brasileiro -, as providências situadas no plano assecuratório, são o registro da obra, a menção de reserva e o depósito de exemplares, que, consoante o sistema legislativo em que se inserem, podem ou não, ter caráter obrigatório e condicionante da proteção.

Para Bittar⁵³⁰, dentro do ordenamento pátrio brasileiro, o registro e a menção de reserva são medidas de cunho facultativo, existentes para proporcionar alguma segurança ao titular. Já o depósito de exemplares, obrigatório para obras publicadas, tem em verdade caráter estatístico, de controle e, ainda, de preservação da memória nacional.

Comparativamente, o símbolo © adotado pelo direito estadunidense, como regra mínima em Genebra, é a declaração pública de quem detém os direitos patrimoniais de reprodução daquela obra naquele suporte mediante permissão do autor⁵³¹.

A segurança, proporcionada ao titular da obra e, conferida com o registro e a menção de reserva, consiste precisamente na dificuldade de comprovação da autoria sem a disposição de algum recurso objetivo. Sem os mecanismos, um plagiador poderia se intitular o autor, enquanto que o registro e a menção de reserva são provas incontestes de anterioridade, desde que providenciados pelo autor enquanto a obra ainda é inédita.

Sabe-se, assim, que a facultatividade do registro depende, pois, do interesse do autor, para evitar dúvidas e incertezas na posterior circulação da sua obra, em questões sobre sua autoria e anterioridade⁵³².

3. A TUTELA NO PLANO CIVIL

A tutela, no plano civil, além das medidas previstas pelo Direito Comum, compatíveis com a natureza dos direitos autorais, como as referentes aos direitos personalíssimos e patrimoniais, objetiva a prevenção, garantia, preservação e reparação, com suas cominações possíveis⁵³³.

Ascensão afirma que toda violação de direito autoral enseja, contra partida, sancionamento civil, não interessando o meio utilizado para a prática do ato violatório. É

⁵³⁰ BITTAR, Carlos Alberto. Direito de autor, p. 205. Forense Universitária, 2005.

⁵³¹ ABRÃO, Eliane Y. Direitos de autor e direitos conexos, p. 169. Ed. Do Brasil, 2002.

⁵³² BITTAR, Carlos Alberto. Op. cit., 2005, p. 134.

⁵³³ BITTAR, Carlos Alberto. Op. cit., 2005, p. 137.

irrelevante se a prática tenha ou não acarretado benefícios ao autor, visto ser indispensável a sua prévia autorização⁵³⁴.

A tutela dos direitos de autor no plano cível dispõe de medidas acautelatórias e providências reparatórias que se desdobram de acordo com os interesses do titular, garantindo seus direitos, elidindo e cessando eventuais atentados, reparando a lesão sofrida.

São exemplos de recursos dos direitos autorais: o registro, efetivação compulsória, declaração de existência ou de anterioridade, contestação de pedido contrário, anulação de registro por vício, instrumentos de defesa de posse, entre eles o interdito proibitório, obter exames e vistorias ou a abstenção ou a proibição de práticas contrárias a seus direitos, apreensão de material contrafeito, cominação de sanção pecuniária e indenização por prejuízos materiais e morais⁵³⁵.

4. A FUNÇÃO SOCIAL DOS DIREITOS AUTORAIS

O autor, ao monopolizar o produto do seu intelecto, opõe-se a interesse maior da sociedade, verdadeira depositária de todo o repositório cultural humano, fonte inesgotável e inevitável da qual, sem exceção, todos os autores servem-se para o processo criativo. Há necessidade de resposta a questão dicotômica sobre a prevalência que se deflagra entre os interesses individuais e o interesse público.

Os bens de consumo possuem efetivamente proprietários anteriores aos seus destinatários finais, consoante artigo 37 da Lei de Direitos Autorais, inferindo-se que a aquisição do original ou exemplar de uma obra não confere ao seu adquirente qualquer dos direitos patrimoniais e morais do autor.

Vê-se que enquanto a aquisição de um bem móvel confere ao seu titular o exercício das faculdades de usar, gozar, dispor e reavê-lo do poder de quem injustamente o detenha, quando se trata de bens protegidos pelo direito autoral a incidência da propriedade recai apenas sobre o objeto e não sobre a obra em si, atribuindo ao seu titular o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística e científica, transferindo-se ao seu adquirente somente os direitos sobre o objeto livro e não sobre o texto nele contido⁵³⁶.

⁵³⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*, pp. 536 e 537. Renovar, 1997.

⁵³⁵ BITTAR, Carlos Alberto. *Op. cit.*, 2005, pp. 137 e 138.

⁵³⁶ BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Op. cit.*, 2006, p. 75.

Verifica-se a diferença entre o *corpus mysticum*, a obra em si e que está protegida pelos direitos autorais e, o *corpus mechanicum*, suporte material que permite a sua exteriorização, ressaltando que o primeiro independe do segundo para existir⁵³⁷.

Ascensão reduz a questão esclarecendo que o direito do autor não depende de suporte material, o direito sobre o exemplar não outorga direitos de autor e o direito de autor não outorga direitos sobre o exemplar⁵³⁸.

Os aspectos patrimoniais dos direitos do autor, graças a outorga do direito de exclusividade sobre a obra, oferecem-lhe uma forma de sobrevivência, com a percepção dos frutos de suas respectivas criações, reservando-lhe retirar benefício do aproveitamento alheio de suas obras⁵³⁹.

Primordialmente, o direito da propriedade intelectual detém a premissa de assegurar algum retorno ao econômico ao autor, e, por conseguinte, estimular o desenvolvimento de novas criações, partindo do princípio de que a possibilidade futura de remuneração e a segurança da titularidade da obra são os melhores incentivos para que determinado autor empreite o processo criativo. No entanto, muitas vezes, cria monopólios privados que a análise jurídica tradicional não consegue considerar⁵⁴⁰.

Para Ascensão, o direito de autor, “visa compensar o autor pelo contributivo criativo trazido à sociedade” que em contrapartida, “aceita o ônus que representa a imposição do exclusivo”⁵⁴¹.

Hammes arrola quatro teorias que objetivam justificar a proteção conferida aos autores: a) A teoria do direito natural, que considera justo a criação pertencer ao seu autor, pois pressuposto para a sua criação; b) A teoria da recompensa, que considera a contribuição um avanço técnico para toda a sociedade e, portanto justo, que a vantagem proporcionada seja retribuída com a outorga da exclusividade de explorar a sua criação; c) A teoria do estímulo que aponta a necessidade de investimento de tempo, esforços e capital no processo criativo e a necessidade de sua compensação; d) Por fim a teoria do contrato, dispondo que a inexistência de direito de exclusividade, garantido pelo Estado, não disseminaria publicamente as criações, dada a insegurança de eventual plágio e concorrência⁵⁴².

⁵³⁷ BITTAR, Carlos Alberto. Op. cit., 2005, p. 24.

⁵³⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., 1997, pp. 32 e 33.

⁵³⁹ CHAVES, Antônio. Op. cit., 1995, pp.14 a 19.

⁵⁴⁰ LEMOS, Ronaldo. Direito, tecnologia e cultura, p. 14. FGV, 2005.

⁵⁴¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., 1997, p. 3.

⁵⁴² HAMMES, Bruno Jorge. Op. cit., 2002, p.285.

Acontece que, além do interesse do autor, em relação ao monopólio de sua obra, visualiza-se claramente, um imediato interesse da coletividade, em utilizar livremente essas mesmas obras⁵⁴³. Há dicotomia entre o interesse público e o particular.

Torna-se claro a existência do citado embate relativo a função social quando verificada a questão temporal da proteção outorgada. Em duas opiniões contrárias, mas atinentes ao prazo, Souza e Ascensão divergem, o primeiro defendendo que “o exercício da função social pode apresentar-se também frente aos limites verticais destes direitos, que são os seus prazos de duração”⁵⁴⁴, enquanto Ascensão aponta que “o direito do autor é intrinsecamente temporário; a regra relativa à duração é uma regra sobre a atribuição, e não uma restrição ao direito”⁵⁴⁵.

Não obstante, observa-se que ao longo da história dos direitos autorais no Brasil, assim como em todo o mundo, a duração da proteção aumentou regularmente. Em 1827, no Brasil, restou estipulado o primeiro prazo de proteção ao direito autoral, quando criados dois cursos de nível superior, objetivando a proteção dos materiais didáticos dos respectivos professores criadores dos cursos, conferindo-lhes 10 anos de exclusividade. Em seguida, em 1930, o Código Criminal do Império fixou vitaliciamente a proteção autoral e por mais 10 anos após a morte do autor.

A Convenção de Berna aumentou a proteção após a morte, para 50 anos e garantiu aos países signatários o direito de aumentar esse prazo. O Brasil então, como signatário da referida convenção, aproveitou-se da autorização de aumento de prazo e, na Lei de Direitos Autorais de 1998, estendeu para 70 anos a proteção após a morte do autor. Assim, dependendo da precocidade e da longevidade do autor, pode-se perdurar a proteção por mais de 150 anos.

O fato é que, se anteriormente os meios que dispunham os autores para auferir lucros e a devida compensação pela realização de determinada obra exigiam uma quantidade prolongada de anos, graças aos avanços tecnológicos, atualmente, na contramão daquela realidade (que demandava mais tempo para disseminação da obra), torna-se desnecessária a outorga de prazos excessivos para o aproveitamento econômico de uma determinada obra.

A análise da questão relativa aos interesses econômicos dos verdadeiros exploradores do consequente êxito autoral, deve, tal como afirmado por Ascensão, relevar a situação

⁵⁴³ CHAVES, Antônio. Op. cit., 1995, pp. 18 e 19.

⁵⁴⁴ SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. Direito autoral: legislação básica, p. 276. Brasília Jurídica, 2003.

⁵⁴⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., 1997, p. 212.

econômico-social do autor moderno, a qual não mais corresponde “a visão clássica do criador independente e artesanal”⁵⁴⁶.

Nessa linha, Ascensão ressalta que apenas uma pequena parcela dos autores é independente, enquanto que todos os demais são economicamente dependentes. Obviamente, a capacidade criativa pode refletir inaptidão e falta de interesse para os negócios, enquanto que a vasta tutela autoral faz despertar e aguçar as cobiças de sociedades empresárias que exploram o lume criativo em nome dos criadores, convencidos de que o rendimento do direito do autor é demasiadamente valioso para lhe ser deixado⁵⁴⁷.

Nesse contexto da exploração dos direitos de autor por terceiros, Cordeiro coloca, que “hoje em dia, a realidade mostra-nos que a grande maioria dos titulares são os intermediários (...) a quem os autores transmitem ou oneram os seus direitos”⁵⁴⁸, o que transmite o âmago da questão, da figura do autor-criador para o intermediário-empresário, deslocando o binômio criação-recompensa, pelo binômio investimento-lucro, ou seja, não é mais o sustento familiar do autor em recompensa por sua criação, mas sim o lucro dos empresários e intermediários da indústria do direito autoral⁵⁴⁹.

Tal realidade, priva a sociedade de grande parte da inestimável contribuição, proporcionada pelos autores, que precisa aguardar até que as obras decaiam em domínio público para gozar da sua livre utilização, desvirtuando o direito de autor, que, ao invés de um direito de monopólio, deveria ser um direito da coletividade, conforme a seguinte citação de Manzini: “ O pensamento manifestado pertence a todos: é uma propriedade social. A inspiração da alma humana não pode ser objeto de monopólio”⁵⁵⁰.

A própria Constituição Federal brasileira prevê, em seu artigo 5º, incisos XXII e XXIII a garantia do direito de propriedade, desde que esta atenda a sua função social e, mais adiante, no artigo 170, estabelece que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados determinados princípios, dentre os quais, em destaque, o da função social da propriedade⁵⁵¹.

Como visto, em todos os aspectos, os direitos de autor, evoluíram no sentido de conferir aos seus titulares premissas cada vez mais protecionistas, predominando os interesses

⁵⁴⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., 1997, p. 9.

⁵⁴⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., 1997, p. 10.

⁵⁴⁸ CORDEIRO, Pedro João Fialho da Costa. A duração do Direito de Autor. *In*. Num mundo novo de direito de autor, p. 178. [s. n.], 1994.

⁵⁴⁹ CORDEIRO, Pedro João Fialho da Costa. Op. cit., 1994, p. 278.

⁵⁵⁰ CHAVES, Antônio. Op. cit., 1995, p. 19.

⁵⁵¹ BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Op. cit., 2006, p. 71.

individuais, em detrimento dos interesses da coletividade, um contra senso, quando observado que todos os demais institutos jurídicos empreendem esforços cada vez maiores para trilhar exatamente o caminho contrário, colocando os interesses da coletividade em primeiro lugar.

Assim, norteados pelos princípios constitucionais, tais como o da supremacia do interesse público e da proteção da dignidade humana, enquanto, o direito civil, em regra, promove a sua despatrimonialização, principalmente a partir da segunda metade do século XX, assimetricamente, os movimentos nacionais e internacionais de proteção autoral, principalmente, nas três últimas décadas, promoveram uma ampliação do processo de privatização de seus usos, restringindo usos livres legalmente autorizados⁵⁵², o que segundo Barbosa, expressa as “tendências patrimonialista, argentaria, anti-social, que preside tantas de nossas leis de propriedade intelectual”⁵⁵³.

As diretrizes que consolidam o interesse público em detrimento do interesse individual, encontram-se predominantemente e com razão, no mais alto diploma do nosso ordenamento jurídico, a Constituição Federal, base informativa para todos os demais diplomas, posto que seus dispositivos correspondem aos “valores expressos pelo legislador constituinte que, extraídos da cultura, da consciência social, do ideário ético e da noção de justiça presentes na sociedade, consubstanciam-se em princípios, os quais devem informar o sistema como um todo...”⁵⁵⁴.

A proteção aos direitos autorais, apresenta-se como um dilema, já que “do ponto de vista social, o interesse maior é que todo o conhecimento, uma vez gerado, se torne livremente disponível, o mais rapidamente possível, (...), que todo o conhecimento preserve sua característica de bem público”⁵⁵⁵, enquanto que do outro lado, vislumbra-se a necessidade de incentivo para que os respectivos investimentos se desenrolem, já que para o desenvolvimento de novos saberes e conseguinte disseminação dos mesmo é necessário o retorno dos valores empregados⁵⁵⁶.

Demonstrado então o presente dilema de vital importância, tanto para titulares de direitos autorais quanto para a sociedade, resta buscar soluções, alternativas para garantir ao mesmo tempo, tanto a máxima busca, quanto, a máxima difusão e uso do conhecimento, conciliando esses dois imperativos.

⁵⁵² ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., 1997, p. 33.

⁵⁵³ BARBOSA, Denis Borges; JESSEN, Nelida Jabik. O uso livre de música encontrada na internet, p. 3. Revista de Direito Autoral, fev. 2005.

⁵⁵⁴ TEPEDINO, Gustavo et al. Editorial da Revista Trimestral de Direito Civil, p. 27. PADMA, jan./mar. 2003.

⁵⁵⁵ FONSECA, Eduardo Gianetti. Uma perspectiva do novo milênio e a propriedade intelectual, p. 15. In. Seminário Nacional de Propriedade Intelectual. ABPI, 1999.

⁵⁵⁶ FONSECA, Eduardo Gianetti. Op. cit., 1999, pp. 15 e 16..

5. AS LICENÇAS PÚBLICAS DENOMINADAS *CREATIVE COMMONS*

Das inúmeras alternativas desenvolvidas com o intuito de promover a efetivação da função social dos direitos de autor, vislumbra-se as licenças públicas denominadas *creative commons*. Trata-se de uma resposta inteligente oferecida pela própria sociedade para o exercício da cidadania e proteção do interesse social.

Todavia, faz-se necessário citar um outro instituto, mais amplo e anterior ao *Creative commons*, denominado *copyleft*. Enquanto o *copyright* é o mecanismo jurídico para restringir o direito de fazer e distribuir cópias de determinado trabalho, o *copyleft* promove justamente o contrário, garantindo que todos recebam uma versão da obra, e possam usá-la, modificá-la ou distribuí-la, sem para tanto infringir a lei⁵⁵⁷.

Copyleft é um mecanismo jurídico que ultima garantir aos detentores de direitos autorais a possibilidade de licenciar o uso de suas obras além dos limites da lei, sem a renúncia de sua proteção. Assim, licenças de *copyleft* garantem aos licenciados, de forma genérica, valer-se de obras de terceiros nos termos da licença pública outorgada⁵⁵⁸.

Segundo Moniz e Cerdeira, o sistema *copyleft*, surgido nos Estados Unidos:

(...) É como qualquer licenciamento clássico em que o autor permite apenas o uso de sua obra, mas no *copyleft* há o licenciamento de outros direitos de forma não-onerosa.

Assim como outros contratos atípicos de origem estrangeira, como factoring ou o franchising, o contrato *copyleft* deverá, com o uso e a prática, ser admitido pela doutrina e pelos tribunais pátrios sem maiores problemas.

Em breve resumo, as licenças *copyleft* licenciam os direitos do *copyright*, mas obrigam todos os licenciados a fazer referência ao autor da obra e a utilizarem o mesmo modelo de licenciamento nas redistribuições do mesmo original, de cópias ou de versões derivadas.

Aparentemente, não há qualquer impedimento a esse tipo de licenciamento no Brasil, uma vez que as liberdades e restrições se dão apenas no plano dos direitos patrimoniais, e não no dos morais. Aliás, os contratos *copyleft* visam, entre outros detalhes, criar justamente o conceito de direito moral de paternidade dentro do instituto *copyright*, já presente no

⁵⁵⁷ BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Op. cit., 2006, p. 203.

⁵⁵⁸ BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Op. cit., 2006, p. 203.

ordenamento jurídico brasileiro como direito cogente. Ou seja, no Brasil há até mesmo previsão legal mais favorável a um dos alicerces dos contratos *copyleft*⁵⁵⁹.

A origem do *copyleft* remonta de meados da década de 80, do século passado, com o surgimento do software livre⁵⁶⁰. O movimento do software livre, segundo Amadeu, “é a maior expressão da imaginação dissidente de uma sociedade que busca mais do que a sua mercantilização. Trata-se de um movimento baseado no princípio do compartilhamento do conhecimento e na solidariedade praticada pela inteligência coletiva conectada na rede mundial de computadores”⁵⁶¹.

O significado do termo *copyleft* é esclarecido com muita propriedade por Moniz e Cerdeira: “O termo surgiu como uma brincadeira para com o termo copyright, fazendo alusão à sua inversão, mas tem tomado sério corpo jurídico nos dias atuais” e, continuam: “O *copyleft*, surgido nos EUA, nada mais é do que o próprio instituto do copyright em que o autor libera, desde o licenciamento primeiro, os direitos de uso, reprodução, distribuição e, eventualmente, de alteração de sua obra a qualquer interessado”. Ressalvam ainda que o novo instituto, não traz, alterações substanciais nos princípios clássicos do copyright, salvo o de, por meio de contrato de licença apropriado, permitir das liberdades⁵⁶².

A necessidade de criação de uma licença pública, pelo movimento do software livre, se deu no intuito de evitar que os esforços do movimento fossem indevidamente apropriados e patenteados por empreendedores oportunistas, novamente bloqueando o desenvolvimento compartilhado, objeto primeiro das atividades do movimento⁵⁶³.

Há que se observar, ressalta Falcão, que não há na autoria de um software livre, a renúncia dos respectivos direitos autorais. O que se apresenta é que o autor, na verdade se vale da prerrogativa dos seus direitos, para, mediante uma licença, “condicionar a fruição desses direitos, por parte de terceiros (...) O software livre, portanto, é produto direto do direito de propriedade do autor sobre o software e consiste numa modalidade do exercício desse direito, através de uma licença jurídica”⁵⁶⁴.

Nesse sentido, o *Creative commons*, desenvolvido a partir do ideário e das premissas do *copyleft*, é um projeto criado pelo professor norte americano Lawrence Lessig, da

⁵⁵⁹ MONIZ, Pedro de Paranaçu; CERDEIRA, Pablo de Camargo. *Copyleft* e software livre: uma opção pela razão, eficiências tecnológicas, econômica e social, p. 68. Revista da ABPI, 2005.

⁵⁶⁰ BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Op. cit., 2006, p. 205.

⁵⁶¹ Disponível em http://www.softwarelivre.gov.br/softwarelivre/artigos/artigo_02. Acesso em 19 de fevereiro de 2006.

⁵⁶² MONIZ, Pedro de Paranaçu; CERDEIRA, Pablo de Camargo. Op. cit., p. 208, 2005.

⁵⁶³ BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Op. cit., 2006, p. 206.

⁵⁶⁴ FALCÃO, Joaquim et al. Estudo sobre o software livre comissionado pelo Instituto de Tecnologia e Informação (ITI), p. 7. Lúmen Júris, 2006.

Universidade de Stanford, e que tem por objetivo “expandir a quantidade de obras criativas disponíveis ao público, permitindo criar outras obras sobre elas, compartilhando-as. Isso é feito através do desenvolvimento e disponibilização de licenças jurídicas que permitem o acesso às obras pelo público, sob condições mais flexíveis”⁵⁶⁵.

Segundo Lessig, “commons” é um recurso que as pessoas de determinada comunidade acessam sem a necessidade de obter qualquer permissão, ou em alguns casos, ainda que seja necessária, é concedida de maneira neutra, como exemplo as ruas públicas, os parques e as praias, a teoria da relatividade de Einstein ou escritos que estejam em domínio público⁵⁶⁶.

Através das licenças *creative commons*, ao próprio autor é facultado autorizar, ainda que restrito a alguns direitos, o uso público e livre, reconhecendo assim a expressão dos direitos da coletividade sobre sua obra, permitindo a sua efetivação imediata e possibilitando a sua satisfação pela sociedade. Dessa forma o autor, legalmente, cede um determinado feixe de direitos da sua obra para o público em geral, facilitando o aproveitamento de seu conteúdo e promovendo a difusão cultural a partir de suas criações⁵⁶⁷.

A partir do uso da ferramenta *Creative commons*, é possível a autores de obras intelectuais, quer sejam textos, fotos, músicas, filmes etc., disponibilizarem tais obras por meio de licenças públicas, autorizando, assim, a coletividade a usar suas obras dentro dos limites das licenças⁵⁶⁸. Consequentemente observa-se “a promoção cultural, através da difusão e transformação cultural, criando ao fim um ambiente de disponibilização dos recursos criativos tanto para a audiência pública como para os criadores secundários, que apóiam suas próprias criações em obras previamente existentes⁵⁶⁹”.

Sabe-se que a proteção autoral independe de registro, dando-se automaticamente a partir da sua exteriorização em qualquer meio. O mesmo modelo de raciocínio é aplicável a qualquer obra autoral, presumindo-se que em razão do amplo escopo protetivo, para qualquer utilização de obra alheia, é necessária a autorização prévia, dado a premissa de “todos os direitos reservados”, presente em todas as obras autorais, o que restringe brutalmente a quantidade de cultura disponível para uma sociedade em determinado tempo⁵⁷⁰.

Há autores, criadores e detentores de direitos autorais que, de um modo geral, objetivam justamente a socialização da sua obra. Muitos profissionais, músicos, produtores e

⁵⁶⁵ Disponível em www.diretorio.fgv.br/cts/. Acesso em 20 de agosto de 2005.

⁵⁶⁶ LESSIG, Lawrence. *The future of ideas: the fate of the commons in a connected world*, pp. 19 e 20. Rondon House, 2001.

⁵⁶⁷ SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. *Op. cit.*, 2003, p. 295.

⁵⁶⁸ BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Op. cit.*, 2006, p. 211.

⁵⁶⁹ SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. *Op. cit.*, 2003, p. 295.

⁵⁷⁰ LEMOS, Ronaldo. *Op. cit.*, 2005, p. 83.

escritores desejam a maior difusão possível de seu ato criativo, de forma livre e gratuita, objetivando a melhoria constante da sua obra⁵⁷¹.

Ressalte-se o sentido de baixo para cima do instituto *creative commons*, sem que haja intervenção estatal ou modificações na lei, através da utilização da própria idéia e conceitos do direito autoral, modificando-a de acordo com o caso em questão, gerando então, autorizações caracterizadas pelo termo *copyleft*⁵⁷².

A contribuição maior do *Creative commons* é o fato de permitir que, em vez do autor se valer da premissa de “todos os direitos reservados”, possa se valer da premissa de “alguns direitos reservados”, dessa forma, autorizando toda a sociedade a se valer de sua obra, dentro dos termos das licenças públicas por ele adotadas⁵⁷³. Trata-se de uma forma de voluntarismo privado⁵⁷⁴, compatível com os preceitos constitucionais anteriormente expostos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma nova concepção de direito autoral, que compreenda os sujeitos coletivos de juridicidade internalizados prioritariamente nos novos movimentos sociais, e que satisfaça identidades coletivas conscientes, com capacidade de auto-organização e autodeterminação, legitimando-se como força transformadora do poder, depende, necessariamente, de um preceito básico, qual seja, a superação do monopólio privado irrestrito⁵⁷⁵.

Por sua vez, a efetiva socialização da propriedade do conhecimento, contemporaneamente, depende, sobretudo, de novas iniciativas representativas de inexorável mudança nos hábitos cotidianos, promovendo inclusão social definitiva em um mundo cada vez mais dinâmico. A não flexibilização dos direitos autorais acelerará o processo de marginalização e desigualdade entre aqueles que não têm acesso aos novos instrumentos de difusão do conhecimento (obras literárias, científicas, artísticas etc.).

As licenças públicas *Creative commons*, desenvolvidas a partir do ideário criado pelo instituto *copyleft*, são projetos acadêmicos detendo por escopo a disseminação gratuita do maior número possível de obras criativas à sociedade. Trata-se do exercício eficiente da

⁵⁷¹ LEMOS, Ronaldo. Op. cit., 2005, p. 83.

⁵⁷² LEMOS, Ronaldo. Op. cit., 2005, p. 84.

⁵⁷³ BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Op. cit., 2006, p. 212.

⁵⁷⁴ SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. Op. cit., 2003, p. 294.

⁵⁷⁵ WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova Cultura no Direito, p. 33. Alfa Omega, 2001.

criação de uma rede de argumentação compartilhada, a qual trabalha a premissa básica da maior eficiência do pensamento coletivo contributivo sobre o raciocínio singular restrito.

As licenças públicas *Creative commons* são operacionalizadas através da disponibilização de licenças jurídicas que permitem ao público acessar obras intelectuais sob condições flexíveis, inclusive podendo alterá-las dentro dos limites fixados publicamente.

Trata-se de um recurso em que uma comunidade qualquer acessa, sem a necessidade de prévia permissão, obras intelectuais diversas, reconhecendo assim a expressão dos direitos da coletividade sobre determinada obra particular, indispensável para a difusão do conhecimento democrático.

As licenças públicas denominadas *Creative Commons* encontram guarida na própria Constituição Federal, que em seu artigo 5º, incisos XXII e XXIII, garante o direito de propriedade desde que atendida a sua função social e, em seu artigo 170, estabelece que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, assegurando a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados determinados princípios, dentre os quais, em destaque, o da função social da propriedade.

Não obstante a confirmação dos citados princípios constitucionais, os direitos autorais têm evoluído para conferir aos seus titulares atributos cada vez mais protecionistas, predominando o interesse individual em detrimento dos interesses da coletividade, produzindo um paradoxo em relação a outros institutos jurídicos que empreendem esforços para incentivar os interesses da coletividade.

Indispensável é a necessidade de Identificar o grau de projeção dos direitos da coletividade nas relações sociais e jurídicas que se sucedem a partir do momento da comunicação da obra ao público, assim podendo-se apontar as situações onde deve ser reconhecida a supremacia do interesse coletivo sobre o interesse privado, no intuito de equilibrar a extensão da proteção concedida com as necessidades sociais de utilização livre destas obras, considerando o contexto social e econômico da contemporaneidade.

A ampliação do processo de privatização dos direitos autorais é fundamentalmente patrimonialista, anti-social e contrário as próprias bases dos direitos autorais, tão corroídas pela evolução economicista recente.

Enfim, demonstrado então o dilema de vital importância, tanto para titulares de direitos autorais, quanto para a sociedade, resta buscar soluções, alternativas para garantir ao mesmo tempo, tanto a máxima busca, quanto, a máxima difusão e uso do conhecimento, conciliando esses dois imperativos através de soluções que satisfaçam aos autores ou seus cessionários, quanto a crescente necessidade social de acesso a cultura e a informação.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de autor e direitos conexos**. São Paulo: Ed. Do Brasil, 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: 1997.

BARBOSA, Denis Borges; JESSEN, Nelida Jabik. O uso livre de música encontrada na internet. **Revista de Direito Autoral**, São Paulo, ano I, n. II, fev. 2005.

BASSO, Maristela. O Direito Internacional da Propriedade Intelectual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005

BITTENCOURT, Sidney. **A nova lei de direito autoral brasileira anotada**: lei n. 9610 de 19/02/98. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.

BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. **Direitos Autorais na internet e o uso de obras alheias**. 2006. 262 f. Tese (Mestrado em Direito) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2006.

BRASIL. Lei n. 9610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre os direitos autorais e dá outras providências.

Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/PaginaDocumentos.action>>. Acesso em: 23 set. 2006.

CASTRO, Lincoln Antônio. Noções sobre direito autoral. Disponível em: <<http://www.uff.br/direito/artigos/lac-03.htm>>. Acesso em: 29 set. 2006.

CHAVES, Antônio. **Criador da obra intelectual**. São Paulo: Ltr, 1995.

_____. **Direito de autor**: princípios fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CORDEIRO, Pedro João Fialho da Costa. A duração do Direito de Autor. In. **Num mundo novo de direito de autor**. Lisboa: [s. n.], 1994. v. 2.

COSTA NETTO, José Carlos. **Direito autoral no Brasil**. São Paulo: FTD, 1998.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana, 2004.

FALCÃO, Joaquim et al. **Estudo sobre o software livre comissionado pelo Instituto de Tecnologia e Informação (ITI)**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

FONSECA, Eduardo Gianetti. Uma perspectiva do novo milênio e a propriedade intelectual. In. Seminário Nacional de Propriedade Intelectual. **Anais...**, 19., Rio de Janeiro: ABPI, 1999.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. **Núcleo de apoio ao software livre**, Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: <<http://www.direitorio.fgv.br/cts/>>. Acesso em: 11 out. 2006.

HAMMES, Bruno Jorge. **O direito de propriedade intelectual**: conforme a Lei 9610 de 19.2.1998. 3. ed. São Leopoldo (RS): UNISINOS, 2002.

LEITE, Eduardo Lycurgo. A história do direito de autor no ocidente e os tipos de móveis de Gutenberg. *Revista de Direito Autoral*, São Paulo, ano I, n. II, fev. 2005.

LESSIG, Lawrence. **The future of ideas: the fate of the commons in a connected world**. New York: Random House, 2001.

LIPSZYC, Delia. **Copyright and neighbouring rights**. Paris: UNESCO, 1999.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Combate a pirataria. **Convenção de Berna para proteção das obras literárias e artísticas**, Brasília. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/combatepirataria/legislacao.asp>>. Acesso em: 11 out. 2006.

MONIZ, Pedro de Paranaguá; CERDEIRA, Pablo de Camargo. *Copyleft e software livre*: uma opção pela razão, eficiências tecnológicas, econômica e social. **Revista da ABPI**, n. 72., 2005

REBELLO, Luiz Francisco. Introdução ao Direito de Autor. Lisboa: Sociedade Portuguesa de Autores, Publicações Dom Quixote, 1994. V. 1.

SILVEIRA, Newton. **A propriedade intelectual e as novas leis autorais**: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. Inclusão digital, software livre e globalização contra-hegemônica. **Software livre. gov.br**, Brasília. Disponível em: <http://www.softwarelivre.gov.br/softwarelivre/artigos/artigo_02>. Acesso em: 19 fev. 2006.

SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. **Direito autoral**: legislação básica. 2.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

SOUZA, Allan Rocha de. **A função social dos direitos autorais**: uma interpretação civil-constitucional dos limites da proteção jurídica. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito de Campos, 2006. v. 4.

LEMOS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura**. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

ORLANDO, Pedro. **Direitos Autorais**: seu conceito, sua prática e respectivas garantias em face das convenções internacionais, da legislação federal e da jurisprudência dos tribunais. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2004.

TEPEDINO, Gustavo et al. **Editorial da Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: PADMA, v. 13, jan./mar. 2003.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Projeto de Inovação da USP. Como proteger os direitos autorais. **Agência USP de Inovação**, São Paulo. Disponível em: <http://www.inovacao.usp.br/Direito_Autoral/como_proteger.html>. Acesso em: 11 out. 2006.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico**. Fundamentos de uma nova Cultura no Direito. 3ed. São Paulo: Alfa Omega. 2001. 403pp.

**LICENCIAMENTO DE *SOFTWARE* LIVRE:
UMA NOVA ABORDAGEM DO DIREITO AUTORAL⁵⁷⁶**

Cássia Isabel Costa Mendes⁵⁷⁷

Antônio Márcio Buainain⁵⁷⁸

SUMÁRIO 1. Introdução. 2. Regimes de proteção ao *software* e liberdade de acesso ao conhecimento. patente versus *copyright*. 3. Uma nova alternativa de licenciamento: o *copyleft*. 4. A licença pública geral. 5. Considerações finais.

RESUMO

O cenário econômico do século XXI é caracterizado pelo uso intensivo do conhecimento e pela relevância que a propriedade intelectual vem assumindo como fator competitivo para o desenvolvimento dos países. Neste contexto, a emergência do chamado *software* livre (SL) introduz novas modalidades de expressão e exercício dos direitos de autor que tradicionalmente protegem os criadores de programas de computador. As novas modalidades não são neutras em relação aos incentivos e processo de inovação na área de *software*, em particular nos países em desenvolvimento. Este artigo tem por objetivo discutir as implicações do regime de propriedade intelectual do *software*, em particular o uso das patentes, para a inovação nos países em desenvolvimento, também avalia as possíveis conseqüências da emergência de uma nova forma de exercício de direitos autorais e as peculiaridades jurídicas que permeiam o licenciamento de *software* livre denominado *copyleft* e o instrumento que o materializa – a Licença Pública Geral (GPL) -, analisando os direitos e deveres que essa Licença concede ao usuário de *software*. A metodologia utilizada é uma revisão de literatura seguida de discussão teórica quanto à adequação do *copyleft* à lei de propriedade intelectual do programa de computador (lei 9.609/1998). Conclui-se que a proteção à propriedade intelectual não é inconciliável com as organizações de direitos livres que na prática facultam ao

⁵⁷⁶ Este artigo é uma parte resumida de um dos capítulos da dissertação de mestrado da primeira autora, sob a orientação do co-autor, intitulada “*Software* Livre e Inovação Tecnológica: uma Análise sob a Perspectiva da Propriedade Intelectual”.

⁵⁷⁷ Bacharel em Direito. Mestre em Desenvolvimento Econômico pela Unicamp. Analista e Presidente do Comitê Local de Propriedade Intelectual da Embrapa Informática Agropecuária.

⁵⁷⁸ Bacharel em Direito e Economista. Professor Assistente-Doutor do Instituto de Economia da Unicamp e Pesquisador Associado do Grupo de Estudos da Organização da Pesquisa e Instituições do Instituto de Geociências da Unicamp.

titular várias possibilidades de utilização de sua obra e o advento do *software* livre e do *copyleft* apresentam uma nova abordagem de flexibilização do exercício do direito de propriedade intelectual, no campo dos direitos autorais.

PALAVRAS CHAVES: *software* livre, propriedade intelectual, direito autoral, *copyleft*

ABSTRACT

The 21st century economic scenario is characterized by the intensive use of knowledge and the relevance increasingly attributed to the intellectual property, which is assuming an irrefutable role as a competitive factor within the development of the countries. In this context, the emergence of the so-called [Open Source Software / Free Software](#) (abbreviated as OSS/FS, FLOSS, or FOSS) introduces new modalities of expression and new possibilities for the exercise of the author rights that have traditionally protected the creators of computer programs. These new modalities and possibilities are not neutral in relation to the incentives and innovation processes in the software realm, especially in developing countries. This article intends to discuss the implications of the intellectual property software regime, particularly the use of patents, to the innovation implementation in developing countries; the other main goal here is to evaluate the feasible consequences related to the emergence of a new form of exercise of author rights and the legal peculiarities that permeate the free software licensing — known as *copyleft* — and the tool that materializes it, the General Public License (GPL), through analysing the rights and duties granted under and by this license to the software users. The methodology used was the literature review, followed by a theoretical discussion regarding the adequacy of the *copyleft* to the law governing computer software and intellectual property (Law 9.609/1998). In conclusion, the protection of the intellectual property is not unconciliable with the free rights organizations, and in practical terms provides to the author several possibilities of utilization of his work; furthermore, the advent of the free software and the *copyleft* poses a new approach in terms of the flexibility of the exercise of intellectual property in the broader field of the author rights.

KEYWORDS: free software; intellectual property; author rights; *copyleft*

1 INTRODUÇÃO

No atual cenário mundial, caracterizado pela intensificação da transformação do conhecimento em insumo básico para alavancar o desenvolvimento econômico e social, cresce a importância da propriedade intelectual (PI) e a necessidade de também proteger os direitos de propriedade sobre ativos intangíveis. Na chamada sociedade do conhecimento, a riqueza social, até pouco expressa em capital físico, bens materiais, terras etc., vem se desmaterializando e se concentrando cada vez mais nos ativos chamados intangíveis, que envolvem o conhecimento tácito que as empresas acumulam ao longo do tempo, tais como patentes, marcas, obras intelectuais.

A definição dos direitos de propriedade bem como sua proteção vem exigindo o redesenho e reforço do marco institucional de defesa da propriedade intelectual que foi construído ao longo do Século XX. O Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (Trips), de 1994, é uma expressão desta necessidade: de uma parte, Trips nada mais faz do que consolidar um conjunto de convenções internacionais sobre a matéria e impor aos países signatários a adoção de legislação nacional compatível com os princípios e diretrizes gerais dos acordos firmados — e até então pouco respeitados; de outra parte, introduz mecanismos de *enforcement* das regras sobre propriedade intelectual, estendendo a proteção ao território de todos os países membros da Organização Mundial do Comércio (OMC). Trips significa, portanto, a ampliação geográfica, o alargamento da cobertura dos ativos protegidos pela propriedade intelectual e a maior efetividade da proteção. Paradoxalmente, é provável que nunca a propriedade intelectual tenha sido tão questionada, na prática do dia-a-dia, como atualmente. A pirataria é apenas uma forma, a mais visível para o grande público, de questionamento.

O próprio ritmo acelerado da inovação tecnológica e da competição entre empresas e países reduz e até mesmo inviabiliza, em muitos setores, a aplicação das regras atinentes aos direitos de propriedade intelectual. Com efeito, o encurtamento do tempo de vida útil — leia-se rentável — dos produtos, coloca em xeque os mecanismos tradicionais de defesa da propriedade intelectual. De um lado, busca-se um reforço destes mecanismos, e de outro se buscam alternativas para reduzir o poder dos detentores dos direitos de propriedade intelectual. Neste contexto, a proteção começa a emergir com uma nova dimensão de flexibilização do instrumento jurídico-institucional da propriedade intelectual. Os debates sobre patentes de medicamentos versus direito à vida, os novos mecanismos de acesso a obras de arte protegidas por direitos autorais e a rápida expansão do *software* livre (SL) são

exemplos desta tendência de flexibilização sem transgressão de direitos de propriedade intelectual.

Este artigo discute algumas questões de natureza institucional suscitadas pela expansão do *software* livre. Argumenta-se que essa modalidade de proteção dos direitos de autor de *software* pode se constituir em um poderoso instrumento de fomento à inovação tecnológica e até mesmo de valorização econômica dos ativos de propriedade intelectual dos autores. Ao facilitar a geração e difusão da inovação, o regime de proteção do *software* livre proporcionaria aos autores mais oportunidades de ganhos do que as oferecidas pelo regime proprietário, no qual relativamente poucas empresas tendem a se apropriar da maior parcela dos benefícios gerados pelo negócio.

O artigo está dividido em 5 seções incluindo esta introdução e a conclusão. Na segunda seção é feita uma análise sobre o regime de proteção intelectual mais adequado ao *software* e suas implicações. A seguinte aborda uma nova alternativa de licenciamento apresentada pelo software livre, o *copyleft*, e alguns questionamentos sobre a aplicabilidade ou não da lei 9.609/1998. A próxima enfoca um dos instrumentos jurídicos que materializa o *copyleft* – a Licença Pública Geral. Enfeixando o trabalho, são apresentadas considerações finais à guisa de uma conclusão.

2. REGIMES DE PROTEÇÃO AO SOFTWARE E LIBERDADE DE ACESSO AO CONHECIMENTO

No ordenamento jurídico brasileiro o programa de computador é protegido pelo regime do direito autoral, tal como foi preceituado no Acordo OMC-Trips do qual o Brasil é signatário.

Em fevereiro de 1998, foi aprovada a Lei de Direitos Autorais, nº. 9.610, a qual trouxe algumas inovações, entre as quais a proteção às bases de dados como obra intelectual, fixação do autor como pessoa física, previsão como forma de transferência de direitos autorais patrimoniais, além da cessão, o licenciamento e a concessão e proteção aos programas de computador como obra intelectual.

Antes de apresentar a discussão sobre patenteamento versus *copyright* do *software*, é importante conceituar o programa de computador. A Lei 9.609, em seu artigo 1º, o apresenta como sendo:

“A expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego

necessário em máquinas automáticas de tratamento de informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados”.

O *software* é escrito em linguagem de programação que contém instruções ou declarações. Este conjunto organizado de instruções ou declarações é chamado de código-fonte.

Alguns questionamentos que surgem referem-se à adequação desta proteção ao *software*: discute-se em que medida os programas de computadores estão mais próximos de uma obra intelectual, fazendo jus ao direito de autor que lhe é conferido, ou de uma invenção ou modelo de utilidade, passando a ser protegido pela propriedade industrial. Neste sentido, a Lei de Propriedade Industrial, no. 9.279/96, em seu artigo 10, inciso V, prescreve que o *software* não é considerado invenção nem modelo de utilidade. A adoção de um sistema ou outro — patente ou direito autoral — traz em seu bojo conseqüências não apenas no campo jurídico, mas, e principalmente, no econômico.

2.1. Patente versus *Copyright*

Alguns autores classificam o programa de computador como objeto do direito patentário. Ascensão (1997) argumenta neste sentido com base no fato de que o *software* é o resultado de um processo criativo, e não de uma expressão criativa, afirmando que a obra literária ou artística caracteriza-se pela criatividade no modo de expressão, e que, em se tratando do *software*, criativo será o processo, o qual não é objeto do direito de autor.

Poli (2003) afirma que o programa de computador se assemelha a uma invenção de processo, sendo o próprio método operacional de um computador, de emprego necessário em máquinas para fazê-las funcionar de modo e para fins determinados, portanto sendo passível de proteção patentária.

Há algumas diferenças significativas nestes dois regimes, com implicações jurídicas e econômicas. A primeira diz respeito à vigência da proteção. No de patente, o prazo é de 20 anos, e, no direito autoral, é de 70 anos após a morte do autor. Em se tratando do *software*, o prazo de proteção é de 50 anos. Como um programa de computador, normalmente, se torna obsoleto em alguns anos, a sociedade não se beneficiará do conhecimento encerrado no código-fonte de determinado programa de computador após o transcurso de 20 ou 50 anos de proteção.

Visto por este prisma poder-se-ia pensar que seja indiferente adotar o regime de patente ou o de direito autoral. Seria um equívoco. Do ponto de vista conceitual, a patente concede um monopólio privado, mas em contrapartida libera para o uso da sociedade informações privadas. Ora, se esta informação não tiver mais utilidade quando for liberada, pode-se argumentar que por inexistir a compensação a sociedade não estaria fazendo um bom negócio; o monopólio, neste caso, não contribuiria para promover a inovação em geral, mas serviria de incentivo apenas para o detentor da proteção. No caso da proteção por meio de direito autoral o quadro é muito diferente, em mais favorável à inovação e à sociedade. Obras protegidas por direito autoral devem circular para valorizar-se. Um livro, disco ou *software* que não é vendido ou licenciado nada rende ao seu autor além do eventual prestígio (direito de paternidade).

Além disso, a concessão do direito autoral não restringe novas criações similares sobre o mesmo tema, desde que tenham expressão diferente daquela original. A mesma estória pode ser contada de várias maneiras diferentes, a mesma idéia difundida com diferentes roupagens, e proteger o autor de uma não inibe a iniciativa dos demais. Ao contrário, uma estória bem sucedida comercialmente favorecerá, certamente, muitas versões, seja para públicos diferentes, plasmadas em meios físicos diferenciados. Ou seja, a proteção por direito de autor não restringe a difusão das informações, conhecimentos e idéias contidas na obra; ao contrário, aguça a curiosidade, estimula a criatividade, o aprofundamento das idéias e temas tratados na obra protegida. A Microsoft, empresa líder da indústria de *software*, dificilmente teria se consolidado caso o regime de proteção fosse o patentário.⁵⁷⁹ É exatamente para reforçar a posição das empresas americanas, que são líderes na área, que o novo regime de propriedade intelectual dos EUA incluiu duas áreas essenciais para registro de patentes, a saber: o genoma e o *software* - inclusive algoritmos matemáticos (MENDES, 2006).

Coriat (2004) afirma que a possibilidade de patentear algoritmo “*escancarou as portas para a patenteabilidade do software*”. Isso demonstra que o novo regime de propriedade intelectual objetivou assegurar as vantagens de pesquisas avançadas norte-americanas para serem transformadas em vantagens competitivas em detrimento das empresas “rivais”, concedendo licenças exclusivas. Na tecnologia de informação, os produtos do conhecimento são insumos para outras áreas da inovação, e por isto a concessão de patentes compromete a inovação em geral, em particular nos países em desenvolvimento. Cria-se situação

⁵⁷⁹ A disputa judicial que a Apple moveu contra a Microsoft sustentou que a idéia e concepção do sistema Windows era uma cópia do sistema operacional usado e protegido pela Apple. A questão foi vencida pela Microsoft, que demonstrou que a idéia, embora parecida, se expressava de forma diferente daquela utilizada pelos programas da Apple.

assemelhada à comentada para o caso das patentes preventivas, já que impedirão empreendedores e inovadores a desenvolverem livremente uma “idéia” já introduzida sem ter que pagar direitos de propriedade intelectual. Neste contexto, é retomada a discussão sobre qual o regime de proteção mais adequado ao programa de computador. As opiniões divergem de acordo com os interesses dos países envolvidos. Do nosso ponto de vista a concessão de patente aos programas de computador pode estar implicando em inversão completa da base que sustentou o sistema contemporâneo de propriedade intelectual, cujo objetivo foi proteger o ativo e promover a livre circulação de informações e idéias a fim de promover a inventividade e inovação.

A outra diferença refere-se ao objeto de proteção de cada regime. Na patente, conforme afirma Grossi (2004), são objetos de proteção idéias, sistemas, métodos, algoritmos e funções do programa, acarretando que todos os seus componentes estariam protegidos por um monopólio. No direito autoral, o que se protege é o modo ou a forma de expressão e não a idéia implícita na obra. Neste ponto, como já se afirmou antes, a patente do *software* acarretará uma barreira à competitividade no mercado de *software*; ao proteger a idéia e o algoritmo implícitos no programa, vincula a inovação tecnológica e todos os desdobramentos ali contidos ao exclusivo uso do detentor de seus direitos pelo prazo de 20 anos. Verificamos, portanto, que o argumento mais relevante que se contrapõe à adoção de patente para o *software* refere-se à possibilidade de englobar a proteção da idéia implícita no *software*, conforme afirma Grossi (2004, p. 5):

O fato da necessidade da idéia ser compartilhada é pressuposto concorrencial e desenvolvimentista do mercado de software... A proteção patentária de um sistema operacional acabaria por inviabilizar todo o mercado, já que vincularia a implementação de uma solução nos demais programas ao pagamento de royalties específicos. Os programas disponíveis no mercado, em si, são muito parecidos, variando, via de regra, apenas algumas especificidades funcionais e visuais.

A lei brasileira sobre direitos autorais é clara ao dispor, em seu artigo 8º, inciso I, que “não são objetos de proteção como direitos autorais as idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos”.

Os defensores do regime de patente apresentam que sua premissa é recompensar o inventor com o monopólio temporário da invenção, o que é adequado aos setores que empregam anos no trabalho e enormes quantias de dinheiro no desenvolvimento de um produto, e que isto incentiva a inovação. Os opositores vêem as patentes como a uma maneira

da empresa sobreviver sem inovação. As patentes são minas terrestres para os programadores, pois estes correrão risco de se deparar com uma patente capaz de obstar ou destruir o projeto de um *design* de um *software* (INOVAÇÃO, 2004).

Neste sentido, Grossi (2004, p.7) afirma a primazia do direito autoral do software sob pena de “estirpar o fator concorrencial do mercado privilegiando grandes corporações que, detentoras de um sem-número de patentes, seriam capazes de determinar qual espécie de inovação tecnológica será implementada em um dado momento.”

3. UMA NOVA ALTERNATIVA DE LICENCIAMENTO: O *COPYLEFT*

Alguns autores questionam a aplicabilidade da Lei de Programa de Computador ao *software* livre, defendendo que este é muito amplo e haveria necessidade de elaborar uma lei específica. Colares (2004), por exemplo, argumenta que o *software* livre se enquadra sim no citado diploma legal, posto que se diferencia do *software* proprietário apenas quanto às liberdades para seu uso.

No atual debate mundial sobre apropriação do conhecimento, monopólio patentário *versus* compartilhamento do conhecimento, importância dos ativos intangíveis para desenvolvimento econômico — tanto para países do centro, como para os da periferia —, surge o *copyleft* como proposta de regime alternativo de propriedade intelectual. Sobre este regime, Colares (2004, p. 6) afirma:

Com o surgimento do movimento do software livre e open source, eclode o que se convencionou chamar de copyleft. Em contraposição ao sistema do copyright, em que há primazia dos direitos econômicos sobre cópias em detrimento de outros interesses, inclusive morais.

O termo *software* livre se refere a quatro tipos de liberdades específicas do usuário: (i) a liberdade de executar o *software* para qualquer fim; (ii) a liberdade de estudar o *software* para entender como funciona e de adaptá-lo como desejar; (iii) a liberdade de distribuir e compartilhar o *software*; e (iv) a liberdade de melhorar o *software* e redistribuir estas modificações publicamente, para que todos possam se beneficiar.

O *software* livre também se fundamenta no direito autoral com a diferença de que o autor, conforme explica Mariuzzo (2004), opta por permitir ao usuário usar, estudar, modificar e redistribuir o programa por ele criado.

Como muitos imaginam que sua produção é espontânea e voluntária e que por este motivo pode ser apropriado e utilizado sem qualquer custo, é preciso ressaltar, no entanto, que

o *software* livre não significa, necessariamente, *software* gratuito. Na prática, o regime de *software* livre não nega o direito de propriedade, mas modifica a relação contratual entre proprietários e usuários. Enquanto no regime de *copyright* o proprietário licencia o uso de uma cópia do ativo protegido — e desta forma se remunera —, no regime *copyleft* a remuneração se dá pela venda de serviços que tem como base a utilização do *software* disponibilizado para uso geral na categoria livre. Sua adoção muda a abordagem de um contrato de propriedade para um contrato de serviços. A liberdade de copiar, modificar e redistribuir associada ao *software* livre independe de gratuidade. *Software* proprietário, por seu turno, é aquele cuja cópia, redistribuição ou modificação é, em alguma medida, proibida pelo seu proprietário, devendo-se solicitar permissão ao mesmo ou pagar para poder usá-lo.

O autor do programa de computador é quem tem a faculdade de tornar disponível um *software* com código-fonte aberto. Portanto, este pode utilizar seus direitos, flexibilizando-os para permitir o uso de sua obra por terceiros segundo os termos de uma licença de uso que integra os conceitos de *copyleft*, tal como é a Licença Pública Geral apresentada na seção seguinte.

Buainain e Castelo Branco (2004) afirmam que a emergência de novos temas relacionados à tecnologia de informação — em áreas vitais como o acesso à saúde, segurança de alimentos, meio ambiente, biodiversidade e *software* livre —, aumenta a complexidade e a relevância do marco regulatório de propriedade intelectual.

O *copyleft* — aplicado ao software — converge para ampliar as possibilidades de flexibilização do direito autoral com impacto positivo no marco regulatório da propriedade intelectual, ao mesmo tempo em que registra e protege o direito de propriedade funciona como um instrumento que possibilita compartilhar conhecimentos e tecnologias contidas no código-fonte, promovendo um ambiente promissor para a inovação tecnológica.

Colares (2004, p. 6) define o *copyleft* como sendo a “permissão concedida ao público em geral para se redistribuir livremente o programa de computador ou outras obras autorais.” Além do software, o *copyleft* também é utilizado nas demais obras intelectuais protegidas pelo direito autoral, tais como livros, textos, músicas etc.

A Licença Pública Geral – ou General Public License (GPL), em inglês – é um dos instrumentos que materializa o *copyleft*. Trata-se de uma licença de uso para software livre, a qual preconiza que as obras derivadas ou cópias do software sejam disponibilizadas nas mesmas condições na licença.

Pelos requisitos do *copyleft*, infere-se que o SL também se fundamenta no direito autoral, com a diferença de que o autor, conforme explica Mariuzzo (2004), opta por permitir

ao usuário utilizar, estudar, modificar e redistribuir o programa por ele criado. O *copyleft* garante o reconhecimento do autor, mas permite que qualquer outra pessoa possa intervir, alterando, reproduzindo e redistribuindo.

Salles-Filho et al (2005, p. 8) ressaltam que nem todas as licenças de software livre impõem o *copyleft*. O *copyleft* é um instrumento legal que objetiva manter a liberdade do código-fonte, para evitar que uma empresa se apodere do código livre, passando a comercializá-lo como software proprietário. Por esta razão, toda alteração no software liberado pela licença GPL deve apresentar a mesma licença para garantir que o novo software também esteja disponível para o público, de forma que todos os membros da comunidade – seja desenvolvedor, testador, usuário, entre outros – que colaboraram com a versão original também possam usufruir das melhorias. É o denominado “efeito contaminação”.

Segundo Pinheiro (2003), há diversas licenças de software que integram os conceitos de *copyleft*. A licença é um documento que autoriza a utilização da propriedade intelectual. No caso do software proprietário, o usuário não compra um software, mas sim uma licença de uso do programa. A licença estabelece um direito de cópia, que pode proteger o titular de uma propriedade intelectual. É o titular que possui alguns direitos exclusivos – pessoais e patrimoniais sobre essa obra –, como o software, por exemplo, e pode consignar, vender ou doar tais direitos para outrem.

4. A LICENÇA PÚBLICA GERAL

Para Rezende (2004), o *copyleft* é “um modelo para se elaborar contratos particulares, surgido de um exemplar *sui generis* de contrato de adesão, destinado(s) a ceder desoneradamente direitos sobre o seu objeto de natureza semiológica.” O autor esclarece que o “exemplar *sui generis*” é a Licença Pública Geral.

Considerando a existência de dezenas⁵⁸⁰ de licenças que incorporam os conceitos de *copyleft*, cada qual com suas peculiaridades, e que uma análise comparativa das mesmas foge ao escopo deste trabalho, aqui analisamos, brevemente, apenas a GPL⁵⁸¹, versão 2, por ser uma das mais utilizadas.

⁵⁸⁰ A OSI (Open Source Initiative) registra 54 licenças reconhecidas como compatíveis com a Open Source Definition. Consulte www.opensource.org. Também a FSF (Free Software Foundation) elenca dezenas de licenças de software, livre ou não, *copyleft* ou não, e faz uma comparação e avaliação de “compatibilidade” com a GNU GPL, em www.fsf.org/licenses/licenseslist.html

⁵⁸¹ Neste artigo, apresentamos a GPL versão 2 (e não a versão 3 mais recente) por dois motivos: i) a versão 2 é que foi objeto de análise da dissertação da autora (cujo artigo é resumo de um de seus capítulos) a qual continua sendo utilizada na indústria de software livre; e ii) porque a GPL versão 3 traz diversas polêmicas que fogem ao escopo da discussão pretendida neste trabalho.

Com o apoio do governo brasileiro, foi firmado um acordo entre a Fundação do Software Livre e o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação, por intermédio da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, do Rio de Janeiro, e da organização não governamental americana Creative Commons⁵⁸². Como resultado do convênio nasceu a CCGNU GPL⁵⁸³, licença oficial que tem sido utilizada pelo governo federal para o licenciamento de software em regime livre. Foi possível fazer a tradução para o português do texto da licença americana e, em seguida, acrescentar duas outras camadas das licenças do Creative Commons que facilitam a compreensão e utilização da licença. É esta licença traduzida que analisamos aqui.

Em termos gerais, a Licença Pública Geral concede ao usuário alguns direitos e lhe impõe alguns deveres. Dentre os direitos, estão as quatro liberdades já citadas. No elenco dos deveres, constam: (i) publicar em cada cópia um aviso de direitos autorais e uma notificação sobre a ausência de garantia; (ii) redistribuir as alterações porventura realizadas juntamente com uma cópia da licença; e (iii) distribuir as alterações, incluindo o código-fonte correspondente completo.

Cumprir consignar que a Licença Pública Geral não nega os direitos autorais. Logo em sua introdução, esta afirmativa é evidenciada ao esclarecer que os direitos do titular do software são protegidos através de dois passos: (i) pelo estabelecimento de direitos autorais sobre o software; e (ii) pela licença que concede permissão legal para copiar, distribuir e/ou modificar o software.

O direito autoral fundamenta-se no direito de propriedade, o qual, por sua vez, confere ao seu titular as faculdades a ele inerentes – usar, fruir e dispor. O titular dos direitos autorais, portanto, no exercício destas faculdades, autoriza o licenciamento da obra sob a GPL, permitindo as liberdades preconizadas na licença. O autor do programa de computador é quem tem a faculdade de tornar disponível um software sob o licenciamento livre. Portanto, este pode utilizar seus direitos, flexibilizando-os, para permitir o uso de sua obra por terceiros, segundo os termos da GPL.

Os termos e condições para cópia, distribuição e modificação do software livre são detalhados nos itens de 0 ao 10 da GPL. As partes da licença são o licenciante (titular dos direitos de autor) e o licenciado (chamado por ‘você’), também trata de uma terceira pessoa que não está no contrato.

⁵⁸² Projeto criado pelo advogado e professor Lawrence Lessig, com sede na Universidade de Stanford.
<http://www.creativecommons.org/>

⁵⁸³ O texto está disponível em: <http://creativecommons.org/licenses/GPL/2.0/legalcode.pt>

O instrumento esclarece, em seu item 0, que a licença poderá ser utilizada para qualquer programa de computador ou obra baseada no programa, sendo obras derivadas nos termos da legislação de direitos autorais “isto é, uma obra contendo o Programa ou uma parte dele, tanto de forma idêntica como com modificação, e/ou traduzida para outra linguagem”.

As limitações à cópia e à modificação do software livre, apresentadas pela GPL, referem-se às posteriores distribuições do mesmo. Tanto a cópia como a modificação, para uso do próprio licenciado, são permitidas para qualquer pessoa, sem qualquer obrigação em contrapartida.

A redistribuição do programa, porém, com ou sem alterações, deve obedecer às determinações da licença. Dentre estas, destacamos: (i) podem-se efetuar cópias idênticas ao código-fonte do programa e distribuí-lo, em qualquer mídia; no entanto, cada cópia deve publicar um aviso de direitos autorais, notificação de exoneração de garantias e com cláusula de não indenizar; (ii) é permitido cobrar um valor pelo ato físico de transferir uma cópia, podendo, ao seu critério, oferecer proteção de uma garantia a título oneroso; (iii) é necessário indicar as modificações efetuadas no programa para que usuários futuros não confundam a versão original com a obra derivada; e (iv) o código-fonte sempre deve acompanhar as cópias distribuídas.

A autorização para modificação e redistribuição do programa é conferida pelo titular de direito autoral, ou seja, aquele que tem o direito de proibir modificações em sua obra também pode permitir tais mudanças, por intermédio da GPL, a qual prescreve direitos e obrigações para as partes. Dentro deste escopo, para Costa e Marcacini (2003, p. 15), não há, na referida licença, “ofensa a princípios de ordem pública ou à lei expressa. Assim, as restrições previstas na GPL são perfeitamente válidas, só sendo impostas àqueles que, aderindo voluntariamente à licença, desejarem copiar e distribuir o software livre, com ou sem modificações”.

No item 4 da GPL⁵⁸⁴ verifica-se que ela é um contrato em favor de terceiro, ou seja, aquele cujo acordo entre as duas pessoas pactua uma vantagem em benefício de uma terceira pessoa. As partes envolvidas são o distribuir (ou titular) do software, o receptor e um terceiro não identificado, que poderá ser a comunidade desenvolvedora ou usuária como um todo.

⁵⁸⁴ GPL – Item 4: Você não poderá copiar, modificar, sublicenciar ou distribuir o Programa, exceto conforme expressamente estabelecido nesta Licença. Qualquer tentativa de, de outro modo, copiar, modificar, sublicenciar ou distribuir o Programa será inválida, e automaticamente rescindirá seus direitos sob esta Licença. Entretanto, terceiros que tiverem recebido cópias ou direitos de você de acordo com esta Licença não terão suas licenças rescindidas, enquanto estes terceiros mantiverem o seu pleno cumprimento. (CREATIVE COMMONS, 2005, p. 45)

Tanto na introdução da GPL quanto no item 11⁵⁸⁵, há o esclarecimento, ao titular dos direitos autorais do software, que, para sua proteção, é importante que todos – os potenciais usuários do SL – entendam que não há nenhuma garantia para o SL. Sendo o software modificado por outra pessoa, os receptores devem ter ciência de que não se trata de versão original, para que “quaisquer problemas introduzidos por terceiros não afetem as reputações dos autores originais”.

Aqui, verificamos uma diferença significativa entre o SL e o software proprietário. A garantia do software é um direito do usuário. O usuário que pagou pelo direito de utilizar o programa de computador – direito este consignado, especialmente, na licença de uso ou no documento fiscal –, tem a garantia de que o software funcionará para a finalidade a que se destina sem erros, sendo obrigação do fabricante ou do distribuidor reparar qualquer problema constatado pelo consumidor sem cobrar nada por isso. No entanto, há exclusão expressa desta garantia no instrumento da licença GPL para o usuário ou receptor de software livre.

A inexistência de garantia para o SL é ponto controvertido. Um das questões incidentes é a responsabilidade civil por defeitos do software. Costa e Marcacini (2003, p. 16) expõem que não se tem notícia de casos concretos atinentes à responsabilidade civil por defeitos do software, quer seja livre ou proprietário, e que as “licenças proprietárias, não obstante a onerosidade da relação jurídica por elas estabelecida, costumam trazer cláusulas de não indenizar e de limitação da garantia”.

Costa e Marcacini (2003, p. 16) afirmam que a questão da responsabilidade civil advinda do defeito do software já encerra uma polêmica, dada a dificuldade de se comprovar o liame de eventual dano ao funcionamento incorreto em determinado software, e concluem que, nos “negócios jurídicos não onerosos, a responsabilidade civil da parte a quem o contrato não aproveita” é “restrita às hipóteses em que houve dolo”. Ou seja, o titular do software livre que o licencia sob a GPL, a título gratuito, é a “parte a quem o contrato não aproveita não sendo razoável exigir-se dele o dever de indenização”, salvo quando houve ocorrência de dolo.

Nessa mesma linha de argumentação, Colares (2004) expõe que a pessoa que distribui cópia gratuitamente não é obrigada a prestar assistência ao usuário, com respaldo na Lei

⁵⁸⁵ GPL – Item 11: Como o programa é licenciado sem custo, não há nenhuma garantia para o programa, no limite permitido pela lei aplicável. Exceto quando de outra forma estabelecida por escrito, os titulares dos direitos autorais e/ou outras partes, fornecem o programa ‘no estado em que se encontra’, sem nenhuma garantia de qualquer tipo, tanto expressa como implícita, incluindo, dentre outras, as garantias implícitas de comercialidade e adequação a uma finalidade específica. O risco integral quanto à qualidade e desempenho do programa é assumido por você. Caso o programa contenha defeitos, você arcará com os custos de todos os serviços, reparos ou correções necessárias. (CREATIVE COMMONS, 2005, p. 6).

9.609/1998, no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, em decorrência da diferenciação entre a comercialização onerosa do software e sua disponibilização a título gratuito, como é o caso do SL. O mesmo entendimento é aplicável à questão da validade técnica, cessando qualquer obrigatoriedade de estipular na licença o seu prazo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento econômico de países em desenvolvimento não pode prescindir da utilização do instituto da propriedade intelectual como forma de valorizar e proteger seus ativos intangíveis, essenciais fontes de competitividade na economia baseada no conhecimento.

No entanto, não é possível desconsiderar que a extensão da concessão de patentes — especialmente para os programas de computadores — constitui-se uma barreira institucional no cenário econômico mundial de uso intensivo do conhecimento. Esta barreira, que com certeza não cria um ambiente adequado para o desenvolvimento em geral, coloca em cheque a fundamentação conceitual da teoria do bem-estar que sustentou a utilidade social como fundamento para concessão de patentes e de outros direitos da propriedade intelectual. O modelo de proteção por meio de *copyright*, ainda que coloque restrições à abertura dos códigos fontes dos programas de computadores, é muito menos restritivo à difusão da inovação que a proteção patentária aceita pela legislação americana.

A proteção à propriedade intelectual não é inconciliável com as organizações de direitos livres, que na prática faculta ao titular várias possibilidades de utilização de sua obra. O advento do *software* livre e do *copyleft* apresentam uma nova abordagem de flexibilização do exercício do direito de propriedade intelectual, no campo dos direitos autorais, que pode vir a ser um instrumento eficaz para fomentar a inovação tecnológica neste setor. Longe de negar a propriedade intelectual, a flexibilização busca precisamente preservar os direitos — são os autores proprietários que definem as condições de utilização do programa — e facilitar a exploração econômica do direito de autor utilizando para isto outra modalidade diferente da tradicional venda de licença. A emergência do *software* livre traz em seu bojo a discussão sobre a impostergável necessidade de adequar o marco regulatório da propriedade intelectual às condições reais de funcionamento da economia contemporânea, e, em particular à necessidade de promover a difusão e inovação tecnológica nos países em desenvolvimento e o equilíbrio entre o nível de proteção legal e o interesse social.

O *software* livre pode representar uma alternativa para reduzir o aprisionamento tecnológico imposto pelo projeto dominante, mas não é uma panacéia e nem supera, necessariamente, a dependência que se estabelece entre produtor/prestador de serviço e usuário de *software*. Os usuários podem e devem ser mais bem educados para o uso das tecnologias em geral, e ao mesmo tempo as tecnologias podem e devem ser cada vez mais flexíveis e *user friendly* a fim de facilitar sua ampla utilização. Ainda assim, dificilmente se pode desenhar um cenário de superação da dependência tecnológica, até mesmo devido à rapidez das mudanças.

A promoção do ambiente do *software* livre pode sim constituir-se um fator potencializador da indústria de *software* nacional e tornar-se um modelo de negócio profícuo. Este desafio passa necessariamente pela união de esforços e forças dos diversos agentes envolvidos com o tema para alavancar a indústria de *software* livre no país. Passa principalmente pela capacitação massiva de recursos humanos, condição *sine qua non* para a proliferação das redes de geração que podem vir a sustentar esse segmento da indústria.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCENSÃO, J. O. **Direito Autoral**. 2^a. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BUAINAIN, A. M.; CASTELO BRANCO, R. **Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico**. O Estado de São Paulo, 27/04/2004.

COSTA, M. da; MARCACINI, A. T. R. Primeiras linhas sobre o software livre. Set. 2003. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/comissoes/cominfo/files/artigos/softwarelivre.pdf>> Acesso em: 31 out. 2005.

CREATIVE COMMONS. Creative Commons Legal Code: Licença Pública Geral do GNU. Disponível em: <<http://creativecommons.org/licenses/GPL/2.0/legalcode.pt>> Acesso em: 24 out. 2005.

COLARES, R. G. **Aspectos fundamentais do software livre: análise jurídica e apontamentos sócio-econômicos**. Seminário Internacional de Direito da Informática. Disponível em: <<http://www.internetlegal.com.br/artigos/>> Acesso em: 10 nov. 2004.

CORIAT, B. **O novo regime global da propriedade intelectual e sua dimensão imperialista: implicações para as relações “Norte/Sul”**. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/conhecimento/livro_debate/1-DesafiosCres.pdf> Acesso em 5 dez. 2004

GROSSI, B.M. **Introdução às patentes de *software***. Disponível em: <http://www.ibdi.org.br/index.php?secao=&id_noticia=239&acao=lendo>. Acesso em 08 dez. 2004.

INOVAÇÃO. ***Software* livre x *software* proprietário**. Disponível em: <<http://inovacao.unicamp.br/report/le-eurosoftware.shtml>> Acesso em 05 ago. 2004.

MARIUZZO, P. O *software* livre está dentro da lei? Disponível em: <<http://www.comciencia.br/200406/reportagens/06.shtml>> Acesso em: 15. jul. 2004.

MARIUZZO, P. **O *software* livre está dentro da lei?** Disponível em: <<http://www.comciencia.br/200406/reportagens/06.shtml>> Acesso em: 15 jul. 2004.

MENDES, C.I.C. *Software Livre e Inovação Tecnológica: uma Análise sob a Perspectiva da Propriedade Intelectual*. Dissertação (mestrado). Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas – Unicamp. Campinas: 2006.

PINHEIRO, W. A luta pelo *software* livre. In: SILVEIRA, S. A.; CASSINO, H. (org.). *Software Livre e Inclusão Digital*. São Paulo: Conrad Editora do Brasil, 2003.

POLI, L.M. **Direitos de autor e *software***. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SALLES-FILHO, S. STEFANUTO, G. N.; DE LUCCA, J. E.; ALVES, A. M. O impacto do *software* livre e de código aberto (SL/CA) nas condições de apropriabilidade na indústria de *software* brasileira. XI Seminário de Gestão Tecnológica. ALTEC: Salvador, 2005.

REZENDE, P. A. D. de. Pedro Rezende faz a crítica: A GPL é compatível com as leis brasileiras? Abril/2004. Disponível em: <<http://www.softwarelivre.org/forum2004/news/1918>> Acesso em: 19 jan. 2005.10

LICENÇAS DE USO DA INFORMAÇÃO E INTELIGÊNCIA COLETIVA NO CAPITALISMO PÓS-INDUSTRIAL.

Clóvis Ricardo Montenegro de Lima⁵⁸⁶

Rose Marie Santini⁵⁸⁷

SUMÁRIO 1 Introdução. 2 A inteligência coletiva no capitalismo pós-industrial. 3 *Copyleft* e licenças criativas de uso de informação. 4 *Creative commons*. 5 Considerações finais

RESUMO

Neste trabalho são discutidas as licenças criativas de uso de informação: *Free Documents License* - FDL e *Creative Commons* – CC. As formas colaborativas de produção, disseminação e uso de informação, particularmente aquelas que usam a Internet, requerem novos enfoques da propriedade intelectual e do direito autoral. A produção colaborativa pode se construir sob licenças para usar e recriar livremente produções anteriores. É possível imaginar a dispensa da proteção legal do copyright, tornando idéias, *softwares*, músicas, imagens e textos livres e acessíveis a todos. A redução do controle político e econômico não visa apenas facilitar o acesso aos bens, mas também liberar a inovação e o desenvolvimento econômico. Conclui-se que as licenças criativas apresentam potencialidades e limitações. Contudo, constituem poderoso agente de mudança social e econômica, pois advertem para a inadequação dos sistemas de copyright e de patentes na sociedade da informação.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO AUTORAL; COPYLEFT; LICENÇAS CRIATIVAS DE USO DE INFORMAÇÃO; FREE DOCUMENTS LICENSE; CREATIVE COMMONS.

SUMMARY

⁵⁸⁶ Doutor em Ciência da Informação no IBICT/ECO-UFRJ e em Administração na FGV/SP. Professor-adjunto do Departamento de Ciência da Informação da Universidade Federal de Santa Catarina. clovis.mlima@uol.com.br.

⁵⁸⁷ Mestre em Teoria da Comunicação na UERJ. Doutoranda em Ciência da Informação no IBICT/UFF. mariesantini@gmail.com.

This article discusses some creative licenses for information use, Free Documents License - FDL and Creative Commons - CC. The collaborative forms of production, dissemination and use of information, particularly those that use the Internet, request new focuses of the intellectual property and copyright. The collaborative production can be built by this licenses for freely use and to recreate previous productions. It's possible to imagine the dismissal of the copyright legal protection, turning ideas, softwares, music, images and texts free and accessible for all. The reduction of political and economical control seeks to facilitate the access to the goods, but also to liberate the innovation and the economical development. The creative licenses present potentialities and limitations. However, they are powerful agent of social and economical change, noticing for the inadequacy of copyright and patents systems in the information society.

KEY WORDS: COPYRIGHT; COPYLEFT; CREATIVE LICENSE FOR INFORMATION USE; FREE DOCUMENTS LICENSE ; CREATIVE COMMONS.

1 INTRODUÇÃO

Neste trabalho se discutem as licenças de uso da informação e de bens imateriais, particularmente a *Free Documents License* - FDL e *Creative Commons* – CC. As diferenças nas condições de produção e de difusão de saber e de bens imateriais podem ser observadas, por exemplo, nos modos de produção e de uso de *softwares*. Os defensores do modelo proprietário pensam que a base da criatividade é a propriedade intelectual privada: sem ela, não haveria incentivo para a produção de inovações. Neste caso as pessoas só têm interesse em criar, inovar e produzir se houver garantia de retorno econômico do seu investimento (Silveira, 2006).

Os defensores do *software* livre pensam que a liberdade e o compartilhamento de informação é a base da criatividade e da inovação. Argumentam com acontecimentos históricos e destacam que os grandes avanços de criação e de inovação foram resultados de múltiplos fatores, mas que certamente a acumulação de saber e o seu livre compartilhamento foram elementos importantes na determinação dos ritmos de criação, inovação e produção (Silveira, 2006).

Estamos vivendo uma época em que se produzem e se reproduzem formas singulares de relações sociais e econômicas, particularmente a produção colaborativa de bens imateriais, de saberes e de informação por pessoas que se comunicam através da Internet. Cabe destacar

entre estas formas a difusão do sistema operacional *GNU/Linux* e a construção de conteúdos compartilhados como a *Wikipédia*⁵⁸⁸.

É importante destacar que os bens imateriais, os saberes e a informação não possuem duas das características econômicas mais importantes dos bens materiais: a escassez e o desgaste pelo uso. Os bens materiais para serem produzidos em quantidade requerem um estoque de recursos materiais que são finitos e que sofrem o fenômeno da escassez.

O *software* para se reproduzido requer nada mais do que um meio adequado, podendo ser copiado em rede por inúmeras vezes. O número de cópias do *software* é irrelevante, ao contrário, seu valor tende a aumentar em função do crescimento do número de usuários. Além disto, quando se compartilha saber ou informação não se perde aquilo que possui e se pode usar que é oferecido.

A superioridade dos *softwares* livres comprova que a maior criatividade possível dos homens é obtida quando, livres da obrigação de tirar proveito e da disputa com a concorrência, eles podem desenvolver seu saber e suas capacidades de modo livre e colaborativo. Na ação dessa dissidência observam-se os pressupostos de acordo com as quais as relações sociais do conhecimento podem ser o fundamento de uma verdadeira sociedade da informação.

2 A INTELIGÊNCIA COLETIVA NO CAPITALISMO PÓS-INDUSTRIAL.

O capitalismo moderno, centrado sobre a valorização de grandes massas de capital fixo material, é cada vez mais rapidamente substituído por um capitalismo pós-moderno e pós-industrial, centrado na valorização de uma capital fixo dito imaterial. O trabalho de produção material, mensurável em unidades de produtos por unidade de tempo, é substituído por trabalho dito imaterial, ao qual os padrões clássicos de medida não podem mais se aplicar.

O trabalho imaterial repousa sobre as capacidades expressivas e colaborativas que não se podem ensinar, sobre uma vivacidade presente no uso dos saberes que faz parte da cultura do cotidiano. É aquilo que Marx chamava de *General intellect* que torna acessíveis saberes e conhecimentos, ao mesmo tempo em que fornece capacidade de interpretação e comunicação. Os trabalhadores no capitalismo pós-moderno e pós-industrial devem entrar no processo de produção com toda a bagagem cultural que eles adquirem fora do trabalho. (GORZ, 2005).

A fonte mais importante da criação de valor é o saber vivo que estão nas bases da inovação, comunicação e auto-organização. O trabalho do saber vivo não produz o

⁵⁸⁸ WIKIPEDIA. Disponível em: <http://www.wikipedia.org/>.

materialmente palpável. Ele é, sobretudo na economia em rede, o trabalho de produzir-se a si mesmo. Todo participante do trabalho em rede sincroniza-se continuamente com os outros, e o resultado do processo coletivo excede a soma das partes. Pierre Lévy (1993) chama este processo de “inteligência coletiva”.

Lévy (1993) compara a inteligência coletiva a um coro polifônico improvisado. Este paradigma se aplica por excelência às comunidades virtuais da Internet, mas é, ao menos potencialmente, o modelo que está presente em toda produção colaborativa. Os produtores podem se apropriar dos meios de produção e de fazer sua autogestão. Os meios de produção se tornam apropriáveis e suscetíveis de serem compartilhados.

Quando mais o trabalho apela aos talentos e as capacidades expressivas e colaborativas na produção, mais essas capacidades tendem a exceder seu uso limitado numa tarefa determinada. O colaborador tende a demonstrar que vale mais do que realiza profissionalmente, e investe sua dignidade no exercício gratuito, fora do trabalho, de suas capacidades. É assim que, por exemplo, programadores de computadores demonstram suas habilidades no desenvolvimento de *softwares livres*.

O capitalismo só pode ser afirmar como capitalismo se empregar para tanto um recurso copioso – a inteligência humana -, transformando a abundância potencial dessa última em escassez. Tal escassez é produzida mediante o parcelamento do saber, mediante o impedimento de sua disseminação e socialização e mediante a tutela da obrigação de tirar proveito a qual os detentores do saber são submetidos.

Gorz (2005) observa que a pesquisa privada quase sempre tem como objetivo principal permitir que quem a realiza erguer um monopólio do conhecimento que lhe proporcione um rendimento exclusivo. O rendimento esperado conta mais do que a utilidade social do conhecimento produzido. Com investimentos em inovações e caras campanhas publicitárias, toda empresa visa chegar antes das outras a consolidação de uma posição monopolista.

Marketing e propaganda produzem valores simbólicos, estéticos e sociais. Associados às inovações, tornam obsoletos os produtos existentes, e conseguem para a empresa um mercado que durante algum tempo é protegido contra a concorrência. Sempre se trata de transformar a abundância ameaçadora em uma nova forma de escassez, e assim conferir aos produtos valor mercantil incomparável, particular e único de obras de arte, que não possuem equivalente e podem ser postas a vendas por preços exorbitantes.

O valor no sentido econômico de valor de troca não se aplica senão às mercadorias, ou seja, aos bens e aos serviços que foram produzidos em vista de sua troca comercial. O que não foi produzido pelo trabalho humano, assim como o que não se pode produzir, ou ainda não é

permutável nem destinado a troca, não tem valor econômico. É o caso das riquezas naturais, que não se podem produzir, nem deles se pode apropriar. É principalmente o caso dos bens comuns a todos e que não podem ser divididos nem trocados por nada, como o patrimônio cultural.

Gorz (2005) adverte que, se não podem ser apropriadas ou valorizadas, as riquezas naturais e os bens comuns podem ser confiscados pelo viés das barreiras artificiais que reservam o usufruto delas aos que podem pagar um direito de acesso. A privatização das vias de acesso permite transformar as riquezas naturais o patrimônio cultural em quase-mercadorias que proporcionam uma renda aos vendedores de direitos de acesso. O controle do acesso é uma forma privilegiada de capitalização das riquezas imateriais.

A questão do valor dos saberes e dos conhecimentos deve ser vista a luz do dito anteriormente. Os saberes são parte integrante do patrimônio cultural, são competências comuns da vida cotidiana. É sobre esta base de competências comuns que se constroem as competências profissionais certificadas. Os conhecimentos são o produto das interações e das comunicações entre as pessoas. Contudo, o capital não pode deixar de fazer funcionar o conhecimento como se ele fosse um capital, se apropriando, valorizando e subsumindo esta força produtiva.

A força produtiva principal, o conhecimento, é um produto que em grande parte resulta de uma atividade coletiva não remunerada. O conhecimento é em grande parte “inteligência coletiva”, cultura comum, saber vivo e vivido. Ele não tem valor de troca, o que significa que pode ser compartilhado à vontade, gratuitamente, especialmente através da Internet. O conhecimento pode ser reproduzido em quantidades ilimitadas por um custo desprezível, e compartilhado sem ter que passar pela forma valor. Assim, a principal fonte de valor é susceptível de ser subtraída a apropriação privada.

Gorz (2005) afirma que a principal novidade está no fato de que o conhecimento, separado de todo produto no qual esteve ou está incorporado, pode exercer em si mesmo, e por si mesmo, uma ação produtiva na forma de *softwares*. O conhecimento pode organizar e gerir interações complexas entre grande número de pessoas e de variáveis; pode conceber e conduzir as máquinas, as instalações e os sistemas de produção flexíveis; ou seja, desempenhar o papel de um capital fixo, substitui o trabalho vivo material ou imaterial por trabalho acumulado.

O custo marginal dos *softwares* é pequeno. Neles o conhecimento pode economizar muito mais trabalho do que custou, e em proporções gigantescas. Isto significa que se o conhecimento é fonte de valor, ele destrói muito mais valor do que serve para criar. O

conhecimento economiza quantidades imensas de trabalho social remunerado, e conseqüentemente diminui, ou mesmo anula, o valor de troca monetária de um numero crescente de produtos e serviços.

O conhecimento abre a perspectiva de uma mudança da economia em direção a uma economia da abundância. Uma economia em que a produção requer cada vez menos trabalho imediato, distribui cada vez menos meios de pagamento. O valor de troca dos produtos tende a diminuir e causar a diminuição do valor monetário da riqueza total produzida, assim como a diminuição do volume de rendimentos. A economia da abundancia tende por si só a uma economia da gratuidade. Tende as formas de produção e uso fundadas no compartilhamento e na reciprocidade. O capitalismo pós-industrial é a crise do capitalismo em seu sentido mais estrito. (GORZ, 2005).

A experimentação de outros modos de vida, de trabalho e de linguagem nos interstícios de uma sociedade que se desagrega, pode funcionar como meio de resistência e de não legitimação do controle que o capital exerce sobre os corpos e os espíritos. Os constrangimentos e os valores da sociedade capitalista deixam de ser percebidos como naturais, liberando os poderes do desejo e da imaginação. (GORZ, 2005).

3 COPYLEFT E LICENÇAS CRIATIVAS DE USO DE INFORMAÇÃO

Barbrook (2003) afirma que a sociedade da informação que está surgindo reproduz o processo de colaboração dos cientistas e pesquisadores que criaram a Internet. Pensando na rede para seu uso, eles inventaram uma forma de comunicação mediada por computador para compartilhar conhecimentos dentro de um espaço virtual único: a “câmara dos comuns intelectual”. O consumo passivo de peças fixas de informação se transforma em processo participativo de “criatividade interativa”.

Quando a Internet se propaga para fora da universidade e dos centros de pesquisa, os novos usuários descobrem rapidamente os benefícios de compartilhar informações e conhecimentos. As possibilidades tecnológicas da rede estão, por exemplo, revolucionando a economia da produção musical. O formato MP3 não apenas torna muito fácil a cópia musical e sua disseminação através das redes P2P, mas também mudam a produção e a cultura de uso. Estimulam-se os usuários a fazerem seus próprios sons e aparece a participação interativa na composição musical (Lima e Santini, 2005).

O que começa no interior da ciência e da pesquisa agora está transformando outras formas de expressão cultural. Atualmente, quase toda causa política, organização cultural,

hobby popular ou obsessão privada estão presentes na Internet. Seja por trabalho ou por prazer, as pessoas estão criando e mantendo *websites*, comunidades virtuais, listas de discussão e salas de bate-papo. Assim, todos os usuários da rede podem participar na economia da dádiva. A “câmara dos comuns intelectual” da rede continua a se expandir em progressão geométrica (Lima e Santini, 2005).

Barbrook (2003) advoga pelo desaparecimento do direito autoral, na forma de *copyright*, e a regulação da informação de modo libertário: o *copyleft*. Os produtores devem conservar sua capacidade de evitar que a autoria do seu trabalho seja reivindicada por outros, mas todos devem ser autorizados a copiar e a usar livremente as informações segundo seus interesses e propósitos. Assim, liberdade de expressão é liberdade de não se submeter à forma compulsória de mercadoria.

O *copyleft* é uma relação contratual construída a partir legislação do *copyright*, normalmente da mesma forma que qualquer licença tradicional de proteção dos direitos autorais entre um autor e quem o publica. São algumas cláusulas deste contrato que faz o *copyleft* diferente e merecedor de um nome especial. A impressão de que o *copyleft* é diametralmente oposto ou fora da legislação dos direitos autorais está incorreta.

O *copyleft* pode ser definido como a licença que: (1) autoriza para derivar trabalhos subseqüentes de um trabalho original, sem a permissão do proprietário protegido por direitos autorais; e, (2) também concede a autorização para os trabalhos, a partir de uma cláusula que requer que estes trabalhos também venham a ser autorizados pela licença de *copyleft* do original. Assim, o *copyleft* assegura e autoriza recursivamente um tipo de “liberdade” (e para códigos de computador, necessariamente código aberto e transparência também).

As cláusulas especiais do contrato formam uma espécie de coluna vertebral funcional de uma infinidade de licenças específicas, o que implica que o termo *copyleft* se refere a uma grande família de licenças que têm as duas características essenciais citadas anteriormente. O propósito do *copyleft* é prover uma ferramenta para criadores de conteúdos com os seguintes objetivos: (a) proteger os direitos do seu trabalho enquanto o dissemina amplamente; (b) proteger contra a restrição do acesso ao trabalho contra a sua vontade e além do que considera necessário como recompensa; (c) assegurar que seus trabalhos não serão vulneráveis a ações legais ruins; e (d) criar ambientes de cultura livre, onde seus trabalhos tenham liberdade de circulação e possam ser construídos de forma aberta.

Em 1984 Stallman, pesquisador do MIT - Massachusetts Institute of Technology, lança manifesto em que propõe retomar a prática de compartilhamento na criação e desenvolvimento de software. Stallman observa que, quando começa a trabalhar no

laboratório de inteligência artificial do MIT em 1971, o compartilhamento dos códigos dos *softwares* é um processo tão comum quanto o compartilhamento de receitas culinárias. Este processo muda nos anos 1980 e é substituído pelo processo de ocultamento do código contido nos softwares (Stallman, 2000).

Em 1985 Stallman cria *General Public License* (GPL) para disseminar “permissões livres” aos programas de computador sob uma única condição: a de não colocar obstáculos à circulação dos programas modificados sob a licença GPL. Em relação a estes programas não se necessita requerer autorização para acessar o seu “código fonte” para obter cópia, modificá-lo e para usá-lo com qualquer fim. Tão pouco é necessário tal autorização para distribuir os programas modificados nem para a realização dos mencionados atos.

Nos *sites* do movimento GNU⁵⁸⁹ ou da *Free Software Foundation*⁵⁹⁰] se define software livre como “liberdade dos usuários executarem, copiarem, distribuírem, estudarem, modificarem e aperfeiçoarem o software”. Eles se referem a quatro tipos de liberdade para os usuários dos *softwares*: 1. A liberdade de executar o programa, para qualquer propósito; 2. A liberdade de estudar como o programa funciona e adaptá-lo para as suas necessidades. O acesso ao código-fonte é um pré-requisito para esta liberdade; 3. A liberdade de redistribuir cópias de modo que o usuário possa colaborar com o seu próximo; 4. A liberdade de aperfeiçoar o programa, e liberar os seus aperfeiçoamentos, de modo que toda a comunidade se beneficie deles. O acesso ao código-fonte também é um pré-requisito para esta liberdade.

O GPL - *General Public License* permite que os programas sejam distribuídos e reaproveitados, mantendo, porém, os direitos do autor, de forma a não permitir que essa informação venha a ser usada de uma maneira que limite as liberdades originais. A licença não permite, por exemplo, que o código possa ser apropriado por outra pessoa, ou que possam ser impostos sobre ele restrições que impeçam a sua distribuição da mesma maneira que foi adquirido. A licença GPL contém as quatro liberdades, permitindo aos usuários do software redistribuir cópias modificadas de forma gratuita ou comercial. A licença GNU/GPL não impede a distribuição de programas com a cobrança de valor, mas não permite que algum modelo de comercialização retire estas liberdades.

Uma questão crucial para que a licença possa ser considerada GPL é que o autor de determinada versão do *software* deixe expresso que não se pode cancelar ou anular aquelas quatro liberdades vinculadas ao programa computacional. Esta medida visa claramente

⁵⁸⁹ GNU. O sistema operacional GNU. Disponível em: <http://www.gnu.org/home.pt.html>. Acesso em 05 mar. 2007.

⁵⁹⁰ FREE SOFTWARE FOUNDATION. FSF Free Software Licensing. Disponível em: <http://www.fsf.org/licensing>. Acesso em 05 mar. 2007.

impedir que, dependendo da decisão de seu autor, as quatro liberdades possam ser revogadas, tornando-se software proprietário.

A licença típica do software livre, a GNU/GPL é uma licença baseada na regra de que, quando está redistribuindo um programa, não se pode adicionar restrições para negar a outras pessoas as liberdades principais. Esta regra não entra em conflito com as liberdades; na verdade, ela as protege, o que explica o conceito de *copyleft*⁵⁹¹. Seu objetivo é implementar restrição que impede que um programa realizado a partir do trabalho colaborativo venha a ser apropriado privadamente e dele se retire as possibilidades de colaboração. O *copyright* alterado pelo conceito de *copyleft* permite liberar o que as licenças proprietárias proíbem, e proibir o que elas liberam.

A *Free Software Foundation* cria uma licença para documentos e textos, denominada *Free Documentation License* – FDL, inspirada na GNU/GPL. A GNU/FDL permite que conteúdos de páginas na Internet possam ser distribuídos e reaproveitados, mantendo, porém, alguns direitos autorais e sem permitir que essa informação venha a ser usada de maneira indevida. Uma das exigências da FDL é que o material tenha publicação em um formato transparente para melhor se exercer os direitos que a licença garante.

A GNU/FDL permite explicitamente a qualquer usuário do item licenciado copiá-lo literalmente e distribuir essas cópias, inclusive recebendo compensação monetária por elas; permite ainda locá-las e exibi-las publicamente. Impõe, porém, exigências e obrigações, como a de disponibilizar uma cópia transparente. Ela proíbe que se usem meios técnicos para impedir que pessoas que tenham acesso a qualquer cópia usufruam dos mesmos direitos que quaisquer outros. Versões modificadas (traduções, por exemplo) também podem ser incluídas, desde que o autor da modificação concorde em licenciar a versão modificada pela GNU/FDL.

4 CREATIVE COMMONS

Uma outra iniciativa de regulação autônoma das formas de produção e uso de sistemas e conteúdos é concebida por Lessig (2005): o *Creative Commons* – CC. O CC tem por finalidade desenvolver licenças que possam ser usadas por qualquer pessoa ou organização,

⁵⁹¹ O termo “*copyleft*” vem de um trocadilho com duplo sentido em inglês, que substitui o “*right*” (direita ou direito, em inglês) de “*copyright*” por “*left*”, que em inglês significa esquerda ou pode se referir à conjugação no passado do verbo “*leave*” (deixar). Este trocadilho torna o “*copyleft*” um termo próximo a “cópia autorizada”. Outro trocadilho brinca com a famosa frase “*todos os direitos reservados*”, que sempre acompanha o símbolo das obras protegidas. Com o “*copyleft*”, “*all rights reserved*” torna-se “*all rights reversed*” (“*todos os direitos invertidos*”).

para que seus trabalhos venham a ser disponibilizados para uso, cópia, disseminação e recriação. A criação de uma rede de produtores e usuários de sistemas e conteúdos permite que se compartilhem seus trabalhos pela Internet.

O *Creative Commons* é baseado na idéia de proporcionar instrumentos concretos (as licenças) aos criadores para que possam regular os usos de suas obras. Quer dizer, passam a ser instrumentos legais que permitem aos autores estabelecer os termos sob o quais querem compartilhar suas obras com o mundo, deixando que outros as usem, copiem, distribuam e modifiquem, mantendo seu direito moral ao reconhecimento como criadores e proibindo, por exemplo, o uso comercial.

O *Creative Commons* facilita aos criadores a obtenção de licenças para a gestão de suas obras. Cabe mencionar que as novas tecnologias de informação e a Internet estão provocando fenômeno inédito no mundo da “criação”. Na atualidade qualquer pessoa pode usar a Internet para distribuir seus trabalhos de investigação, postar as canções que grava com seu grupo de música ou difundir sem restrições os vídeos que realiza com sua câmera digital. Desaparecem, nestas circunstâncias, os intermediários culturais. Torna-se mais imediata a relação criador-usuário. É neste contexto que o sistema de *copyright* parece não servir.

O *Creative Commons* [5] cria opção de um meio termo legal entre “todos os direitos reservados” dos contratos de direito autorais tradicionais e o domínio comum, onde artistas e autores podem escolher como e o quanto desejam autorizar uso, cópia e recriação de suas obras. A iniciativa tem como finalidade principal discutir e construir um domínio comum das obras. A proposta de Lessig é mobilizar produtores e usuários de conteúdos na construção deste domínio comum e demonstrar a sua importância na produção cultural.

O *Creative Commons* se posiciona como mediador e põe a disposição dos autores licenças “*a la carte*”, cuja redação se incorpora ao *site* ou suporte da obra e onde se regulam os usos autorizados pelo autor com respeito à referida obra. Isto, evidentemente, também permite que os autores decidam que sua obra passe automaticamente ao domínio público, se assim desejarem. As características destas licenças as fazem particularmente atraentes para aqueles autores novos que, desejando distribuir sua obra pela Internet, colocam-na a disposição para uso de forma gratuita (Lemos, 2005).

É necessário entender o *Creative Commons* como dirigido principalmente àqueles autores quem tem interesses predominantes na circulação ampla de sua obra. O *Creative Commons* também responde àqueles autores que possuem uma posição bem estabelecida e querem uma opção de publicidade para suas obras desvinculadas dos mediadores da indústria cultural (editores, produtores, etc.).

A licença CC toca em uma dos pontos mais sensíveis dos criadores profissionais: sua relação, nem sempre pacífica, com as empresas que normalmente se apropriam dos seus direitos. Neste caso, o criador exercita o “monopólio legal” que a legislação reconhece.

O *Creative Commons*⁵⁹² busca fomentar a reutilização criativa das obras intelectuais, permitindo que o criador mantenha os direitos que considere oportunos. O CC põe a disposição dos autores em sua página da Internet formulários que permitem escolher as características de distribuição das obras. Uma vez preenchidos estes formulários, o sistema gera uma licença em três formatos: um resumo de uso autorizado, um texto legal e uma versão digital com metadados que se pode usar para facilitar o trabalho dos buscadores na Internet.

Cabe advertir que as licenças *Creative Commons* têm duração indefinida, perpétua e, pode-se dizer, irrevogável. Isto tem como consequência não permitir ao autor ter controle sobre o tempo que quer que sua obra se submetida aos termos da licença o que o coloca em situação de não proteção e, eventualmente, de prejuízo. Se elimina a liberdade do autor de poder, em qualquer momento, mudar da licença *Creative Commons* por outra ou anulá-la.

Além disto, toda vez que um autor emite uma licença *Creative Commons* que regule a exploração de sua obra, perde todo tipo de controle sobre a mesma. Os usuários de uma obra submetida a licença *Creative Commons* vão supor sempre que a exploração dessa obra se realize sob os termos da licença. Uma vez divulgada uma obra, o *Creative Commons* torna praticamente impossível que o autor a retire de circulação.

O *Creative Commons* vem sendo adaptado no Brasil por especialistas da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas desde 2003. Em 2004 o governo brasileiro anuncia oficialmente seu apoio à iniciativa, que se torna mobilização global com a participação de mais de 30 países. A repercussão desta posição no exterior é tal que a revista *Wired*, das mais importantes entre as que focam novas tecnologias, retrata o país como uma "Nação Open Source".

Um dos difusores da licença no Brasil, Ronaldo LEMOS, afirma que a força motriz da iniciativa é voluntária:

“Só participa do Creative Commons quem quer, só autoriza alguns usos da obra quem quer. O mote é trazer de volta a possibilidade natural de compartilhamento de idéias que se esvai com as recentes modificações na legislação. Tudo para garantir a existência de um universo cultural comum

⁵⁹² CREATIVE COMMONS. **Sobre o Creative Commons**. Disponível em: www.creativecommons.org.br. Acesso em: 05 mar. 2007.

com obras livres para serem acessadas, compartilhadas, redistribuídas e, se o autor permitir, também modificadas” (2005, p.264)

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As formas colaborativas de produção, disseminação e uso de informação, particularmente aquelas que usam a Internet, requerem novos enfoques da propriedade intelectual e do direito autoral. A produção colaborativa pode se construir sobre a “licença de uso” para usar e recriar livremente produções anteriores, sem autorização prévia específica. Fundam-se assim novos modos de produção e comunicação, colaborativos, que rompem com as formas capitalistas de organização das forças produtivas.

É perfeitamente possível imaginar a total dispensa da proteção legal do *copyright*, tornando as idéias, a música, as imagens e os textos livres e acessíveis a todos. Pode ser necessário encontrar outros mecanismos para compensar a criatividade dos autores, artistas e cientistas, mas não há motivo para presumir que a criatividade depende da promessa de lucros. A proposta de redução do controle político e econômico não visa apenas facilitar o acesso aos bens, mas também liberar a inovação e o desenvolvimento econômico.

No contexto colaborativo, a propriedade intelectual de quaisquer dos produtos “intermediários” impede a continuidade do processo criador, e não apenas a sua apropriação universal por usuários. As licenças criativas correspondem à demarcação da autoria (direito moral), mas não reproduzem a forma de “caixa preta” das mercadorias capitalistas. As licenças criativas convidam à participação no processo, e não à mera escolha entre produtos no “mercado” de informações e de bens culturais.

Pode-se criticar o *Creative Commons* por ser apenas uma complementação das atuais leis de direitos autorais, atendendo àqueles que não querem suas restrições. Cabe observar que todas as licenças criativas apresentam potencialidades e limitações. Contudo, elas constituem um poderoso agente de mudança social e econômica, pois advertem para a inadequação dos sistemas de *copyright* e de patentes.

REFERÊNCIAS

BARBROOK, R. A regulamentação da liberdade: liberdade de expressão, liberdade de comércio e liberdade de dádiva na rede. In: COCCO, G.; GALVÃO, A. P.; SILVA, G. (orgs.). **Capitalismo cognitivo**: trabalho, redes e inovação. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

CHAUÍ, Marilena. **Cultura e democracia**: o discurso competente e as outras falas. São Paulo: Cortez, 1993.

DELEUZE, Giles; GUATTARI, Felix **Mil platôs**: capitalismo e esquizofrenia. v. I. Rio de Janeiro: 34, 1995.

GONZALEZ DE GOMEZ, Maria Nélide. Novos cenários políticos para a informação. **Ci. Inf.**, Brasília: IBICT, v.31, n.1, p.27-40, jan. 2002.

GORZ, André. **O imaterial**: conhecimento, valor e capital. São Paulo: Annablume, 2005.

GUATTARI, Felix. **Revolução molecular**: pulsações políticas do desejo. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

GUATTARI, Felix; NEGRI, Toni. **Os novos espaços de liberdade**. Lisboa: Centelha, 1987.

HARDT, Michael; NEGRI, Toni. **Império**. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.

_____. **Multidão**: guerra e democracia na era do Império. Rio de Janeiro: Record, 2005.

LAZZARATO, Maurizio; NEGRI, Toni. **Trabalho imaterial**: formas de vida e produção de subjetividade. Rio de Janeiro: DP&A, 2001.

LEMOS, Ronaldo. O Creative Commons e as transformações da propriedade intelectual. In: BARBOSA FILHO, A.; CASTRO, C.; TOME, T. (orgs.). **Mídias digitais**: convergência tecnológica e inclusão social. São Paulo: Paulinas, 2005.

LESSIG, L. **Cultura livre**: como a grande mídia usa a tecnologia e a lei para bloquear a cultura e controlar a criatividade. São Paulo: Trama, 2005.

LESSIG, L. **The people own ideas**. Disponível em: <http://www.lessig.org/blog/archives>. Acesso em: 21 ago. 2006.

LEVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência**. Rio de Janeiro: 34, 1993.

_____. **Cibercultura**. Rio de Janeiro: 34, 1999.

LIMA, Clovis Ricardo Montenegro; SANTINI, Rose Marie. Trabalho imaterial, compartilhamento de informação e produção colaborativa na sociedade da informação. **R. Eletr. Biblioteconomia Ci. Inf.**, Florianópolis, n. 23, 1o. sem. 2007.

_____. **MP3: música, comunicação e cultura**. Rio de Janeiro: Epapers, 2005.

MAUSS, Marcel. Ensaio sobre a dádiva: forma e razão da troca nas sociedades arcaicas. In: **Sociologia e antropologia**, vol. II. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária Ltda., 1974.

MIRANDA, Antonio. Sociedade da informação: globalização, identidade cultural e conteúdos. **Ci. Inf.**, Brasília: IBICT, v.29, n.2, p.78-88, maio/ago. 2000.

NEGRI, Toni. **Cinco lições sobre Império**. Rio de Janeiro: DPA, 2003.

PRADO, Cláudio. Sinapse XXI: novos paradigmas em comunicação. In: BARBOSA FILHO, A.; CASTRO, C.; TOME, T. (orgs.). **Mídias digitais: convergência tecnológica e inclusão social**. São Paulo: Paulinas, 2005.

SILVEIRA, Sergio Amadeu. **A mobilização colaborativa e a teoria da propriedade do bem intangível**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2005. (Tese de doutorado). Disponível em: <http://twiki.softwarelivre.org/bin/view/TeseSA/WebHome> Acesso em 21.03.2007.

_____. Propriedade intelectual, monopólios do conhecimento e software livre. In: CARVALHO, I.M. et. al. (org.) **Gestão do conhecimento: uma estratégia empresarial**. Brasília: SERPRO, 2006.

STALLMAN, Richard. O projeto GNU. **DataGramZero**: Revista de Ciência da Informação. Rio de Janeiro, n.1, fev. 2000.

TORVALDS, Linus.; DIAMOND, D. **Just for fun**: the story of an accidental revolutionary. [s.l.]: Harper Business, 2001.

WIRED. We Pledge Allegiance to the Penguin. In: **Wired Magazine**, ed. 12.11, Nov. 2004.

**O DIREITO AUTORAL E AS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO – OS
PRINCÍPIOS DA DECLARAÇÃO DO MILÊNIO E A TUTELA JURÍDICA DA
PROPRIEDADE INTELECTUAL DO *SOFTWARE***

Diana Zerbini de Carvalho Martins⁵⁹³

SUMÁRIO .1. Introdução. 2. Os regimes internacionais de propriedade intelectual e o desenvolvimento. 2.1 O trips e o desenvolvimento. 2.2 A wsis e a agenda de desenvolvimento da omipi. 2.2.1 World summit for the information society (wsis). 2.2.2 A agenda do desenvolvimento da omipi. 2.3 De que desenvolvimento estamos falando? 3. Propriedade intelectual do software e desenvolvimento. 4 Considerações finais.

RESUMO: O objetivo deste trabalho é apresentar uma análise da relação entre a tutela jurídica da propriedade intelectual do software, um dos principais elementos das chamadas Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) e os princípios estabelecidos na Declaração do Milênio da Assembléia Geral das Nações Unidas, tomando-se por base a questão: a atual configuração da propriedade intelectual do software sob a égido do Direito Autoral é compatível com os objetivos propostos na Declaração do Milênio? Abordar-se-á neste estudo a forma como os princípios estabelecidos na Declaração do Milênio vêm sendo interpretados e incorporados pelas principais agências das Nações Unidas relacionadas à propriedade intelectual, bem como a compatibilidade desses princípios com os princípios e objetivos professados pelos membros da Organização Mundial do Comércio no TRIPs. A seguir, serão analisados os aspectos mais relevantes da atual configuração da tutela da propriedade intelectual do software e avaliada sua compatibilidade com esses princípios.

PALAVRAS CHAVES: PROPRIEDADE INTELECTUAL, INOVAÇÃO, DESENVOLVIMENTO, TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO, *SOFTWARE*.

⁵⁹³ Professora de Direito no Curso de Graduação da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Masters of Laws – Corporate Law – LL.M pela New York University School of Law – NYU, mestranda em Direito pelo programa de Mestrado do CPGD/UFSC. Possui curso de aperfeiçoamento em gestão empresarial (MBA Executivo - UBB Master) pela Fundação Dom Cabral, de Belo Horizonte-MG, graduada em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. E-mail: diana@zerbinimartins.com.br

ABSTRACT: The purpose of this article is to present an analysis of the relation between the intellectual property over software, one of the main components of the Information Communication Technologies (ICTs) and the principles established in the Millenium Declaration adopted by the General Assembly of the United Nations, based on the following question: is the current status of intellectual property of software under the principles of Copyright Law compatible with the objectives established in the Millenium Declaration? This study will approach the manner in which such principles are being interpreted by the main agencies of the United Nations which have their mandate associated with intellectual property issues, as well as whether such principles are compatible with the principles and objectives professed by the members of the World Trade Organization in the TRIPs Agreement. Finally, the most relevant aspects of the current form of protection for the intellectual property of software will be analyzed and their compatibility with such principles will be evaluated.

KEYWORDS: INTELLECTUAL PROPERTY, INOVATION, DEVELOPMENT, TELECOMMUNICATION AND INFORMATION TECHNOLOGIES; SOFTWARE

1 INTRODUÇÃO

Há na doutrina diferentes linhas de pensamento no que toca à justificativa da propriedade intelectual. Menell agrupa essas linhas de pensamento em duas grandes correntes, identificando a primeira como “utilitarista/econômica” e a segunda como “não-utilitarista”⁵⁹⁴. No primeiro caso, justifica-se a propriedade intelectual como um mecanismo de fomento à inovação, essencial ao sistema capitalista de produção e consumo, na medida em que permite que os criadores se apropriem do valor econômico de sua criação e tenham conseqüentemente incentivo para continuar inovando. No segundo caso, entende-se a propriedade intelectual como um direito natural do criador à propriedade das criações de seu intelecto. Qualquer que seja a corrente de pensamento utilizada para justificar a concessão dos direitos exclusivos da obra intelectual ao seu criador, no entanto, é necessário levar em consideração que esse direito, em sua essência, representa um direito exclusivo do criador sobre a obra intelectual, que permite a ele impedir que terceiros dela se utilizem sem sua autorização.

Uma das discussões mais importantes no campo da propriedade intelectual na atualidade refere-se à tentativa de encontrar um equilíbrio ideal entre os direitos individuais do criador (sejam eles decorrentes de um direito natural de propriedade ou de um direito

⁵⁹⁴ MENELL, 2000.

conferido pela sociedade como forma de compensação pelos custos da criação e incentivo à inovação) e os interesses sociais (representados pelo interesse de acesso à informação e à tecnologia). Para aqueles que esposam uma fundamentação utilitarista/econômica da propriedade intelectual, isto se traduz em uma análise dos custos e benefícios econômicos, para a sociedade, decorrentes da concessão dessa exclusividade ao criador. Para aqueles que esposam uma fundamentação não utilitarista (ou personalista) da propriedade intelectual, considerando-a como um direito natural do criador, a discussão está centrada na possibilidade de limitações aos direitos do autor, e se traduzem geralmente em uma discussão sobre o abuso de direito e a função social da propriedade.

É necessário, portanto, encontrar um balizador comum perante o qual se possa verificar se a propriedade intelectual, para cada tipo de bem tutelado, está cumprindo seus objetivos, sejam eles colocados em termos de uma relação custo/benefício adequada ou de uma limitação da propriedade intelectual representada pela necessidade de que ela cumpra sua função social. Neste sentido, a proposta deste artigo é discutir de que forma o conceito de desenvolvimento, analisado sob os novos paradigmas da sociedade informacional, pode ser utilizado para esta finalidade, e discutir de que forma a propriedade intelectual, da forma como atualmente é aplicada às tecnologias de informação e comunicação, atende os objetivos sociais nesta nova configuração da sociedade.

A importância das tecnologias da informação e comunicação para a economia e para as relações sociais no século XXI é um fato indiscutível. Castells aponta que as profundas mudanças na economia e na sociedade ocorridas no final do século XX geraram uma nova configuração da sociedade, com base em redes, que ele denomina “sociedade informacional”⁵⁹⁵. Para o funcionamento da nova economia informacional e para que seja possível a interconexão dos atores sociais em redes, é necessário que as tecnologias de informação e comunicação continuem a se desenvolver e a ser acessíveis a um número cada vez maior de pessoas, sob pena de se criar uma sociedade à margem da sociedade informacional. Assim, é essencial que a sociedade adote mecanismos que, ao mesmo tempo, incentivem a contínua inovação de tais ferramentas, essenciais ao modelo de produção baseado na livre iniciativa e no capitalismo globalizado (que, seja ele ou não o melhor modelo possível, é o modelo econômico dominante no mundo atualmente, com 151 países participando da Organização Mundial do Comércio⁵⁹⁶), e propicie o acesso mais amplo

⁵⁹⁵ CASTELLS, 2006. pp 565 e 566.

⁵⁹⁶ Número de membros em 27 de julho de 2007. Informação disponível no sítio oficial da OMC em <www.wto.org>. Acessado em: 22 de abril de 2008.

possível da sociedade a tais ferramentas. As Nações Unidas reconheceram estas necessidades na Declaração do Milênio, adotada durante a 55ª Seção da Assembléia Geral das Nações Unidas em 8 de setembro de 2000⁵⁹⁷. Dentre as múltiplas resoluções constantes da Declaração do Milênio, as tecnologias da informação foram especificamente destacadas, sendo estabelecido como uma das resoluções destinadas a promover o desenvolvimento e a erradicação da pobreza “assegurar que os benefícios das novas tecnologias, especialmente das tecnologias de informação e comunicação (...) estejam disponíveis para todos”⁵⁹⁸.

As tecnologias da informação e comunicação compreendem uma ampla gama de tecnologias de diferentes naturezas, que merecem análise destacada. Neste artigo será analisada a atual configuração da propriedade intelectual sobre o *software*, um dos elementos essenciais de tais tecnologias. Conforme destaca Lemos, os sistemas de comunicação são construídos sobre três camadas: uma camada física, uma camada lógica e uma camada de conteúdo⁵⁹⁹. Quando consideramos especificamente a configuração atual das tecnologias da informação e comunicação, podemos identificar a camada física no conjunto de computadores e nos meios físicos que os interconectam, gerando redes maiores ou menores, a maioria das quais se interconectando por meio da Internet, a rede mundial de computadores. Lemos destaca que na camada lógica da internet, ou seu “código”, estão incluídos os programas de computador (*software*) e os protocolos e linguagens compartilhadas entre eles, bem como os sistemas operacionais que permitem o funcionamento dos equipamentos que compõem a camada física⁶⁰⁰. A estrutura de conteúdo, por sua vez, corresponde àquilo que é transmitido sobre as camadas lógica e física: é a comunicação propriamente dita. Assim, para que a comunicação possa fluir livremente, gerando a disseminação do conhecimento humano e promovendo o desenvolvimento, é necessário que as camadas física e lógica da Internet (respectivamente o *hardware* e o *software*) estejam cada vez mais amplamente acessíveis à população mundial. A propriedade intelectual do *software*, portanto, deve ser configurada de modo a cumprir esses objetivos: incentivar o constante desenvolvimento de novas criações, cada vez mais eficientes e com capacidade cada vez maior e, ao mesmo tempo, tornar tais tecnologias acessíveis a todos. Assim, é necessário analisar se os tratados internacionais e se as práticas atuais em relação à propriedade intelectual do *software* são compatíveis com esses

⁵⁹⁷ Texto integral disponível no site oficial da Organização das Nações Unidas em <www.un.org>. Acessado em 22 de abril de 2008.

⁵⁹⁸ Tradução livre da autora. No original em inglês: *To ensure that the benefits of new technologies, especially information and communication technologies(...) are available to all*. Disponível no sítio oficial da Organização das Nações Unidas em <www.un.org>. Acessado em: 22 de abril de 2008.

⁵⁹⁹ LEMOS, 2005, pp 15 e 16.

⁶⁰⁰ LEMOS, 2005, p. 16.

princípios e, caso existam desvios em relação a eles, identificar caminhos para o seu realinhamento em relação aos objetivos professados pela Assembléia das Nações Unidas na Declaração do Milênio.

Para tanto, serão analisados, inicialmente, as declarações de princípios incluídas no texto do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPS*)⁶⁰¹, administrado pela Organização Mundial do Comércio – OMC, a Agenda do Desenvolvimento da Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI (*WIPO Development Agenda*) e a Declaração de Princípios formulada pela Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação (*World Summit on Informations Society – WSIS*), cujos trabalhos são administrados pela União Internacional de Telecomunicações – UIT (*International Telecommunications Unit*)⁶⁰². Na sequência serão feitas considerações sobre o conceito de desenvolvimento adotado nessas declarações de princípios e a aplicação desse conceito à propriedade intelectual das tecnologias da informação e, mais especificamente, do *software*. Finalmente, serão levantadas algumas questões e traçadas as considerações finais em relação às atuais tendências relativas à propriedade intelectual do *software* e seus potenciais impactos sobre os objetivos professados pelos textos analisados.

2 OS REGIMES INTERNACIONAIS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL E O DESENVOLVIMENTO

Barbosa, Chon e von Hase⁶⁰³ apontam que não existe atualmente um único regime internacional da propriedade intelectual, mas sim um complexo de regimes, uma vez que existem múltiplas entidades administrando diversos tratados que disciplinam questões relacionadas à propriedade intelectual. Neste trabalho, trataremos especificamente da maneira como a propriedade intelectual é tratada pela OMC no âmbito do TRIPs, e pela Organização das Nações Unidas, analisando especialmente os impactos da Declaração do Milênio sobre a atuação de duas de suas agências: a OMPI e a União Internacional de Telecomunicações - UIT (*International Telecommunications Union*), responsável pela realização e pela

⁶⁰¹ Ratificado, no Brasil, pelo Decreto n. 1.355 de 1994. O acordo será referenciado, neste trabalho, por sua sigla em inglês (TRIPs).

⁶⁰² Neste trabalho a Organização Mundial do Comércio, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual e a União Internacional de Telecomunicações serão indicadas por suas siglas em português – OMC, OMPI e UIT, respectivamente – uma vez que estas siglas já são utilizadas em inúmeras obras nacionais. A Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação será indicada por sua sigla em inglês, WSIS.

⁶⁰³ BARBOSA, Denis B., CHON, Margaret e VON HASE, Andrés Moncayo. *Slouching Towards Development in International Intellectual Property*. In **Michigan State Law Review**, v. 71. 2007.

administração dos trabalhos da Cúpula Mundial da Sociedade da Informação (*World Summit for the Information Society – WSIS*).

2.1 O TRIPS E O DESENVOLVIMENTO

Primeiramente, é necessário ressaltar que a tutela da propriedade intelectual é prevista em tratados internacionais, dos quais o Brasil é signatário. O principal marco internacional na consolidação dos direitos da Propriedade Industrial é a Convenção da União de Paris⁶⁰⁴ e, do Direito Autoral, a Convenção de Berna, de 1886. Mais recentemente, as questões relativas à propriedade intelectual foram trazidas para o âmbito das relações do comércio internacional durante a Rodada Uruguai (1986-1994) de negociações do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (*General Agreement on Tariffs and Trade - GATT*). O tema da propriedade intelectual foi definitivamente incorporado aos acordos administrados pela OMC em decorrência da inclusão do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPS*)⁶⁰⁵, como Anexo 1C ao Tratado de Marraquesh, que criou aquela organização.

É importante ressaltar que o TRIPS incorporou por referência tanto dispositivos da Convenção da União de Paris⁶⁰⁶ quanto da Convenção de Berna⁶⁰⁷. Ao criar, no entanto, regras mínimas de proteção que devem ser incorporadas à legislação nacional de todos os países-membro da OMC, o TRIPS ampliou consideravelmente a abrangência e, em determinados aspectos, também o escopo desta proteção. Para os objetivos deste estudo, consideramos os objetivos e princípios constantes dos artigos 7 e 8 do TRIPS, que devem nortear a tutela da propriedade intelectual nos países-membro da OMC:

Artigo 7 - Objetivos

A proteção e o exercício dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e disseminação da tecnologia, para vantagem mútua dos

⁶⁰⁴ A Convenção da União de Paris tem o nome oficial de “Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial”. Foi ela revista já sete vezes, sendo sua última versão a da revisão de 1967, em Estocolmo, que vigora no Brasil desde 1992 (BARBOSA, 2003, p. 182)

⁶⁰⁵ Ratificado, no Brasil, pelo Decreto n. 1.355 de 1994. O acordo sera referenciado, neste trabalho, por sua sigla em inglês (TRIPS).

⁶⁰⁶ TRIPS, art. 2:1: “*In respect of Parts II, III and IV of this Agreement, Members shall comply with Articles 1 through 12, and Article 19, of the Paris Convention (1967). 2. Nothing in Parts I to IV of this Agreement shall derogate from existing obligations that Members may have to each other under the Paris Convention, the Berne Convention, the Rome Convention and the Treaty on Intellectual Property in Respect of Integrated Circuits.*”

⁶⁰⁷ TRIPS, art. 9:1: “*Members shall comply with Articles 1 through 21 of the Berne Convention (1971) and the Appendix thereto. However, Members shall not have rights or obligations under this Agreement in respect of the rights conferred under Article 6bis of that Convention or of the rights derived therefrom.*”

produtores e usuários do conhecimento tecnológico e de maneira que conduza ao bem-estar social e econômico, e a um equilíbrio de direitos e obrigações.

Artigo 8 - Princípios

1. Os Membros podem, ao formular ou aditar suas leis e regulamentos, adotar medidas necessárias à proteção da saúde pública e da alimentação, e à promoção do interesse público em setores de importância vital para seu desenvolvimento sócio-econômico e tecnológico, desde que tais medidas sejam consistentes com as disposições deste Acordo.
2. Medidas apropriadas, desde que sejam consistentes com as disposições deste Acordo, podem ser necessárias para prevenir o abuso dos direitos de propriedade intelectual pelos titulares ou a adoção de práticas que restrinjam o comércio de maneira não razoável ou que afetem adversamente a transferência internacional de tecnologia.⁶⁰⁸ (grifamos)

Analisando-se, portanto, os princípios e objetivos incorporados ao texto do TRIPS, verifica-se que, em princípio, os membros da OMC determinaram que as políticas relacionadas à propriedade intelectual devem ser consistentes com os objetivos que, segundo as correntes utilitaristas/econômicas, nortearam a criação da propriedade intelectual: a promoção da inovação tecnológica e da disseminação do conhecimento pela sociedade. Note-se, no entanto, que o TRIPS deixa claro que a propriedade intelectual deve ser compatível com a proteção do desenvolvimento sócio-econômico e tecnológico. Pode-se perceber, portanto, uma preocupação em criar um equilíbrio entre interesse privado (dos criadores na proteção da obra intelectual) e público (da sociedade, na promoção do desenvolvimento).

É importante destacar, no entanto, que embora seja reconhecido, nos princípios gerais, a possibilidade de limitação dos direitos de propriedade intelectual de modo a

⁶⁰⁸ Tradução livre dos autores. No original em inglês: ““Article 7 – Objectives - The protection and enforcement of intellectual property rights should contribute to the promotion of technological innovation and to the transfer and dissemination of technology, to the mutual advantage of producers and users of technological knowledge and in a manner conducive to social and economic welfare, and to a balance of rights and obligations. Article 8 – Principles – 1. Members may, in formulating or amending their laws and regulations, adopt measures necessary to protect public health and nutrition, and to promote the public interest in sectors of vital importance to their socio-economic and technological development, provided that such measures are consistent with the provisions of this Agreement; 2. Appropriate measures, provided that they are consistent with the provisions of this Agreement, may be needed to prevent the abuse of intellectual property rights by rights holders or the resort to practices which unreasonably restrain trade or adversely affect the international transfer of technology.” Disponível em <www.wto.org>.

compatibilizá-los com os objetivos de desenvolvimento, a aplicação desses limites encontra-se delimitada por regras que estabelecem “limites aos limites”. Assim, os limites e exceções previstos no TRIPS estão delimitados por seu Artigo 13:

Artigo 13

Limites e Exceções

Os Membros devem restringir os limites e exceções aos direitos exclusivos a determinados casos especiais que não conflitem com a exploração normal da obra e não prejudiquem de forma não razoável os interesses do titular dos direitos.⁶⁰⁹

Esse Artigo, estabelece a regra conhecida como “regra dos três passos” (ou seja, os limites somente podem ser impostos se observarem os três requisitos estabelecidos na regra: refiram-se a casos especiais; não impeçam a exploração normal da obra; e não causem prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor). Ascensão ressalta que esta fórmula, embora repita, “com mudanças menores, a do art. 9/2 da Convenção de Berna”, tem uma diferença fundamental, uma vez que se aplica a todos os direitos exclusivos, enquanto que naquela Convenção, aplicava-se apenas ao direito de reprodução⁶¹⁰. Uma outra crítica importante feita por Ascensão refere-se ao fato de que, embora sempre tenha havido a consciência da existência de limites ao Direito Autoral, a tendência recente, consagrada no texto do artigo 13 do TRIPS, é a de se impor “limites aos limites”. Ou seja, ao invés de levar em consideração o fato de que a exclusividade concedida pelo Direito Autoral é, em si, um limite aos direitos e interesses sociais, devendo ser interpretada de forma restritiva, o artigo 13 estabelece a regra contrária: a proteção do Direito Autoral deve ter a maior amplitude possível, estabelecendo-se limites à possibilidade de criação de exceções ou limites a esses direitos.

Não obstante a crítica feita por Ascensão, no entanto, os princípios gerais do TRIPS e a admissão, pelo artigo 13, da possibilidade de imposição de limites e exceções aos direitos autorais (ainda que constringidas pela necessária aplicação da “regra dos 3 passos”) dão margem à criação de exceções e permitem, em princípio, que os países-membro busquem delinear exceções aos direitos de propriedade intelectual de modo a fomentar o desenvolvimento local, em consonância com os objetivos da Declaração do Milênio.

⁶⁰⁹ Tradução livre da autora. TRIPS, “*Article 13 - Limitations and Exceptions - Members shall confine limitations or exceptions to exclusive rights to certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the right holder.*”

⁶¹⁰ ASCENSÃO, 2006, p. 93.

2.2 A WSIS E A AGÊNCIA DE DESENVOLVIMENTO DA OMPI

A Declaração do Milênio, é comparada por Wachowicz⁶¹¹ à Declaração Universal dos Direitos do Homem (1945) por representar uma “reunião dos pontos controvertidos e relevantes de visões distintas de progresso social e tecnológico para a construção da Sociedade Informacional (...)”. Ele destaca, no entanto, que entre os países-membro da Organização das Nações Unidas, dois grupos distintos podem ser identificados: o primeiro apoiando a plena utilização do potencial das tecnologias da informação e da comunicação para promover as metas de desenvolvimento previstas na Declaração; o segundo se opondo a essas medidas, com “todas as ambigüidades intermediárias em controlar e censurar o conteúdos dos meios de comunicação eletrônica, em especial a rede mundial de computadores”⁶¹². É importante destacar, portanto, que embora tenha sido reconhecida a necessidade de se adequar a tutela da propriedade intelectual aos princípios de desenvolvimento estabelecidos na Declaração do Milênio, sua implementação efetiva dependerá também das políticas e interesses locais de cada país-membro, que poderão variar sensivelmente dependendo do grau de desenvolvimento tecnológico de cada um – interessando mais aos países tecnologicamente mais desenvolvidos buscar uma proteção mais robusta e abrangente à criação intelectual e aos países menos tecnologicamente desenvolvidos temperar a proteção com as necessidades de acesso à ao conhecimento.

Embora a Declaração do Milênio tenha sido adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, sua implementação depende de ações concretas pelas diversas agências dentro de suas respectivas competências. Barbosa, Chon e Von Hase destacam, como agências das Nações Unidas que estão envolvidas ou têm um mandato específico em relação à normatização, inovação e desenvolvimento da propriedade intelectual, a OMPI (que é uma agência das Nações Unidas desde 1974), a *Convention on Biological Diversity* (CBD), a Organização Mundial da Saúde (OMS), e a UIT que, conforme dito anteriormente, administra os trabalhos da WSIS. Neste estudo nos limitamos a analisar o impacto da Declaração do Milênio sobre os trabalhos da OMPI e sobre a Declaração de Princípios da WSIS, uma vez que as demais agências têm mandatos específicos que não dizem respeito à propriedade intelectual das tecnologias de informação e comunicação.

2.2.1 *World Summit for the Information Society* (WSIS)

⁶¹¹ WACHOWICZ, 2006(1), p. 195.

⁶¹² Idem, p. 195.

Conforme anteriormente mencionado, entre as resoluções tomadas na Declaração do Milênio a Assembléia das Nações Unidas elegeu como um de seus objetivos assegurar a todos os benefícios das novas tecnologias, especialmente das tecnologias de informação e comunicação (TICs) de acordo com as recomendações contidas na Declaração Ministerial do Conselho Econômico e Social de 7 de julho de 2000 (ECOSOC 2000). A ECOSOC 2000 reconheceu a importância central das TICs na nova economia baseada na informação, bem como o papel fundamental de tais tecnologias na promoção do desenvolvimento sustentável e na erradicação da pobreza nos países em desenvolvimento e naqueles com economias em transição. A ECOSOC 2000, no entanto, reconheceu também a existência de uma grande diferença (um “abismo digital” ou “digital divide”) decorrente da concentração do acesso e uso das TICs nos países desenvolvidos, acentuando a diferença já existente na economia tradicional entre tais países e os países em desenvolvimento ou com economia de transição. As recomendações contidas na ECOSOC 2000, a que a Declaração do Milênio se refere, relacionam-se à eliminação desse “abismo digital” e à criação de “oportunidades digitais”, vistos como impedimentos à participação da maioria da população mundial nos países em desenvolvimento na revolução da TICs.

Em dezembro de 2001 a Assembléia Geral das Nações Unidas, reconhecendo a necessidade urgente de se aproveitar as tecnologias do conhecimento para promover as metas e objetivos da Declaração do Milênio, convidou a UIT para assumir a liderança e a administração da WSIS, a ser realizada em duas etapas, sendo a primeira em Genebra, em 2003 e a segunda na Tunísia, em 2005, convidando ainda os Governos de todos os países integrantes da Organização das Nações Unidas e a comunidade internacional a participarem ativamente da preparação e dos debates a serem realizados durante o evento. A primeira etapa do WSIS resultou na publicação de uma Declaração de Princípios e de um Plano de Ação. A segunda etapa da Cúpula, realizada na Tunísia em 2005, resultou na publicação de um Compromisso, reafirmando e detalhando alguns dos princípios da declaração de Genebra, e em uma Agenda para a Sociedade da Informação, na qual foram estabelecidos objetivos mais detalhados para o atingimento das metas do Plano de Ação⁶¹³. Este conjunto de documentos constitui uma marco para a identificação de políticas e ações compatíveis com os objetivos da Declaração do Milênio no que toca à utilização das novas tecnologias de informação e comunicação como mecanismo essencial para o desenvolvimento mundial de forma equilibrada e sustentável.

⁶¹³ Os documentos resultantes da WSIS encontram-se disponíveis no sítio oficial da UIT, em <www.itu.int>. Acessado em: 22 de abril de 2008.

A WSIS reconheceu a importância de capturar o potencial das TICs para promover as metas de desenvolvimento da Declaração do Milênio, e estabeleceu uma série de 67 princípios e compromissos relacionados a esse objetivo. Especificamente no que toca à propriedade intelectual da TICs (e do *software* em particular), destacamos os seguintes trechos da Declaração de Princípios de Genebra:

8. Nós reconhecemos que educação, conhecimento, informação e comunicação estão na essência do progresso, dos esforços e do bem-estar humanos. Adicionalmente, as Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs) têm um imenso impacto sobre virtualmente todos os aspectos de nossas vidas. O rápido progresso dessas tecnologias abre oportunidades inteiramente novas para se obter níveis mais altos de desenvolvimento. A capacidade dessas tecnologias para reduzir muitos obstáculos tradicionais, especialmente aqueles relacionados a tempo e distância, pela primeira vez na história torna possível usar o potencial dessas tecnologias para o benefício de milhões de pessoas em todos os cantos do mundo.

(...)

27. Acesso à informação e ao conhecimento podem ser promovidos aumentando a conscientização de todos os interessados sobre as possibilidades oferecidas por diferentes modelos de *software*, incluindo *software* proprietário, de código aberto e *software* livre, a fim de aumentar a concorrência, o acesso pelos usuários, a diversidade de escolhas, e a fim de permitir que todos os usuários desenvolvam as soluções que melhor atendam suas necessidades. Acesso, a valores acessíveis, ao *software* deve ser considerado como um componente importante de uma Sociedade da Informação verdadeiramente inclusiva.⁶¹⁴

Do texto verifica-se que os modelos de propriedade intelectual do *software* têm um impacto tão importante sobre sua disponibilidade, especialmente em países de economia menos desenvolvida, que o tratamento dos modelos de desenvolvimento e de proteção da propriedade intelectual adotada mereceram uma menção especial nos documentos da WSIS. Aliado a esta menção está a leitura dos princípios gerais, que deixam claro que, na visão da

⁶¹⁴ World Summit on the Information Society – WSIS. Document WSIS-03/GENEVA/DOC/-E, 12 December 2003. Tradução livre da autora. Disponível no site oficial da UTI em <www.itu.int>. Acessado em 22 de abril de 2008.

WSIS, a propriedade intelectual sobre as TICs deve ser delineada levando-se em consideração, acima do interesse individual, dois dos principais objetivos estabelecido pela Declaração do Milênio: desenvolvimento e erradicação da pobreza.

2.2.2 A Agenda do Desenvolvimento da OMPI

A OMPI, criada originalmente em 1967, durante a revisão de Estocolmo da Convenção da União de Paris, é um dos principais foros de discussão sobre o conjunto internacional de regras mínimas para a tutela da propriedade intelectual e seu desenvolvimento mundial⁶¹⁵. Embora parte dessa discussão tenha se transferido para o âmbito das relações econômicas, com a criação da OMC e a assinatura do TRIPs em 1994, essa organização, que é atualmente uma agência das Nações Unidas, continua tendo um papel ativo e relevante na definição de normas internacionais sobre a propriedade intelectual. O mandato original da OMPI, de acordo com o tratado que a criou é de promover “a proteção da propriedade intelectual em todo o mundo”⁶¹⁶. Não há qualquer menção, no texto original do tratado à promoção do desenvolvimento econômico ou social, ou à busca de um equilíbrio entre o interesse público e o interesse privado: o foco, claramente, era o de assegurar a proteção aos direitos dos criadores das obras intelectuais. Em setembro de 2004, no entanto, a Assembléia Geral da OMPI analisou uma proposta apresentada pelo Brasil e pela Argentina e apoiada por diversos outros países⁶¹⁷ com o objetivo de se discutir uma agenda de desenvolvimento de forma a adequar a atuação da OMPI aos princípios estabelecidos na Declaração do Milênio. Como resultado das ações desenvolvidas a partir daquela proposta a Assembléia Geral da OMPI adotou, em outubro de 2007, quarenta e cinco recomendações e criou o Comitê para o Desenvolvimento e a Propriedade Intelectual, que tem como objetivo implementar tais recomendações⁶¹⁸.

As recomendações da Agenda de Desenvolvimento estão divididas em seis grupos. Dentre esses grupos, destaca-se neste trabalho o Grupo C, relacionado a Transferência de Tecnologia, Tecnologias da Informação e Comunicação e Acesso ao Conhecimento por estar diretamente relacionada à questão das TICs. Nas recomendações constantes desse

⁶¹⁵ WACHOWICZ, 2007, p. 76.

⁶¹⁶ Artigo 3 da *Convention Establishing the World Intellectual Property Organization*, firmada em Estocolmo, em 14 de julho de 1967 e aditada em 28 de setembro de 1979. Disponível no sítio oficial da OMPI, em <www.wipo.org>. Acessado em : 22 de abril de 2008.

⁶¹⁷ A íntegra da proposta encontra-se disponível no sítio oficial da OMPI, em <www.wipo.int>. Acessado em: 22 de abril de 2008.

⁶¹⁸ A íntegra das 45 recomendações adotadas pela Assembléia Geral da OMPI encontra-se em seu sítio oficial na internet, em <www.wipo.int>. Acessado em 22 de abril de 2008.

Grupo, destacam-se a diretriz de que a OMPI deve, dentro de sua competência, buscar implementar os objetivos da WSIS e explorar as políticas e iniciativas relacionadas à propriedade intelectual necessárias para promover a transferência e a disseminação da tecnologia para benefício dos países em desenvolvimento. Assim, verifica-se que, de um mandato relacionado exclusivamente à proteção da propriedade intelectual, a OMPI, por decisão de sua Assembléia Geral, tem agora um mandato relacionado à utilização da propriedade intelectual, incluindo a propriedade intelectual das TICs, para promover o desenvolvimento, sendo tais diretrizes derivadas da WSIS que, por sua vez, buscou criar uma agenda para implementar, no que toca às tecnologias de informação e comunicação, os princípios da Declaração do Milênio.

2.3 DE QUE DESENVOLVIMENTO ESTAMOS FALANDO?

Conforme visto anteriormente, tanto no TRIPs quanto nos textos da WSIS e na Agenda de Desenvolvimento da OMPI, a propriedade intelectual está hoje claramente associada ao conceito desenvolvimento. Como deve ser entendido, no entanto, este conceito? Não se trata, claramente, de promover exclusivamente o desenvolvimento tecnológico, e sim de incentivar que as novas tecnologias, além de serem continuamente desenvolvidas, sejam também disponibilizadas à sociedade, para que possam promover o desenvolvimento econômico e social de forma equilibrada, reduzindo as desigualdades regionais e, no caso das TICs, eliminando o “abismo digital”.

Esta diferenciação é importante, pois levanta a necessidade de se encontrar uma forma de tutela que não privilegie o interesse privado (do criador da obra intelectual) em detrimento do interesse público (da sociedade como um todo, que precisa ter acesso às novas tecnologias para atingir níveis idéias de desenvolvimento econômico e social). Assim,

Barbosa, Chon e Von Hase, afirmam, comentando a forma como o desenvolvimento figura retoricamente no mandato da OMC:

International intellectual property “balance” and international “development” both are nominally recognized. But in both cases, they are embedded within a model of economic growth, which then makes any alternative interpretations (based, for example, on a human development model) difficult to articulate.⁶¹⁹

A análise, no entanto, que se interpretado à luz dos princípios contidos no próprio TRIPs e nos objetivos estabelecidos na Declaração do Milênio, na WSIS e na Agenda de

⁶¹⁹ BARBOSA et. al., 2007.

Desenvolvimento do OMPI, o conceito de “desenvolvimento” deve, forçosamente, ser interpretado como abrangendo mais do que o desenvolvimento tecnológico ou o desenvolvimento econômico considerados isoladamente. A propriedade intelectual deve ser vista, com base nesses princípios e objetivos, como uma ferramenta para fomentar o desenvolvimento tecnológico e disponibilizar a toda a sociedade os benefícios dessas novas tecnologias, promovendo o desenvolvimento humano integrado, levando em consideração também o impacto que o custo da propriedade intelectual tem sobre a acessibilidade das novas tecnologias (e especialmente das TICs) aos países em desenvolvimento ou com menor desenvolvimento relativo.

3 PROPRIEDADE INTELECTUAL DO SOFTWARE E DESENVOLVIMENTO

Tanto no âmbito da OMC quanto no âmbito da OMPI, adotou-se como regra a tutela da propriedade intelectual do software pelo Direito Autoral (ou Copyright)⁶²⁰. Em determinadas jurisdições, como é o caso, por exemplo, da União Européia e do Brasil, a legislação foi ainda mais específica ao deixar claro que o “software em si” não é patenteável, devendo sua proteção, portanto, estar restrita a proteções análogas ou semelhantes àquelas conferidas a obras literárias e artísticas.

Uma primeira questão que se coloca, portanto, é se esta proteção tem a configuração mais apta a permitir que se atinjam os objetivos da Declaração do Milênio e aqueles professados no TRIPS: um equilíbrio ideal entre o incentivo ao desenvolvimento tecnológico e o acesso mais amplo possível às tecnologias de informação e comunicação, de modo a fomentar o desenvolvimento econômico e social.

Em nosso entendimento o cerne desta questão encontra-se em uma característica específica da proteção pelo Direito Autoral, já estabelecida anteriormente pela Convenção de Berna, e posteriormente consagrada pelo TRIPS no item 2 de seu artigo 9: a proteção do Direito Autoral será conferida à expressão da obra, e não a idéias, procedimentos, métodos de operação ou conceitos matemáticos em si⁶²¹. Note-se que as tecnologias são, geralmente, protegidas pela concessão de uma patente, que confere um privilégio sobre o conceito da tecnologia, e não sobre sua expressão. Assim sendo, a proteção pelo Direito Autoral não foi

⁶²⁰ Embora o termo “Direito Autoral” tenha uma abrangência maior do que o termo “Copyright”, uma vez que o primeiro deriva do sistema europeu continental de proteção, que reconhece a existência de direitos morais e patrimoniais do autor, enquanto que o segundo funda-se no sistema de proteção anglo-saxão, restringindo-se à proteção de direitos patrimoniais, trataremos neste estudo os dois termos como sinônimos, uma vez que entendemos que, para os fins da discussão aqui proposta, a diferença em questão não é relevante.

⁶²¹ TRIPS, “Article 9 - 2. Copyright protection shall extend to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such.”

definida com base na natureza do bem tutelado (tecnologia), e sim em um conjunto de fatores conjunturais, conforme destaca Ascensão, para quem as razões de preferência pelo Direito Autoral como arcabouço para a tutela jurídica do software, fomentadas pelos Estados Unidos da América na década de oitenta, foram fundamentalmente as seguintes:

- 1) O direito de autor dá a proteção mais extensa entre os direitos intelectuais, o que convinha ao país líder na produção de programas;
- 2) O direito de autor dá proteção automática, sem obrigação de revelar a fórmula do programa ao contrário do que aconteceria com a patente;
- 3) A qualificação como direito de autor permitiria exigir o tratamento nacional, ao abrigo da Convenção de Berna e outras convenções multilaterais, não esperando a elaboração de nova convenção e o lento movimento de ratificações;
- 4) A qualificação como direito de autor permitiria sustentar que o programa de computador seria já tutelado pelas leis nacionais sobre direito de autor, independentemente da aprovação de leis específicas sobre programas de computador.⁶²²

Aduzem-se a estas questões os problemas percebidos em relação a uma possível extensão da proteção patentária ao software, considerada pelo “Advisory Group of Government Experts” convocado pelo Bureau Internacional da OMPI. Conforme relatado por Pereira dos Santos aquele grupo, apesar de entender que o Direito de Patente deveria ser o mecanismo mais adequado à tutela dos direitos sobre os software, por proteger soluções novas e inventivas, esta alternativa esbarrava em fatores como: a dificuldade de caracterização do *software* como invenção patenteável; a existência de inventividade apenas em um pequeno número de programas; a dificuldade de se examinar o grau de novidade de inventividade de um *software* e a inconveniência de se exigir a ampla divulgação do programa dada a dificuldade de se detectar a cópia⁶²³.

Desta forma, ao adotar a proteção do Direito Autoral para o *software*, fez-se uma opção pela proteção tão somente o programa de computador, que é a expressão física do *software*, representada por sua codificação, seja em código-fonte (inteligível para o homem) ou em código-objeto (inteligível para a máquina), ficando claro que, em relação ao *software*,

⁶²² ASCENSÃO, 1997, p. 667 e 668.

⁶²³ PEREIRA DOS SANTOS, 2003, p. 45-47.

não estão sendo protegidas as idéias e os conceitos subjacentes utilizados para sua criação. A pergunta que se coloca, portanto, é: considerando-se a necessidade de incentivar o contínuo desenvolvimento tecnológico e, ao mesmo tempo, de disseminar as tecnologias de modo a permitir o mais amplo acesso possível ao conhecimento e à informação, o modelo adotado, de proteção da expressão e não do conteúdo, é o modelo ideal?

Do ponto de vista do criador do *software*, a resposta poderia parecer, em um primeiro momento, que a proteção exclusivamente da expressão física do *software* (ou seja, da codificação representada pelo programa de computador) não seria suficiente para assegurar o retorno financeiro necessário ao contínuo investimento em desenvolvimento tecnológico. Contra esta posição, no entanto, colocam-se dois argumentos importantes: em primeiro lugar, há evidências de que a indústria mundial do *software* vem crescendo de maneira significativa mesmo considerando-se que a proteção do software, a partir do TRIPs, é conferida pelo Direito Autoral nos países-membro da OMC⁶²⁴; em segundo lugar, como aponta Wachowicz, inúmeras pesquisas realizadas na década de 80 detectaram que a grande maioria dos programas de computador existentes no mundo não seria patenteável, uma vez que lhes faltava o requisito básico de originalidade absoluta⁶²⁵.

Em relação ao primeiro argumento, entendemos que, considerando-se a necessidade de equilibrar interesse público e privado, somente seria necessária uma ampliação do escopo da proteção do software (com a proteção estendendo-se não apenas à expressão física do programa de computador, mas também ao conceito subjacente) se houvesse evidências claras de que a forma de proteção atual é insuficiente para gerar o investimento contínuo e significativo em pesquisa e desenvolvimento dessa tecnologia. Em princípio, embora o tema talvez mereça uma pesquisa mais aprofundada, não parece haver evidências claras neste sentido, e sim, ao contrário, evidências que apontam para o crescimento constante da indústria de *software* em todo o mundo.

Em relação ao segundo argumento, note-se que, embora em um primeiro momento o criador do *software* possa preferir buscar a proteção mais abrangente possível para sua obra intelectual, se o *software* não é, de um modo geral, um produto absolutamente original, isto significa que a sua criação é realizada de forma incremental, apoiando-se os criadores em conceitos e idéias já desenvolvidas por outros criadores. Neste sentido, o Direito

⁶²⁴ Neste sentido pode-se verificar, por exemplo, que grandes empresas de *software* (tais como Microsoft, Oracle, Symantec, CA e Adobe Systems) encontram-se na lista das 1.000 maiores empresas norte-americanas publicada pela revista Fortune em 2008, tendência que se verifica também no Brasil com a presença de empresas como CPM, SAP, Oracle do Brasil e Dataprev entre as 1.000 maiores empresas brasileiras na lista publicada pela revista Valor 1000Valor 1000. Ano 7, Número 7, Agosto 2007.

⁶²⁵ WACHOWICZ, 2006, p. 36.

Autoral apresenta uma forma de proteção ideal, uma vez que veda a mera cópia do programa de computador (em que não haveria, realmente, qualquer criação) mas permite que se utilize de uma idéia criada anteriormente para o desenvolvimento de um novo programa de computador (sem, é claro, que se copie o código original, o que constituiria uma infração clara aos direitos do criador original).

Uma outra evidência importante de que a proteção do *software*, para ser compatível com o desenvolvimento, não deve ter seu escopo ampliado, está relacionada a dois movimentos surgidos de uma forma colaborativa de criação de software, possível apenas no contexto da nova Sociedade da Informação: o movimento do software livre (“*free software*”)⁶²⁶, e o movimento do software de código aberto (“*open source software*”)⁶²⁷. Ambos os movimentos utilizam-se da proteção do Direito Autoral para assegurar que o *software* criado por meio de tais modelos colaborativos não será apropriado por ninguém, utilizando-se de modelos criativos de licenciamento para assegurar que o software original e qualquer modificação ou adaptação desse software seja livremente distribuído, inclusive com seu código-fonte (programa em formato inteligível para o homem) aberto. Ambos os movimentos representam o modelo ideal sob o ponto de vista do desenvolvimento: asseguram que novas tecnologias de informação e comunicação sejam criadas e permitem sua máxima disseminação pela sociedade, sem a necessidade de remuneração direta dos criadores ou a dificuldade de obtenção de uma licença de uso. Verifica-se, portanto, que embora não seja, sob o ponto de vista da natureza do objeto (tecnologia) a proteção mais adequada, o Direito de Autor apresenta flexibilidade suficiente para permitir o surgimento de modelos de criação e disseminação do *software* compatíveis com os objetivos da Declaração do Milênio.

A questão que vem, cada vez mais, ganhando força, é a possibilidade de sobreposição da proteção patentária do software à proteção do Direito Autoral. Como já disse acima, em algumas jurisdições (como por exemplo na Brasil e na União Européia), existe previsão legal de que o “software em si” não é patenteável. No entanto vem ganhando força, principalmente nos Estados Unidos, a tendência de se admitir o patenteamento de “invenções relacionadas a programas de computador” (termo utilizado pelo INPI)⁶²⁸, “*computer-related inventions*” (termo utilizado pela autoridade patenteária norte-americana – USPTO)⁶²⁹,

⁶²⁶ Descrito em STALLMAN, 2002.

⁶²⁷ Descrito em RAYMOND, 2001.

⁶²⁸ BRASIL. Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI. **Programa de Computador – Manual do Usuário**. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/programa_computador/manual/manual.htm?tr10> Acesso em: 26 set 2006. Doravante “Manual do Usuário”.

⁶²⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Patent Authority – USPTO. **Manual of Patent examining procedure (MPEP)**. Section 2106 Patentable Subject Matter - Computer-Related Inventions [R-3].

“*computer-implemented inventions*” (termo utilizado pela autoridade patenteária europeia – EPO)⁶³⁰. Esta tendência, no entanto, pode levar a uma ampliação da proteção que inviabilizaria modelos mais abertos de desenvolvimento e disseminação do *software*, na medida em que exigiria que o criador, antes de traduzir sua idéia em um novo *software*, verificasse se há ou não patente cobrindo funcionalidades semelhantes à que pretende desenvolver e, em caso afirmativo, buscasse o licenciamento de tais patentes, que poderia encarecer ou mesmo inviabilizar o desenvolvimento do *software*, além de impedir sua livre redistribuição sem a remuneração do criador original.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tutela do software pelo Direito do Autor não é, talvez, a mais adequada do ponto de vista da perfeita adequação do arcabouço jurídico ao objeto tutelado, já que o Direito de Autor foi criado para proteger criações do espírito, obras artísticas e culturais, e não novas tecnologias. No entanto, dada a alternativa da proteção patentária, o Direito do Autor oferece vantagens se considerado sob o aspecto do desenvolvimento: por limitar a proteção à expressão da obra (programa de computador) e não à idéia subjacente à criação do *software*, permite que a tecnologia se desenvolva de forma incremental, com novos criadores podendo basear livremente suas criações em *software* pré-existente sem o risco de violar a propriedade intelectual de terceiros. Não há evidências de que esta proteção limitada tenha de qualquer forma reduzido ou impedido o investimento em pesquisa e desenvolvimento na área do *software*. Portanto, no interesse do contínuo desenvolvimento econômico e social, é interessante que não haja uma sobreposição da proteção patentária do *software* à proteção pelo Direito Autoral. A tendência atual, no entanto, é de que ocorra esta sobreposição. Assim, é necessário que se analise de forma mais detida os possíveis impactos dessa sobreposição e se proponham alternativas tendo como objetivo assegurar que a tutela da propriedade intelectual do software permaneça compatível com os objetivos professados pela Assembléia das Nações Unidas na Declaração do Milênio e nos diversos documentos dela derivados, notadamente os documentos produzidos pela WSIS e a Agenda de Desenvolvidos da OMPI.

8ª Edição, Agosto de 2001. Última revisão, Agosto de 2006. Disponível em: <http://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/documents/2100_2106.htm#sect2106>. Acesso em 25 set 2006.

⁶³⁰ COMMISSION of the European Communities. **Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the patentability of computer-implemented inventions**. Disponível em: <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/en/com/2002/com2002_0092en01.pdf>. Acesso em: 25 set 2006.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2ª ed (refundida e ampliada). Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BARBOSA, Denis B. *Uma introdução à propriedade intelectual*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BARBOSA, Denis B., CHON, Margaret e MONCAYO VON HASE, Andrés. *Slouching towards development in international intellectual property*. In **Michigan State Law Review**, v. 71. 2007. Disponível em <msulr.law.msu.edu>

CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura – Volume 1: A sociedade em rede*. 8ª Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

MENELL, Peter S., *Intellectual property: general theories*. In Bouckaert, Boudewijn e Geest, Gerrit (coord.). **Encyclopedia of Law & Economics: Volume II**. Edward Elgar: Cheltenham, UK, 2000. Disponível em <<http://users.ugent.be/~gdegeest/1600book.pdf>>. Acesso em 25/02/2008.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO – OMC. *Agreement on Trade Related Intellectual Property Rights - TRIPs*. Marraqueche, 15 de abril de 1994. Disponível em <www.wto.org>. Acesso em: 3 de junho de 2007.

RAYMOND, Eric S. *The cathedral and the bazaar: musings on Linux and Open Source by an accidental revolutionary*. Revised Edition. Sebastopol: O'Reilly Media,

2001.SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade* (Trad.: Laura Teixeira Motta). São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

STALLMAN, Richard M. *Free software, free society: selected essays of Richard M. Stallman*. Boston: Free Software Foundation, 2002.

UNITED NATIONS. *United Nations Millenium Declaration (A/RES/55/2)*. Nova Iorque, 8 de setembro de 2000. Disponível em <www.un.org>. Acesso em: 22 de abril de 2008.

WACHOWICZ, Marcos. *Propriedade intelectual do software & revolução da tecnologia da informação*. 1ª ed., 3ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. *Desenvolvimento econômico e tecnologia da informação*. In BARRAL, Welber & PIMENTEL, Luiz Otávio. (coord.). **Propriedade intelectual e desenvolvimento**. Florianópolis: Boiteux, 2007.

WORLD SUMMIT ON THE INFORMATION SOCIETY. *Declaration of principles (WSIS-03/GENEVA/DOC/4-E)*. Genebra, 12 de dezembro de 2003. Disponível em <www.itu.int>. Acesso em: 22 de abril de 2008.

_____. *Plan of action (WSIS-03/GENEVA/DOC/5-E)*. Genebra, 12 de dezembro de 2003. Disponível em <www.itu.int>. Acesso em: 22 de abril de 2008.

_____. *Tunis agenda for the information society (WSIS-05/TUNIS/DOC/6(Rev.1)-E)*. Túnis, 18 de novembro de 2005. Disponível em <www.itu.int>. Acesso em: 22 de abril de 2008.

_____. *Tunis commitment (WSIS-05/TUNIS/DOC/7-E)*. Túnis, 18 de novembro de 2005. Disponível em <www.itu.int>. Acesso em: 22 de abril de 2008

ARTE ILEGAL? OS TRIBUNAIS E A CULTURA DO *SAMPLE*

Alexandre Pessler⁶³¹

“*Nada se cria, tudo se copia*”.

Abelardo Barbosa, o Chacrinha

SUMÁRIO Introdução. 1. A cultura do *sample*. 2. Um tijolo não é uma casa. 3. *Get a license or do not sample*. 4. Obras órfãs e *mashups*. 5. O que é uma cópia? . Considerações finais.

RESUMO Este artigo analisa o status legal da cultura do *sample*, manifestação artística caracterizada pela utilização de trechos de artefatos culturais pré-existentes para a criação de obras originais, face o atual ordenamento relativo aos direitos de autor e conexos. As leis autorais, de interpretação restritiva quanto a seus negócios jurídicos, prescrevem a necessidade de autorização para qualquer uso de obras de terceiros, ao mesmo tempo em que estabelecem critérios rígidos ou taxativos sobre o que se reputam seus limites e exceções. Além disso, a falta de informações sobre a titularidade de determinados fonogramas e de mecanismos de licenciamento transparentes afeta a segurança jurídica de artistas e produtores interessados na técnica do *sample*, chegando mesmo a inibir o processo criativo. É função da política cultural preservar e ampliar o acesso à cultura, promovendo condições para a criação e a produção de bens e serviços culturais, e facilitar o acesso social a tais bens e serviços. É função da academia apontar entraves neste processo, e possíveis soluções. Neste contexto, é traçada uma análise dos principais posicionamentos jurisprudenciais do direito comparado e da legislação aplicável ao tema, demonstrando o descompasso do atual arcabouço com a *praxis* representada pela cultura do *sample*, a qual é parte inevitável da evolução da sociedade em rede.

□

⁶³¹ Advogado, bacharel em Direito pela PUC/PR, com extensão em direito comercial. Membro do Grupo de Trabalho de Direito e Tecnologia da Informação da OAB/PR (GT-INFO), gestão 2005. Pesquisador junto ao IDCID no projeto “Direitos Autorais e Internet - Propostas Legislativas para Fomentar o Desenvolvimento e o Acesso ao Conhecimento”, da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SALMJ) e do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Co-autor da obra “Manual de Direito Eletrônico e Internet” (Lex, 2005).

PALAVRAS CHAVES: DIREITOS AUTORAIS; MÚSICA; *SAMPLE*; COLAGEM; REMIX; EXCEÇÕES; OBRAS ÓRFÃS.

ABSTRACT This article analyzes the legal status of the sampling culture, artistic manifestation characterized by the use of portions of preexisting cultural artifacts for the creation of original works of art, under the current legal system. The restrictive interpretation of author rights prescribe the necessity of authorization for any use of original work belonging to a third party. At the same time, the limits and exceptions to those rights are rigidly defined. The lack of information on copyright ownership, and the need for transparent licensing mechanisms affect the clearing security of artists and producers interested in the technique of sample, inhibiting the creative process. It is a duty of the cultural politics to preserve and to extend the access to the culture, promoting conditions for the creation and the production of cultural goods and services, and to facilitate the social access to such goods and services. It is function of the academy to point flaws in this process, and possible solutions. In such context, an analysis of the courts positionings of the comparative jurisprudence, and the applicable legislation to the subject is made, thus demonstrating the distance of the current legal standings to the praxis represented by the sampling and remix culture, which are an inevitable part of the evolution of the digital society.

KEYWORDS: COPYRIGHTS; AUTHOR RIGHTS; MUSIC; *SAMPLE*; REMIX; EXCEPTIONS; ORPHANED WORKS.

INTRODUÇÃO

A digitalização da sociedade trouxe consigo o barateamento dos custos de produção e distribuição da cultura, instrumentalizando de forma determinante certas manifestações musicais e sociais ao possibilitar a atuação de produtores distantes das estruturas de mídia estabelecidas, democratizando a divulgação de tais artistas. Neste contexto, as técnicas musicais do *sample*, da colagem e da remixagem se destacam pela sua característica de utilização de “blocos sonoros” (tais como *riffs* de guitarra, linhas de baixo ou bateria) retirados de obras de terceiros e re-trabalhados para a feitura de músicas originais e pesquisa de novas sonoridades. Gêneros musicais como o *hip hop* ou a música eletrônica, de grande alcance e repercussão, se notabilizam pelo uso extensivo de tais técnicas.

Mas a utilização do *sample*, ao mesmo tempo em que possibilita uma diversidade estética desejável e fecunda, traz consigo questionamentos de ordem legal. O uso de fonogramas é regido pelas leis autorais, as quais se reputam de interpretação restritiva, e vedam o uso não autorizado de trabalhos autorais. A “zona cinzenta” interpretativa sobre o que constitui ou não uma exceção aos limites estabelecidos dos direitos de autor e conexos, bem como determinados posicionamentos jurisprudenciais (particularmente no direito comparado), tornam árdua a tarefa de delimitar fórmulas de fácil aplicação para o artista ou o produtor interessado em fazer o seu trabalho de forma lícita. Neste intuito, o presente artigo questiona o contraste entre o espírito da legislação em vigor, a interpretação dos tribunais e a livre expressão artística.

A metodologia utilizada neste trabalho privilegiou a análise dos posicionamentos jurisprudenciais americano-nortistas por algumas razões: primeiro, pelo fato dos EUA deterem o maior e mais importante mercado musical mundial, com a conseqüente alta concentração de compositores, produtores e intérpretes, obedecendo aos seus ditames legais. Segundo, que os avanços tecnológicos – especialmente na área de informática, fundamentais na instrumentalização dos produtores culturais envolvidos com *samples* – permitiram naquele país um barateamento dos custos de produção que só se replica nos países periféricos com mais de dez anos de atraso.

Tal descompasso se reflete por óbvio nas demandas judiciais existentes; enquanto lá se discutem em detalhes questões bastante sutis, como veremos abaixo, no Brasil os tribunais ainda não se posicionaram sobre quase nada do que é discutido aqui. E finalmente, o poderio econômico e influência exercida pelos EUA são sentidos nas mais diversas instâncias, na forma de convenções, tratados ou pressões econômicas, em organismos multilaterais e *lobbies* legislativos, convidando à análise de suas posições até mesmo como forma de resguardo de nossa soberania.

1 A CULTURA DO *SAMPLE*

Criatividade e originalidade são dois dos mais importantes valores na arte. Sem eles, não haveria progressões no estilo, desenvolvimento da técnica ou a inovação em novas obras artísticas. Tais fatos são reconhecidos pelo ordenamento jurídico, o qual confere proteção exclusiva para as “criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”⁶³². Tal

⁶³² Lei 9.610/98, Art. 7º, *caput*

proteção garante ao criador da obra intelectual o poder de decidir quem tem o direito de executar, distribuir ou reutilizar tais trabalhos, garantindo em tese o direito ao reconhecimento (paternidade) e ao controle de tais obras.

Cada artista tem suas ferramentas e fontes de influência artística, às quais ele deve muito de sua criatividade e inspiração. No caso da música, as fontes de criação seriam quaisquer instrumentos utilizados para a criação sonora, bem como os equipamentos utilizados para amplificação, gravação, criação de efeitos e edição. O músico também tem dívidas para com os seus predecessores, sem os quais ele não teria os referenciais necessários à criação da boa música.

Todos estes referenciais e influências, entretanto, são por sua vez obras autônomas, protegidas pelo Direito. Um artista pode ser influenciado por tais trabalhos, mas não está autorizado a copiá-los. Assim, músicos tradicionais, ao resolverem utilizar elementos de obras de terceiros, usualmente reproduzem / incorporam tais seqüências, acordes, timbres ou ritmos em suas próprias criações do modo tradicional: tocando com seus instrumentos, ou contratando outros músicos para tocar tais trechos. A influência ficava separada do “ferramental” utilizado para a criação musical.

Mas existem casos nos quais as próprias fontes de influência acabam se tornando ferramentas utilizadas na criação de novas obras. É o caso do *sampling*. Em termos musicais, o *sampling* é o ato de se tomar um pedaço (ou *sample*, “amostra”) de um fonograma e reutilizá-lo como um instrumento ou elemento de uma nova gravação. Isto é normalmente realizado com um *sampler*, que pode ser um equipamento autônomo ou um programa de computador.

As técnicas de *sampling* mais populares foram elaboradas principalmente por DJs ligados ao *hip hop* e à música eletrônica, como o *break* - repetição incessante de pequenos trechos rítmicos de um fonograma, para a criação de um ritmo novo - ou o *scratch* - movimentação de discos para frente e para trás sob uma agulha / leitor de dados, para criação de um som de “risco”. Com a criação dos *samplers* digitais, as formas de manipulação sonora se expandiram ainda mais, tornando viável a alteração de trechos de gravações (fonogramas) em seus elementos fundamentais, como melodia, harmonia, ritmo, timbre, forma ou tessitura.

Tais possibilidades permitiram que músicos gravassem novas músicas a partir de trechos de fonogramas, alterados e recombinaados com outros *samples*, criando obras efetivamente originais a partir da colagem e da combinação. A influência passou a ser incorporada de fato ao processo criativo, como ferramenta *per se*, verdadeiros blocos de construção musical. Tal fato não se deve a limitações técnicas ou artísticas por parte dos

artistas do *hip hop* ou da música eletrônica (ainda que isso possa acontecer), mas primordialmente por uma opção estética: a criação de novos sons, não passíveis de replicação por músicos “orgânicos”⁶³³. O fator determinante na utilização do *sampling* não é (ou não deveria ser) a sua conveniência, mas suas possibilidades sonoras.

2 UM TIJOLO NÃO É UMA CASA

O *sample* se afirma como fator cultural importante na segunda metade dos anos 80. Álbuns como *It Takes A Nation Of Millions To Hold Us Back* (Public Enemy, 1988), *3 Feet High And Rising* (De La Soul, 1989) ou *Paul's Boutique* (Beastie Boys, 1989), aclamados tanto pela crítica quanto pelo público, tornam-se marcos exatamente pela criatividade demonstrada no uso de *samples*. Em *Paul's Boutique*, trechos de músicas de fontes tão díspares quanto Curtis Mayfield, The Beatles, B.D.P., os Ramones ou a trilha sonora de “Tubarão” são de fato utilizadas como “peças de demolição” numa construção; o próprio Miles Davis é freqüentemente creditado como tendo dito que era o único disco do qual não se cansava de ouvir. Parecia que um futuro brilhante se descortinava para este novo universo musical, cheio de possibilidades inexploradas.

Mas tanto sucesso trouxe também atenção indesejada. Em 1991, o grupo Turtles processou o De La Soul por infração de *copyright*. O De La Soul tinha utilizado *samples* da música *You Showed Me*, em forma de *loops*, justaposto com lições de francês em uma música denominada *Transmitting Live from Mars*, sem obter a permissão adequada dos Turtles. O caso foi resolvido com acordo de valor não declarado (o valor do processo era de US\$ 1,7 milhão)⁶³⁴.

No mesmo ano, outro processo (*Grand Upright v. Warner*, 780 F. Supp. 182 (S.D.N.Y. 1991)) vai para decisão de mérito perante o Juiz Kevin Thomas Duffy, do *United States Court of Appeals for the Second Circuit*. O *Copyright Infringement Project*, mantido pelos cursos de direito da Columbia University e pela UCLA University, comenta a decisão da seguinte forma (em tradução livre)⁶³⁵:

⁶³³ O termo “música orgânica” é freqüentemente utilizado para designar a música tocada em instrumentos musicais tradicionais, em contraponto àquela produzida primordialmente por sintetizadores de sons.

⁶³⁴ The Rolling Stone Encyclopedia of Rock & Roll. Fireside, 2001. disponível em <http://www.rollingstone.com/artists/delasoul/biography>, 29/05/08

⁶³⁵ “In this opinion Duffy begins with a show-stopping biblical admonition - “thou shalt not steal” (more sensational than enlightening given the particulars of this case) and winds up referring the matter to the U.S. Attorney to consider prosecuting the defendant for criminal copyright infringement!

Duffy's opinion, in addition to its take-no-prisoners tone, betrays an iffy understanding on the part of this judge of the facts and issues before him in this case. He concludes from the fact that defendant sought

“Em seu voto Duffy começa com uma citação bíblica bombástica - “não roubarás” (mais sensacionalista do que apropriada, dados os particulares do caso) e termina por recomendar ao Ministério Público a oferta de denúncia criminal por infração de *copyright*!

O seu voto, além do seu tom de “não tomar prisioneiros”, traduz um entendimento inconsistente do juiz sobre os fatos e questões apresentados. Ele conclui, a partir do fato de que o réu buscou permissão para uso de porções de sua canção, que o autor detinha um *copyright* válido para a música em questão e que o uso do réu de porções desta obra sem a devida permissão automaticamente indicam uma infração a tal *copyright*. Nenhuma destas é uma conclusão legítima.

Duffy não enfrenta a escorreita questão sobre se o uso não autorizado de três palavras, e de um acompanhamento em *ostinato* da música do autor, são bases suficientes para uma alegação de contrafação. Além do acompanhamento em *ostinato*, que é lugar comum, tanto a letra e quanto a linha vocal da canção de O’Sullivan [autor] são trabalhados cuidadosamente. Parece provável que o autor exerceu o direito de ação não tanto pela quantidade de expressão protegida que o réu tenha apropriado mas sim pela associação potencialmente danosa [pela associação com o *hip hop*] inerente entre o uso pelo réu de trechos da música e da letra intimamente associados pelo público com a música do autor”.

Este processo representou um impacto substancial em toda a indústria musical. A partir de então, tornou-se imprescindível a obtenção de autorização para uso de qualquer *sample (clearance)* antes da publicação de um álbum. Isso alterou não apenas o próprio modo de produção dos artistas, os quais retornaram para a o uso de instrumentos, mas atrasou o lançamento de diversos álbuns já em produção.

A decisão comentada tornou virtualmente impossível que álbuns como *It Takes A Nation Of Millions To Hold Us Back*, *3 Feet High And Rising* ou *Paul’s Boutique* pudessem ser novamente criados, pois marcou um divisor de águas na estória cultural e jurídica do *hip hop* ao estabelecer que existem penalidades severas, até mesmo de ordem criminal, pelo uso de *samples* sem autorização.

permission from the plaintiff to use portions of his song that plaintiff held a valid copyright for the song in question and that the defendant's use of portions of this work without plaintiff's permission automatically indicates copyright infringement; neither is a legitimate conclusion.

Duffy never explores the narrow question whether an unauthorized use of three words, and the accompaniment *ostinato* of plaintiff's song, is sufficient grounds for a successful infringement claim. Apart from its commonplace *ostinato* accompaniment, the lyrics and vocal line of O'Sullivan's song are cleverly wrought. It seems likely that the plaintiff was exercised not by how much copyrightable expression defendant appropriated but rather by the potentially demeaning association inherent in defendant's use of key music and words closely identified in the ears of the public with the plaintiff's song.” Disponível em http://cip.law.ucla.edu/cases/case_grandwarner.html em 29/05/08

Um dos produtores de *Paul's Boutique*, Mike Simpson, comentando sobre o clima jurídico atual, afirma (em tradução livre): “Seria possível fazer um disco como esse como um projeto artístico, se alguém lhe desse alguns milhões de dólares para fazê-lo... mas, comercialmente, duvido que pudesse ser feito novamente”⁶³⁶. Aquele universo criativo gerado pela reutilização de trechos de obras pré-existentes, muitas vezes adicionando valor a trabalhos obscuros, fora de catálogo, com seu ciclo de vida útil econômica esgotado, estava de fato posto fora do alcance dos indivíduos criativos.

3 GET A LICENSE OR DO NOT SAMPLE

A utilização de *samples* se complica ainda mais à luz da decisão do caso *Bridgeport Music vs. Dimension Films*, na qual o *United States Court of Appeals for the Sixth Circuit* decidiu que, ao menos em sua jurisdição, não pode haver um uso *de minimis* para um fonograma; ou seja, pela inaplicabilidade de uma defesa fundada no princípio da insignificância. Em se tratando do sampleamento digital de material protegido, aparentemente qualquer quantia é digna de atenção judicial.

Trata-se de um caso no qual foram sampleadas pelo grupo NWA três notas de guitarra de uma música (*Get Off Your Ass and Jam*) do grupo Funkadelic, de George Clinton, tocadas em arpejo, as quais foram alteradas o suficiente e retiradas de seu contexto até um ponto em que a corte distrital afirmou que, em tradução livre, “nenhum jurado, nem mesmo um familiarizado com os trabalhos de George Clinton, reconheceria as fontes do *sample* sem ter sido informado da sua procedência”⁶³⁷. A música do NWA foi chamada *100 Miles and Runnin'*.

Mas, nas palavras do Juiz Ralph B. Guy (em tradução livre, com nossos grifos), “o mundo é livre para imitar ou simular trabalhos criativos fixados em fonogramas **contanto que uma cópia do fonograma não seja feita**. Isso nos leva direto ao ponto neste caso. Se você não pode piratear a gravação sonora completa, você pode “emprestar” ou “samplear” algo menos do que o todo? Nossa resposta a esta questão é negativa. (...) A Seção 114(b) estabelece que “o direito exclusivo do titular de um copyright sob a cláusula (2) da seção 106

⁶³⁶LeRoy, Dan. *Paul's Boutique*. New York: The Continuum International Publishing Group Inc, 2006. P. 47. “You could do it as an art project, if somebody gave you a couple million dollars to make a record like this... But commercialy, I don't think anyone could ever do it again”.

⁶³⁷“...no reasonable juror, even one familiar with the works of George Clinton, would recognize the source of the sample without having been told of its source”. Opinion by Ralph B. Guy, Circuit Judge, disponível em http://cip.law.ucla.edu/cases/case_bridgeportmusicstillthewaterpublishing.html em 29/05/08

é limitado ao direito de preparar uma **obra derivativa** na qual os **sons fixados no fonogramas são rearranjados, remixados ou de outra forma alterados na seqüência ou na qualidade**". Em outros termos, o titular de um fonograma tem o direito exclusivo de samplear as suas gravações. Encontramos diversos [motivos] para recomendar tal interpretação⁶³⁸.

Com tal decisão, buscou o juiz estabelecer uma *bright-line rule*, ou seja, critérios objetivos para julgamento: caso alguém utilize o fonograma de terceiros, deve obter a devida licença ("get a license or do not sample"). Em revisão da mesma decisão, entretanto, o magistrado faz uma ressalva: isso não significa que não seja possível uma defesa baseada na doutrina do *fair use* (uso justo), um dos limites ao *copyright* nos países da *common law* – ou seja, que o uso é transformativo, para propósitos não comerciais, utiliza apenas uma pequena quantia da obra original, que o *copyright* em questão é "fraco", ou que a cópia não afetou o mercado para o trabalho original ou seu derivados. Esta decisão parece indicar que o valoramento do fonograma é maior do que o da própria composição – em certo nível, isto faz sentido, já que os custos de produção – estúdio, músico, efeitos – podem ser muito grandes.

Quanto à questão do licenciamento da composição musical, há um precedente estabelecido em ainda outro caso, desta vez envolvendo os Beastie Boys. Devidamente escaldados com os diversos processos por *sampling*, em 1992 obtiveram uma licença da ECM Records para utilizar porções do fonograma com a gravação da música *Choir*, do flautista de jazz James Newton, em várias versões da música *Pass the Mic*. Em estrita observância aos termos da licença obtida junto à ECM Records, eles samplearam seis segundos da abertura da música de Newton, e o repetiram (*loop*) tal *sample* como um elemento de fundo, aparecendo mais de quarenta vezes durante a música.

O fonograma era de titularidade da ECM, mas não a composição subjacente – pertencente a James Newton – para a qual os Beastie Boys não obtiveram licença. Newton, por sua vez, acusou-os de uso não autorizado da composição musical. A decisão do *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit* foi no sentido elementos isolados da música

⁶³⁸ "...the world at large is free to imitate or simulate the creative work fixed in the recording so long as an actual copy of the sound recording itself is not made. 8 That leads us directly to the issue in this case. If you cannot pirate the whole sound recording, can you "lift" or "sample" something less than the whole. Our answer to that question is in the negative. (...) Section 114(b) provides that "[t]he exclusive right of the owner of copyright in a sound recording under clause (2) of section 106 is limited to the right to prepare a derivative work in which the actual sounds fixed in the sound recording are rearranged, remixed, or otherwise altered in sequence or quality. In other words, a sound recording owner has the exclusive right to "sample" his own recording. We find much to recommend this interpretation.." Opinion by Ralph B. Guy, Circuit Judge, disponível em http://cip.law.ucla.edu/cases/case_bridgeportmusicstillinthewaterpublishing.html em 29/05/08

Choir não eram merecedores da proteção do *copyright*⁶³⁹, e, portanto, o uso não era infringente.

Em resumo, e em conjunto, tais decisões apontam para um cenário no qual se deve sempre licenciar o fonograma, e tal licenciamento é necessário também para a composição, caso o uso de seus trechos seja suficiente para o reconhecimento pelo público.

4 OBRAS ÓRFÃS E *MASHUPS*

O problema é que *bright-line rules* tais como as propostas deixam de considerar não apenas as exceções advindas do *fair use*, o que por sua própria natureza constitui limite do direito autoral, mas também casos como o da utilização do *sample* para *obras órfãs*.

O procedimento para licenciamento de direitos autorais (*clearance*) para utilização de fonogramas é bem conhecido por músicos, compositores e produtores. O primeiro passo é a identificação de quem seria o titular do direito autoral da obra em questão, e do fonograma de uso desejado. Normalmente, a composição é da titularidade de uma editora, e o fonograma, de uma gravadora. Algumas vezes, entretanto, especialmente no caso de gravações antigas, obscuras ou de titulares em outros países, não é possível identificar ou contatar o titular de determinada obra, tornando inviável a utilização daquelas sonoridades.

Como resultado, a cada ano, muitos criadores são forçados a abandonar projetos que incluam obras órfãs, definidas como aquelas cujos titulares não podem ser identificados ou encontrados após esforços razoáveis. Esta é uma perda não apenas destes indivíduos criativos, mas também para o público e a cultura coletiva⁶⁴⁰.

Assim, são cada vez mais comuns notícias sobre episódios como o do *Grey Album* (Álbum Cinza), lançado em 2004, no qual o DJ Danger Mouse realizou um *mashup* entre o *White Album* dos Beatles (caracterizado como uma das mais antigas manifestações do *sampling*, devido ao pioneiro trabalho intensivo de colagem e pastiche realizado em estúdio pelos *Fab 4*) e uma versão *a cappella* do *Black Album* do rapper Jay-Z, implicitamente lançada para incentivar remixes e *mashups* (técnica de edição que normalmente utiliza linhas vocais de uma música sobre linhas instrumentais de outra).

⁶³⁹ HOWELL, Astride. "Sample This!". Los Angeles Lawyer. Set. 2005, p. 24. disponível em <http://www.lacba.org/Files/LAL/Vol28No6/2179.pdf> em 29/05/08

⁶⁴⁰ COMMENTS OF RECORDING ARTIST GROUPS ON ORPHAN WORKS Before the COPYRIGHT OFFICE LIBRARY OF CONGRESS, Washington, D.C. Disponível em <http://www.copyright.gov/orphan/comments/OW0669-FMC-AFTRA-AFM.pdf> em 29/05/08

O trabalho seria lançado de forma independente, em tiragem limitada (3.000 exemplares), mas a gravadora EMI, detentora dos direitos autorais do *White Album*, tentou barrar a distribuição, notificando o autor. Isso atraiu grande atenção para o projeto, o que multiplicou a disponibilidade *online* do material. A excelente qualidade do disco se refletiu nas críticas recebidas, com elogios da prestigiosa revista *New Yorker* e nomeação de melhor álbum do ano pelo *Entertainment Weekly*⁶⁴¹. O resultado: com a distribuição realizada totalmente pela Internet, como *bootleg*⁶⁴², de forma informal, nenhum dos envolvidos – Danger Mouse, Jay-Z, a própria EMI – lucrou um centavo com o melhor disco daquele ano...

5 O QUE É UMA CÓPIA?

É também necessário o esforço de apreensão do assunto em nosso próprio ordenamento, como base para a comparação entre as decisões alóctones comentadas e a realidade brasileira. A lei 9.610/98 (Lei dos Direitos Autorais) define o que é um “fonograma” em seu art. 5º, IX, como sendo “toda fixação de sons de uma execução ou interpretação ou de outros sons, ou de uma representação de sons que não seja uma fixação incluída em uma obra audiovisual”. Afirma ainda depender de autorização do autor a “**reprodução** parcial ou integral” (art. 29, I), bem como a “inclusão em fonograma” (art. 29, V) de sua obra.

O termo “reprodução”, por sua vez, significa “a **cópia** de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido” (art. 5º, VI).

Por sua vez, uma **cópia** é definida pela Convenção de Genebra⁶⁴³ como “um suporte que contém sons captados direta ou indiretamente de um fonograma e que incorpora a **totalidade ou uma parte substancial** dos sons fixados no referido fonograma”.

Portanto, a cópia de uma obra, a qual só pode ser feita com autorização de seu autor, ou titular de direitos, deve incorporar sua “totalidade” ou “uma parte substancial”. Logo, *a contrario sensu*, não é necessária autorização para utilizar uma **parte não-**

⁶⁴¹ http://en.wikipedia.org/wiki/The_Grey_Album em 29/05/08

⁶⁴² Bootlegs são gravações não autorizadas de áudio ou vídeo do trabalho de um artista ou banda musical, podendo ser realizadas diretamente de um concerto ou de uma transmissão via rádio/televisão. Estes últimos podem incluir entrevistas e materiais inéditos, que foram descartados por serem considerados inadequados para um produto comercial, bem como passagens de som, ensaios, etc. <http://pt.wikipedia.org/wiki/Bootleg> em 29/05/08

⁶⁴³ Convenção para a proteção de produtores de fonogramas contra a reprodução não autorizada de seus fonogramas - 1971.

substancial de determinada obra. Tal entendimento é inclusive expresso na própria lei 9.610/98:

“Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

(...)

VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.” Assim, qualquer análise judicante do assunto, no Brasil, necessariamente terá que passar pela questão sobre o que é ou deixa de ser **parte substancial** de tal obra.

Aliás, a escassa jurisprudência sobre *samples* está atenta a um processo movido no Rio de Janeiro. De acordo com informações do jornal “O Globo”, herdeiros da cantora Elizeth Cardoso estão processando o músico Marcelo D2. O motivo seria um *sample* de uma gravação de Elizeth, trabalhado por D2 e incluído no álbum “É Preciso Lutar”.

Não foram levantadas informações processuais precisas sobre o incidente, mas de acordo com o “O Globo”, o motivo do processo (queixa-crime) não seria eventual uso não autorizado, mas sim suposto dano moral pela forma de tratamento da voz da cantora. De acordo com o neto de Elizeth, Paulo Cesar Valdez Jr., “No *sample* feito pelo D2, a voz da minha avó foi distorcida para caber na batida do hip hop e ficou parecendo com a do Pato Donald. É uma falta de respeito”. E continua: “A justiça julgará. Não pode é a minha avó, uma das maiores cantoras da MPB, ser colocada num disco dessa maneira. No contrato cedemos o fonograma com toda boa vontade, para fazer parte da música e não para ser distorcido. A voz da minha avó, que é grave, solene, ficou esganiçada como a do Pato Donald⁶⁴⁴”. Depreende-se que eventual análise meritória deverá balancear questões como a liberdade de expressão e artística em face da honra subjetiva individual, o que promete discussões interessantes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mas, afinal: quem utiliza um *sample* está usando o trabalho de outras pessoas, e é justo que essas pessoas criativas sejam recompensadas; não foi este sempre o espírito e a

⁶⁴⁴ GLOBO, O. Família de Elizeth Cardoso processa Marcelo D2. 08/05/07.

justificativa das leis de proteção ao direito autoral? Evitar que os artistas sofram com o uso parasitário daqueles que apenas pretendem lucrar com seu trabalho. Ou não?

Analisando as partes envolvidas na maioria dos processos aqui citados, percebe-se que, invariavelmente, quem está sendo processado não são os aproveitadores parasitários, mas sim justamente os artistas que deveriam ter seu trabalho protegido. Beastie Boys, De La Soul, Jennifer Lopez, Michael Jackson, Eminem, Timbaland, Jay-Z, Notorious B.I.G.: todos foram processados por suposto uso não autorizado de *samples*. E quem os está processando não são “artistas explorados” pelos grandes nomes que estão nos topos das paradas.

Por exemplo: tomemos o caso da Bridgeport Music, autora no processo decidido pelo *Sixth Circuit*, o qual estabeleceu a obrigatoriedade de licenciamento para qualquer utilização de fonogramas. É uma empresa de apenas uma pessoa, fundada em 1969 e pertencente a um antigo produtor musical chamado Armen Boladian. Não possui empregados ou ativos que não a titularidade de diversos *copyrights*. A Bridgeport é uma “empresa de catálogo”.

Em 2001, eles entraram em quase 500 processos legais contra mais de 800 artistas, por uso indevido de *samples* de George Clinton. Eles defenderam com sucesso a posição de que qualquer *sample* de um fonograma, não importando o quanto pequeno ou despercebido, ainda assim seria uma violação da legislação de proteção aos direitos autorais. A revista *Slate*, em artigo sobre o tema, traz a seguinte imagem: “Imagine que o titular do direito autoral do *Senhor dos Anéis* processe cada livro ou revista de fantasia que ousou utilizar as palavras *elfo*, *orc* ou *troll*. Isto traduz uma idéia da magnitude da campanha da Bridgeport.”⁶⁴⁵

Agora o detalhe crucial: o próprio George Clinton é defensor dos artistas que o samplearam, e afirma que falsificaram sua assinatura em diversos documentos de cessão de direitos (aliás, em 2007 o artista recuperou judicialmente o controle de quatro discos importantes de sua obra⁶⁴⁶). A revista *Slate* cunhou o termo *Sample Troll* (“ogro dos *samples*”) para identificar agentes como a Bridgeport, os quais utilizam os direitos de autor e conexos como forma de exercitar a chantagem e a extorsão.

Neste sentido, espera-se que trabalhos como o presente se incorporem à melhor tradição da doutrina no sentido de esclarecer eventuais julgados sobre o tema, evitando que se repitam no Brasil situações esdrúxulas como as narradas acima. Pois, como afirma o DJ Danger Mouse, (em tradução livre): “*Mashing* é tão fácil. Demora anos para aprender a tocar

⁶⁴⁵ WU, Tim. “Jay-Z Versus the Sample Troll: the shady one-man corporation that’s destroying hip-hop”. *Slate*, 17/11/06. Disponível em 29/05/08 em <http://www.slate.com/id/2153961/>

⁶⁴⁶ LEEDS, Jeff. “George Clinton Wins Funkadelic Rights.” *New York Times*, 07/06/05

a guitarra e escrever suas próprias músicas. Demora algumas semanas de prática com toca-discos para fazer as pessoas dançarem e sorrirem. Demora algumas horas para produzir algo decente com [a ajuda de] programas de computador. Logo, com uma barreira de entrada tão baixa, todos podem pular no barco e tornar-se imediatamente criativos. Eu não entendo por que isto é ilegal⁶⁴⁷.

REFERÊNCIAS

BEASTIE BOYS. *Paul's Boutique*. Capitol Records, 1989.

“BRIDGEPORT Music v. Dimension Filme, et al.” Music Plagiarism Project. 2002 Columbia Law Library. Disponível em http://cip.law.ucla.edu/cases/case_grandwarner.html em 29/05/08

COMMENTS OF RECORDING ARTIST GROUPS ON ORPHAN WORKS Before the COPYRIGHT OFFICE LIBRARY OF CONGRESS, Washington, D.C. 25/05/05. Disponível em <http://www.copyright.gov/orphan/comments/OW0669-FMC-AFTRA-AFM.pdf> em 29/05/08

CONVENÇÃO DE GENEBRA - Convenção para a proteção de produtores de fonogramas contra a reprodução não autorizada de seus fonogramas – 1971

DE LA SOUL. *3 Feet High and Rising*. Tommy Boy/Warner Bros. Records. 1989.

DANGER MOUSE. *The Grey Album*. Bootleg. 2004.

FUNKADELIC. *Get Off Your Ass and Jam*. Let's Take It to the Stage. Westbound Records, Inc., 1975

GLOBO, O. Família de Elizeth Cardoso processa Marcelo D2. 08/05/07.

⁶⁴⁷ HOWELL, Astride. op. cit., p. 29. Citação: “*Mashing is so easy. It takes years to learn how to play the guitar and write your own songs. It takes a few weeks of practice with a turntable to make people dance and smile. It takes a few hours to crank out something good with some software. So with such a low barrier to entry, everyone jumps in and starts immediately being creative. I don't understand why that is illegal.*”

“GRAND Upright v. Warner.” Music Plagiarism Project. 2002 Columbia Law Library. Disponível em http://cip.law.ucla.edu/cases/case_grandwarner.html em 29/05/08.

HOWELL, Astride. “Sample This!”. Los Angeles Lawyer. Set. 2005. Disponível em <http://www.lacba.org/Files/LAL/Vol28No6/2179.pdf> em 29/05/08

LEROY, Dan. Paul’s Boutique. New York: The Continuum International Publishing Group Inc, 2006.

“NEWTON v. Diamond”. Music Plagiarism Project. 2002 Columbia Law Library. Disponível em http://cip.law.ucla.edu/cases/case_newtondiamond.html em 29/05/08.

N.W.A. *100 Miles and Runnin’*. Priority Records, 1990.

ROLLING STONE Encyclopedia of Rock & Roll, The. Fireside, 2001. disponível em <http://www.rollingstone.com/artists/delasoul/biography> , 29/05/08

WIKIPEDIA. Verbete “The Grey Album”. Disponível em http://en.wikipedia.org/wiki/The_Grey_Album em 29/05/08

_____. Verbete “Bootleg”. Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Bootleg> em 29/05/08

WU, Tim. “Jay-Z Versus the Sample Troll: the shady one-man corporation that’s destroying hip-hop”. Slate, 17/11/06. Disponível em 29/05/08 em <http://www.slate.com/id/2153961/>

TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E SOFTWARE LIVRE

Helenara Braga Avancini⁶⁴⁸□□

SUMÁRIO Introdução. 1. A tecnologia da informação e o paradigma da sociedade da informacional. 1.1 Tecnologias da informação e da comunicação: internet. 1.2 Efeitos da tecnologia da informação nas infra-estruturas nacional e global. 1.2.1 Adequação normativa dos direitos humanos fundamentais face à globalização. 1.2.2 Regramento da sociedade da informação nos blocos regionais. 1.2.3 Regramento da sociedade da informação no brasil. 2 O direito autoral e a tecnologia da informação. 2.1 Direitos morais na era digital. 2.2 Direitos patrimoniais na era digital. 2.3 Conceitos e definições que não permaneceram no sistema do direito de autor. 3. Considerações finais.

RESUMO

O desenvolvimento das Tecnologias da Informação e Comunicação geraram um alto grau de complexidade para a sociedade que ainda busca soluções jurídicas que consigam harmonizar a chamada Sociedade da Informação. Os componentes da Tecnologia da Informação, o software e o hardware, propiciaram às pessoas um maior poder de interação com as informações e os conhecimentos criados pelos autores. Sem dúvida a Internet facilitou o livre fluxo da informação a custos baixos e em grande velocidade, tendo como paradigma o livre acesso à informação; contudo, observa-se que grande parte da informação veiculada nesta rede digital está constituída por obras protegidas pelos direitos autorais. A revolução digital, que tem sua origem no desenvolvimento da Tecnologia da Informação e Comunicação trouxe grandes impactos para o Direito Autoral a iniciar pela possibilidade de digitalização das obras, o surgimento de novas obras, os problemas de reprodução e alteração de obras, as restrições ao acesso de obras, a imposição de medidas tecnológicas de proteção e movimentos para frear o exercício do poder exclusivo concedido aos titulares de direitos autorais. Esta nova

⁶⁴⁸ Advogada, Agente de Propriedade Industrial, Especialista em Direito de Autor e Direitos Conexos pela Universidad de Los Andes, Mestre em Direito pela UNISINOS, Doutoranda em Direito pela PUCRS com Doutorado Sanduíche na Faculdade de Direito de Lisboa financiado pela CAPES, Professora da Faculdade de Direito da PUCRS, Líder do Grupo de Pesquisas sobre Propriedade Intelectual da PUCRS, Membro da Comissão Especial de Propriedade Intelectual da OAB/RS.

sociedade, embora procure manter o equilíbrio entre o exercício dos direitos autorais e as necessidades de acesso à informação universal, não consegue resolver satisfatoriamente este problema paradoxal acentuado pelo advento das Tecnologias de Informação e Comunicação. O presente trabalho busca analisar o fenômeno da Tecnologia da Informação e o reflexo desta no Direito Autoral.

PALAVRAS CHAVES: Propriedade Intelectual; Direito Autoral; Software; Sociedade da Informação; Tecnologia da Informação.

ABSTRACT

The development of Information and Communication Technologies generated a high degree of complexity to society that still seeking legal solutions that can bring so-called Information Society. The components of Information Technology, the software and hardware, have brought people a more powerful interaction with the information and knowledge created by the authors. Certainly the Internet facilitated the free flow of information and low-cost high-speed, with the paradigm for free access to information, but there is that much of the information conveyed in this digital network is made up of works protected by copyright. The digital revolution, which has its origin in the development of Information Technology and Communication has brought great impact to the Copyright to open the possibility of digitisation of the works, the emergence of new works, the problems of reproduction and modification works, restrictions on access to works for the imposition of technological measures of protection and braking movements for the exercise of exclusive rights granted to holders of copyright. This new company, while seeking to maintain the balance between the exercise of copyrights and the needs of universal access to information, can not satisfactorily resolve this paradoxical problem accentuated by the advent of Information Technology and Communication. This paper seeks to analyse the phenomenon of Information Technology and the reflection of the Copyright.

KEYWORDS: Intellectual Property; Copyright; Software; Information Society; Information Technology.

INTRODUÇÃO

A tecnologia digital⁶⁴⁹, e mais precisamente a Internet, propiciou uma verdadeira (r)evolução⁶⁵⁰ na sociedade moderna. O mundo está vivenciando um período que se caracteriza essencialmente pela valorização da informação, onde os bens imateriais ou intangíveis apresentam um valor imensurável, o que afeta diretamente o sistema econômico, político, social, ambiental e cultural do mundo globalizado. Com a digitalização, a informação e o conhecimento circulam em alta velocidade e a custos baixíssimos pelas auto-estradas da informação, surgindo um novo paradigma social com reflexos evidentes no plano político e na esfera jurídica.⁶⁵¹

Na esfera política os grandes blocos econômicos trataram de formular planos de ação direcionados a inserção no mercado de produtos e serviços que utilizassem a Tecnologia da Informação e da Comunicação, bem como procuraram incentivar o uso destas novas tecnologias na sociedade. E na esfera jurídica, os diversos institutos ainda estão procurando se adequar a este novo paradigma digital.

Sem dúvida, o Direito Autoral é um dos institutos jurídicos mais afetados com o advento da Tecnologia da Informação, eis que a Internet facilitou o livre fluxo da informação a custos baixos e em grande velocidade, tendo como paradigma o livre acesso à informação; contudo, observa-se que grande parte da informação veiculada nesta rede digital está constituída por obras protegidas pelos direitos autorais.

A revolução digital trouxe grandes impactos para o Direito Autoral a iniciar pela possibilidade de digitalização das obras, o surgimento de novas obras, os problemas de reprodução e alteração de obras, as restrições ao acesso de obras, a imposição de medidas tecnológicas de proteção e movimentos para frear o exercício do poder exclusivo concedido aos titulares de direitos autorais. Esta nova sociedade, embora procure manter o equilíbrio entre o exercício dos direitos autorais e as necessidades de acesso à informação universal, não consegue resolver satisfatoriamente este problema paradoxal, desde sempre existente, mas que foi acentuado pelo advento das Tecnologias de Informação e Comunicação.

⁶⁴⁹ Para Deise Fabiane Lange a tecnologia digital consiste no "*uso da representação numérica de todo e qualquer tipo de informação (dados, cálculos, som, imagem...)*" (LANGE, Deise Fabiane. O impacto da tecnologia digital sobre o direito de autor e conexos. São Leopoldo: UNISINOS, 1996. p.60).

⁶⁵⁰ O emprego da palavra (r)evolução soa forte, mas ela representa o quadro de mudança da infra-estrutura social, de seus paradigmas, visto que o desenvolvimento da tecnologia digital ao mesmo tempo revolucionou a sociedade moderna e proporcionou a evolução desta, muito embora CASTELLS faça uma advertência sobre a interação dialética entre a sociedade e a tecnologia, afirmando que "*a tecnologia não determina a sociedade: incorpora-a. Mas a sociedade também não determina a inovação tecnológica: utiliza-a*" (CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p.43, nota 2).

⁶⁵¹ A respeito do tema veja AVANCINI, Helenara Braga. O Paradoxo da Sociedade da Informação e os Limites dos Direitos Autorais. Dissertação defendida em fevereiro de 2002 na UNISINOS.

1 A TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E O PARADIGMA DA SOCIEDADE DA INFORMACIONAL

O fenômeno da globalização constitui fator primordial no desenvolvimento das tecnologias digitais, visto que, junto com a necessidade da formação de blocos econômicos, surge a necessidade de uma troca rápida e fidedigna de dados dentro desta sociedade global através das tecnologias da informação⁶⁵².

A sociedade atual utiliza as tecnologias da informação e da comunicação como instrumentos para o desenvolvimento da economia globalizada, onde a informação e o conhecimento constituem importantes fatores de riqueza a serem explorados através das auto-estradas da informação.

A expressão "*auto-estradas da informação*" foi conclamada mundialmente através do livro de Bill Gates, intitulado *A estrada do futuro*, muito embora tenha sido difundido inicialmente por Al Gore, ex-presidente dos Estados Unidos da América⁶⁵³. Segundo BERTRAND, as auto-estradas da informação referem-se "aos recursos capazes de obter máxima sinergia do emprego conjunto da informática, o cabo e as telecomunicações que possibilitem o acesso on line de uma forma interativa"⁶⁵⁴.

O enorme avanço da tecnologia digital propiciou melhoras nas chamadas⁶⁵⁵ auto-estradas da informação, possibilitando aos usuários da Internet uma maior qualidade e rapidez dos conhecimentos e informações que por ela circulam. O aumento da utilização deste meio decorre não só da melhora na infra-estrutura física da rede, com a instalação de fibras óticas, alta velocidade dos servidores, mas também pela necessidade de ingressar neste mercado global da informação, conforme fora previsto por Bill Gates⁶⁵⁶.

É oportuno destacar que a temática global sobre a digitalização das informações e conhecimentos teve como marco histórico a reunião de cúpula do Grupo G-7 em Nápoles, em

⁶⁵² Neste sentido VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. Rio de Janeiro: Record, 1998. p.75.

⁶⁵³ Bill Gates, no livro *A estrada do futuro* (Trad. de Beth Vieira *et al.* São Paulo: Companhia das Letras, 1995), faz menção a este fato na p.14. Da mesma forma, BERTRAND, André. *Las autopistas de la información y el derecho*. *Derecho de la Alta Tecnología*, ano VII, n.82-83, p.11, junho de 1995.

⁶⁵⁴ BERTRAND, André. *Ibid.*, p.11.

⁶⁵⁵ Bill Gates critica esta expressão auto-estradas, pois, segundo ele, a metáfora da auto-estrada utilizada por Al Gore não é a mais adequada, pois "*o termo estrada sugere ainda que está todo mundo conduzindo um veículo seguindo na mesma direção. A rede, porém, se parece mais com uma porção de estradas vicinais, onde todo o mundo pode olhar para o que bem entender ou fazer aquilo que seus interesses particulares determinarem. O termo auto-estrada implica também a idéia de que talvez devesse ser construída pelo poder público, o que, na minha opinião, seria um grave erro na maioria dos países. Mas o grande problema mesmo é que a metáfora salienta a infra-estrutura do empreendimento e não suas aplicações*" (Ob. cit., p.17).

⁶⁵⁶ GATES, Bill. *Ibid.*, p.35.

julho de 1994, como adverte ASCENSÃO⁶⁵⁷. Mas, o que se entende por informação e conhecimento no mundo globalizado?

A pergunta é de extrema relevância, tendo em vista que estas informações e conhecimentos constituem verdadeiros produtos que estão sendo desenvolvidos e explorados dentro das auto-estradas da informação (Internet), transpondo as barreiras territoriais dos países, alcançando um plano transnacional e virtual, o que, sem dúvida, acarreta mudanças dentro do processo produtivo da Sociedade da Informação. Para CASTELLS “conhecimentos e informação são elementos cruciais em todos os modos de desenvolvimento, visto que o processo produtivo sempre se baseia em algum grau de conhecimento e no processamento da informação”⁶⁵⁸.

LÉVY igualmente admite a informação e o conhecimento como fontes de produção de riquezas, sendo considerados na atualidade “bens econômicos primordiais”, contudo não os inclui na categoria de bens materiais e nem nas de imateriais, porque os considera “desterritorializados”, uma vez que as informações e os conhecimentos podem viajar no universo virtual. É dentro deste contexto que o filósofo francês põe em xeque as regras da economia ao refletir que “consumi-los não os destrói, e cedê-los não faz com que sejam perdidos”⁶⁵⁹.

Embora fique evidenciado nas obras do autor citado uma defesa ampla da liberdade da informação em prol do desenvolvimento cultural, não se pode esquecer que grande parte das informações e dos conhecimentos que circulam na rede digital constituem verdadeiros produtos que estão protegidos pelos direitos autorais, e que, por reconhecimento internacional, são considerados bens imateriais detentores de tutela jurídica específica.

Não se quer afirmar com isto que o filósofo do ciberespaço pregue o livre acesso à informação em detrimento das prerrogativas patrimoniais e morais dos titulares de direitos autorais, tanto que nas conferências que tem participado, e.g., em agosto de 2000, na Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, e em entrevistas mais recentes, como a realizada pela Nova-e em 2001, o autor, ao ser questionado sobre os direitos autorais e a liberdade de acesso à informação na Internet, respondeu que, ao contrário de ser abolido, o direito autoral deve ser adaptado juridicamente a esta nova realidade social, não havendo contradição e sim complementaridade entre estes⁶⁶⁰.

⁶⁵⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. Estudos sobre direito da Internet e da Sociedade da Informação. Coimbra: Almedina, 2001. p.84.

⁶⁵⁸ CASTELLS, Manuel. Ob. cit., p.35.

⁶⁵⁹ Expressões utilizadas pelo autor. LÉVY, Pierre. O que é o virtual. Trad. de Paulo Neves. São Paulo: Editora 34, 1996. p.35-36.

⁶⁶⁰ Em entrevista a Nova-e, <http://www.nova-e.inf.br/exclusivas/pierrelevy.htm>, capturada em 12/12/01.

O conceito de informação está relacionado com a definição de conhecimento e vice-versa, pois, em linhas gerais, pode-se afirmar que o conhecimento advém da informação⁶⁶¹. Para tanto, basta examinar as definições trazidas por CASTELLS, que conceitua a informação como sendo "os dados que foram organizados e comunicados" e o conhecimento como "um conjunto de declarações organizadas sobre fatos ou idéias, apresentando um julgamento ponderado ou resultado experimental que é transmitido a outros por intermédio de algum meio de comunicação, de alguma forma sistemática. Assim, diferencio conhecimento de notícias e entretenimento"⁶⁶².

O certo é que, através das tecnologias da informação e comunicação, como a Internet, a sociedade atingiu um grau de complexidade que exige reflexões sobre diversos temas, a fim de que os usuários desta rede não se "desgovernem" ao circularem pelas auto-estradas da informação, lembrando, ainda, que a globalização, ao propiciar a formação de blocos econômicos regionais e de grandes movimentos de concentração de riquezas, como as empresas ligadas aos direitos autorais, aumentou a concorrência leal e desleal dentro destas auto-estradas que constituem o veículo ou a base da Sociedade da Informação⁶⁶³.

1.1 Tecnologias da informação e da comunicação: Internet

A primeira observação a ser feita a respeito do tópico proposto refere-se à terminologia apresentada, uma vez que, na esfera da Sociedade da Informação, o correto seria simplesmente apontar a tecnologia da informação, pois a tecnologia da comunicação está inserida nesta. Entretanto, consagrou-se internacionalmente o termo em epígrafe, sendo inclusive conhecida pela abreviatura de suas iniciais: TIC.

Na verdade, as tecnologias da informação abrangem a tecnologia da comunicação e do conhecimento, como bem esclarece ROVER, quando descreve os sistemas especialistas da informação, apontando criteriosamente a distinção "O desenvolvimento, aprimoramento e implantação das tecnologias de informação, aqui divididas em tecnologias de comunicação e de conhecimento, permitem, por outro lado, dar boas respostas tanto à complexidade administrativa quanto técnica. As tecnologias de comunicação referem-se aos mecanismos e programas que facilitam o acesso às informações de maneira universal, ou seja, sem impor

⁶⁶¹ Neste sentido, GANDELMAN, Henrique. De Gutenberg à Internet – direitos autorais na era digital. 2.ed. Rio de Janeiro: Record, 1997. p.20.

⁶⁶² O conceito de conhecimento é de Daniel Bell e o de informação, de Porat. *Apud* CASTELLS, Manuel. Ob. cit., p.45 (nota de rodapé n.27).

⁶⁶³ Neste sentido, ASCENSÃO, José de Oliveira. Ob. cit., p.85-86.

nenhum tipo de barreira, a não ser aquelas que se referem à segurança e integridade dos sistemas. Exemplo disto, são as tecnologias de redes de computadores. As tecnologias relativas ao conhecimento dizem respeito basicamente ao desenvolvimento de programas (softwares) que organizem, armazenem e manipulem os dados e informações de tal forma que facilitem a compreensão destes por um universo infinito de interessados. Exemplo disto, são os sistemas inteligentes, dentre eles os sistemas especialistas legais⁶⁶⁴.

Por ser a Internet "a espinha dorsal da comunicação global"⁶⁶⁵, o presente trabalho está calcado nesta tecnologia, sendo desnecessário explicar quais os mecanismos e aparelhos que precederam e os que fazem parte desta tecnologia da informação⁶⁶⁶, pois ela já faz parte integrante da vida cotidiana, assumindo uma crescente importância na vida coletiva atual, introduzindo uma nova dimensão no modelo das sociedades modernas, tanto em nível nacional, como internacional.

Apenas com o intuito de lembrar, esta rede mundial de computadores teve sua origem no Vale do Silício⁶⁶⁷, Estados Unidos, no final dos anos 60, como um projeto de estratégia militar na época da Guerra Fria, tendo sido inicialmente chamado de ARPANET e elaborado pela ARPA – Agência de Projetos de Pesquisa Avançada do Departamento de Defesa Norte-Americano; posteriormente admitiu-se a utilização da rede de computadores junto aos organismos da administração pública e universidades, para finalmente, na década de 90, ser introduzida ao público, inicialmente conectada através de linhas telefônicas e mais recentemente por fibras óticas. Entretanto, a evolução da tecnologia digital é tão rápida que hoje é possível acessar a Internet a partir do telefone celular.

A Internet, como uma tecnologia de comunicação de âmbito mundial⁶⁶⁸ e, portanto, uma tecnologia de informação caracterizada pela digitalização⁶⁶⁹ e eliminação de distâncias, revolucionou as relações pessoais e as transações econômicas, trazendo

⁶⁶⁴ ROVER, Aires José. Sistemas especialistas legais: uma solução inteligente para o Direito. In: ____ (Org.). Direito, sociedade e informática – limites e perspectivas da vida digital. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. p.208. A mesma citação se encontra nas seguintes publicações: ROVER, Aires José. A tecnologia como fator de democratização do Direito. Estudos Jurídicos e Políticos, v.19, n.25, p.50-55, 1997; buscalegis.ccj.ufsc.br, file://platao/www/arquivos/revistasCCJ/seq35-tecnologia CFDD.html; CAPELLARI, Eduardo. Tecnologias de informação e possibilidade do século XXI: por uma nova relação do Estado com a cidadania. In: ROVER, Aires José. (Org.). Direito, sociedade e informática – limites e perspectivas da vida digital. Ob. cit., p.35-45, nota 2.

⁶⁶⁵ Expressão utilizada por CASTELLS, Manuel. Ob. cit., p.369.

⁶⁶⁶ Para obter maiores detalhes sobre os seus mecanismos, aparelhos e conceituação da tecnologia digital, vide: CASTELLS, Manuel. Ob. cit. e LANGE, Deise Fabiane. Ob. cit.

⁶⁶⁷ Se localiza no Condado de Santa Clara, 48km ao sul de São Francisco, entre Stanford e San Jose, conforme aponta CASTELLS, Manuel. Ob. cit., p.71.

⁶⁶⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. Ob. cit., p.85.

⁶⁶⁹ A Internet também é tratada por tecnologia digital.

implicações na esfera jurídica, pois os operadores do Direito não conseguem acompanhar as questões que surgem a cada momento, e as leis não conseguem se adaptar na mesma velocidade que se desenvolve a Sociedade da Informação ou Sociedade em Rede⁶⁷⁰.

As reflexões sobre o direito de autor na tecnologia digital é da ordem do dia, um debate mundial de suma importância, pois põe em relevo mudanças de paradigmas com implicações nos interesses públicos e privados diante da transposição territorial que cerca o assunto⁶⁷¹.

O direito de autor, por excelência, é um dos direitos que mais vem sofrendo impacto⁶⁷² desta nova tecnologia de informação, em seus mais diversos aspectos, que vão desde a inserção de novos conceitos e a eliminação ou conservação de outros; mas, principalmente, o forte debate sobre os limites e exceções impostos aos direitos dos autores na Era Digital, e que se encontram regulados em alguns Tratados internacionais.

1.2 Efeitos da tecnologia da informação nas infra-estruturas nacional e global

O desenvolvimento da tecnologia digital e o importante papel que esta vem assumindo em diversos setores do mundo globalizado afetaram sobremaneira as infra-estruturas dos governos, surgindo como reação imediata a implantação de planos estratégicos para a implementação da Sociedade da Informação que, em última análise, é o resultado das tecnologias de informação e comunicação, que aceleraram e exigiram soluções imediatas por parte dos governos e blocos regionais, a fim de atingirem um estágio de competitividade mundial e, desta maneira, alcançar o bem comum dentro da sociedade global. É neste contexto que se insere a adequação normativa dos direitos humanos fundamentais, através de diversos documentos de âmbito nacional e internacional.

1.2.1 Adequação normativa dos direitos humanos fundamentais face à globalização

⁶⁷⁰Neste sentido veja CASTELLS, Manuel. Ob. cit., p.375-376.

⁶⁷¹ KEPLINGER, Michael S. La infraestructura global de la información y su marco legal. Derecho de la Alta Tecnología, ano VII, n.82-83, p.18, junho/julho de 1995.

⁶⁷² Pierre Lévy critica o termo *impacto*, afirmando que "*a metáfora do impacto é inadequada*", pois "*a tecnologia seria algo comparável a um projétil (pedra, obus, míssil?) e a cultura ou a sociedade um alvo vivo. Esta metáfora bélica é criticável em vários sentidos. A questão não é tanto avaliar a pertinência estilística de uma figura retórica, mas sim esclarecer o esquema de leitura dos fenômenos – a meu ver, inadequado – que a metáfora do impacto nos revela*" (LÉVY, Pierre. Cibercultura. Trad. de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 1999. p.21).

A necessidade premente de adequar ou harmonizar os direitos humanos fundamentais, face à globalização, é decorrente da própria impossibilidade de separação da condição tecnológica da condição humana⁶⁷³. A globalização, o desenvolvimento das tecnologias da informação e comunicação e, por fim, o advento da Sociedade da Informação, propiciaram o surgimento dos chamados direitos humanos de quarta geração⁶⁷⁴, que clamam por novas soluções jurídicas.

Com a Internet, os direitos fundamentais, que foram consagrados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, tais como o de liberdade de acesso à informação e os direitos autorais, devem ser revistos, levando em conta o contexto atual, sendo este um dos desafios jurídicos da Sociedade da Informação⁶⁷⁵.

Esta posição política de formulação de planos de ação estratégico e de busca de regulamentação dos direitos na Era da Informação tem por objetivo claro a tentativa de afastar um choque entre a alta tecnologia desenvolvida e oferecida a todos e o menoscabo dos direitos humanos fundamentais, o que caracterizaria a chamada Sociedade de Risco, difundida por Ulrich Beck⁶⁷⁶.

Esta preocupação sobre o risco existente na Sociedade da Informação é uma reflexão que vem sendo discutida amplamente por diversos setores da sociedade atual. Inegavelmente, as inovações tecnológicas, a popularização da Internet e, em geral, da tecnologia digital, foram fatores que afetaram todo o sistema social, exigindo dos governos e blocos econômicos um maior empenho, capaz de ponderar este "risco" dentro da sociedade globalizada⁶⁷⁷.

É evidente que não se pode frear o desenvolvimento tecnológico por receio de atingir os direitos fundamentais. É necessário ter em mente que a evolução, mesmo apresentado aspectos negativos, sempre é melhor que um estágio de estagnação ou de

⁶⁷³ BUSTAMANTE DONAS, Javier. Hacia la cuarta generación de derechos humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica. <http://www.campus-oei.org/revistactsi/numero1/buscamante.htm>. Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación, n.1, septiembre-diciembre 2001.

⁶⁷⁴ Para BUSTAMANTE DONAS, a quarta geração de direitos humanos, corresponde às novas formas de tratamento dos direitos de primeira, segunda e terceira geração, no âmbito do ciberespaço (Ibid.), muito embora outros autores, como Luís Carlos Cancellier de Olivo, juntamente com Oliveira Júnior, preferem chamar direitos de quinta geração os relacionados à realidade virtual, informática e Internet (OLIVO, Luís Carlos Cancellier de. O jurídico na sociedade em rede. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2001. p.22). Não há uniformidade quanto à terminologia empregada, tanto no que se refere à categoria destes direitos de quarta ou quinta geração, como também na própria utilização do termo "gerações" ao invés de dimensões, como adverte CANOTILHO, para o qual "*os direitos são de todas as gerações*" (CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999. p.363). De qualquer forma, estes direitos do homem de quarta ou quinta dimensão estão inseridos dentro da Sociedade da Informação.

⁶⁷⁵ Neste sentido veja BUSTAMANTE DONAS, Javier. Ob. cit.

⁶⁷⁶ SOCIEDAD DEL CONOCIMIENTO. http://www.campus_oei.org/ctsi/conocimiento.htm.

⁶⁷⁷ Acerca da temática veja VIEIRA, Liszt. Ob. cit., p.101.

retrocesso social; o importante é saber administrar esta relação tênue entre a condição humana e tecnológica.

Organismos internacionais, como a UNESCO, passaram a se preocupar com os efeitos da Sociedade da Informação e os direitos fundamentais. No caso específico, a UNESCO criou um observatório virtual, que consiste num excelente banco de dados digital, onde podem ser encontradas legislações, programas, estratégias e políticas relacionadas com a Sociedade da Informação e que tem por objetivo a promoção da educação, da cultura e do progresso científico⁶⁷⁸.

A importância da regulamentação de direitos fundamentais na Sociedade da Informação, por parte dos governos e blocos econômicos, está diretamente relacionada com a forma de gerir e controlar este risco, incentivando o desenvolvimento tecnológico, promovendo o acesso à informação e, também, respeitando os direitos humanos fundamentais, como o direito de acesso à liberdade e o direito dos autores, em prol da educação e da cultura. Em outras palavras, dar tratamento equânime ao exercício dos novos direitos que estão surgindo com as novas tecnologias da informação.

1.2.2 Regramento da Sociedade da Informação nos Blocos regionais

Na última década o mundo presenciou os efeitos que as manifestações das tecnologias da informação trouxeram para a sociedade, acarretando mudanças de comportamento das pessoas, organizações sociais e influenciando fortemente os países e os blocos regionais a implementarem políticas de ação da Sociedade da Informação.

Estas políticas de ação estão centradas em dois pontos cruciais: o primeiro, a inserção do mercado de informação dentro de um contexto global, cujo funcionamento da Sociedade da Informação está relacionado ao crescimento das redes digitais de informação⁶⁷⁹; o segundo, a necessidade de incentivar o crescimento da tecnologia digital de maneira que a sociedade civil não fique à margem da sociedade globalizada, garantindo os direitos humanos fundamentais⁶⁸⁰.

Não há como falar em regramento da Sociedade da informação sem iniciar a sua abordagem específica em alguns blocos regionais, tendo em vista que a formação destes é uma decorrência natural da globalização. Aqui examinar-se-ão sucintamente os planos de

⁶⁷⁸ Extraído da página da INFOÉTICA, El observatório de la UNESCO sobre la Sociedad de la Información. <http://infolac.ucol.mx/boletin/14-1/organismos2.htm>.

⁶⁷⁹ Expressão utilizada na introdução do Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal.

⁶⁸⁰ Sobre estes aspectos, ver o Livro Verde para a Sociedade da Informação no Brasil.

estratégia para o desenvolvimento da Sociedade da Informação na União Européia, na Comunidade Andina e no Mercosul.

União Européia

Segundo os informes da União Européia sobre a política de implementação da Sociedade da Informação no âmbito comunitário, o início desta estratégia foi desenvolvido em meados dos anos 80, diante do forte avanço das tecnologias da comunicação, tendo sido lançado em 1987 o Livro Verde sobre a liberalização das telecomunicações.

Os indicativos, a partir de então, demonstravam que as tecnologias da informação e da comunicação propiciaram a base para o desenvolvimento de novos produtos e serviços na Sociedade da Informação, através da Internet, motivo pelo qual o interesse maior da União Européia consistiu em garantir, através de projetos e diretivas específicas, que os benefícios decorrentes desta nova tecnologia fossem difundidos de forma uniforme a todos os Estados-membros da União Européia⁶⁸¹.

Atualmente, a União Européia continua elaborando diversos textos comunitários dirigidos a temas específicos, como as diretivas sobre assinaturas eletrônicas, comércio eletrônico, concorrência, consumidor e, também, a relacionada aos direitos autorais.

Comunidade Andina

A Comunidade Andina é formada por cinco países, a saber: Bolívia, Colômbia, Equador, Peru e Venezuela.

No que respeita ao regramento da Sociedade da Informação, o CAATEL – Comitê Andino de Autoridades em Telecomunicações –, através de uma série de resoluções, regulou a Sociedade da Informação.

Através da Resolução CAATEL VII-39 (Aplicación de la iniciativa para la Sociedad Global de la Información), de 22 de agosto de 1997, foi dado início ao processo de elaboração de um projeto para a incorporação da Sociedade Global da Informação pelos países andinos, que envolvesse diferentes setores e definisse os objetivos e estratégias políticas para o desenvolvimento de ações nos diversos setores, em nível comunitário.

⁶⁸¹ Extraído do site <http://www.europa.eu.int>.

Em 18 de abril de 2001, na cidade de Lima, Peru, foi aprovado o Documento de Lima sobre a Sociedade Global da Informação, através da Resolução CAATEL XI-EX-57⁶⁸². Ela apresenta uma série de recomendações aos Países-Membros, com questões relacionadas à Internet, estabelecendo, para tanto, três políticas de desenvolvimento, com o respectivo rol de ações necessárias para a implementação do projeto: garantir o acesso aos serviços de telecomunicações, em particular da Internet, exploração do potencial econômico do comércio eletrônico, facilitando as facilidades da Internet, e que todos os setores da sociedade estabeleçam políticas que incentivem seu ingresso na Sociedade da Informação.

Mercosul

O Mercosul é formado por quatro países, a saber: Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. Embora exista um grande esforço, por parte dos países integrantes, de seguir com o processo integracionista, os problemas políticos e econômicos internos não estão permitindo uma maturação dos órgãos que compõem a estrutura institucional do Mercosul.

Em razão disto, a temática da Sociedade da Informação, neste contexto comunitário, está restringida a trocas de experiências, informações sobre o processo de regramento interno da matéria em cada país, através de reuniões especializadas de ciência e tecnologia do Mercosul, nas quais os representantes dos países apresentam o seu relato e estabelecem metas a serem atingidas dentro de um cronograma específico.

Espera-se que o Mercosul consiga estabelecer uma estratégia relativa à Sociedade da Informação num futuro próximo, tanto mais porque o interesse dos Países-Membros em assim procederem ficou reconhecido com a participação dos mesmos na I Reunião de Ministros Ibero-americanos da Sociedade da Informação, em 27-28 de setembro de 2001, em Madrid, Espanha⁶⁸³.

1.2.3. Regramento da Sociedade da Informação no Brasil

⁶⁸² Extraído do site: http://www.aseta.org.ec/caatel_actress/resoluciones.

⁶⁸³ Na Declaração final, foi acordado: "1. Avanço na definição de uma estratégia comum para implantação da Sociedade da Informação nos nossos países, como sendo uma das ações que visam reduzir a fenda digital, intensificando a cooperação no âmbito da Conferência Ibero-americana de Chefes de Estado e de Governo; 2. Propor a celebração de fóruns onde se analisem as experiências desenvolvidas pelos Países-Membros e facilitem a concentração das agendas de ligações regionais e nacionais". Retirado do site: <http://www.campus-oie.org/salactsi/iminsocinfpor.htm>.

A exemplo dos blocos regionais e de diversos países, como Portugal, apenas para citar um exemplo, o governo brasileiro também elaborou o seu Livro Verde para a Sociedade da Informação, com o objetivo que é comum a todos, ou seja, o de adequar o país às mudanças que foram e estão sendo trazidas pela Sociedade da Informação. E já conta com o Livro Branco para a Sociedade da Informação.

Através do Decreto Presidencial nº 3.294, de 15 de dezembro de 1999, foi instituído o Programa Sociedade da Informação, mais conhecido como SOCINFO, com o fim de viabilizar a nova geração da Internet com aplicações em benefício da sociedade brasileira, cabendo ao Ministério da Ciência e Tecnologia a responsabilidade pela execução do mesmo.

Após um trabalho que envolveu toda a sociedade brasileira, foi lançada, no final de 2000, Sociedade da Informação no Brasil – Livro Verde, resultando num excelente documento sobre o programa que está sendo implementado em âmbito nacional. A execução do programa conta com a participação conjunta do governo, da iniciativa privada e da sociedade civil, contando com sete grandes linhas de ação a serem desenvolvidas: mercado, trabalho e oportunidades; universalização de serviços e formação para a cidadania; educação na Sociedade da Informação; conteúdos e identidade cultural; governo ao alcance de todos; pesquisa e desenvolvimento, tecnologias-chave e aplicações; infra-estruturas avançadas e novos serviços⁶⁸⁴.

Da análise do Livro Verde e do Livro Branco vislumbra-se uma preocupação constante em fomentar o desenvolvimento das tecnologias da informação e comunicação, mas sempre respeitando os direitos humanos fundamentais, apontando para as mudanças que este programa traz para a sociedade e o impacto destas na esfera jurídica de cada linha de ação proposta.

De uma maneira geral, tanto no Brasil, como nos blocos regionais, ficou evidente que o processo de globalização em todos os setores da sociedade é uma realidade, pois as transações econômicas internacionais envolvem atualmente os direitos relativos à propriedade intelectual, e as questões a ela atinentes são resolvidas num patamar transindividual. Mais que um direito internacional, fala-se em direito mundial, global, porque os interesses econômicos e culturais são objetivo comum a todos os povos.

A grande vantagem dos direitos humanos fundamentais é que eles sempre se caracterizaram pela proteção universal, dando incentivo à educação, à cultura e ao progresso científico. No caso específico dos direitos autorais, muito antes de ser consagrado pela

⁶⁸⁴ O Livro Verde pode ser obtido na íntegra na página do Ministério da Ciência e Tecnologia: <http://www.mct.gov.br/temas/socinfo/livroverde.htm>.

Declaração Universal dos Direitos do Homem ele já se caracterizava por ser um sistema de proteção internacional⁶⁸⁵.

2 O DIREITO AUTORAL E A TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO

Questiona-se muito se a Sociedade da Informação acarretou mudanças substanciais nos sistemas de proteção dos direitos autorais, face à digitalização das obras e interpretações ou execuções, que propiciaram o surgimento de outras modalidades de obras, pois esta situação implicaria alterações não somente no objeto de proteção dos direitos autorais e nas faculdades que lhe são atribuídas (moral e patrimonial), como também dúvidas sobre a proteção a ser conferida a estas novas criações intelectuais.

Princípio básico é que a obra é protegida independente do suporte ao qual ela se fixa, ou seja, esta pode ser fixada em um suporte analógico ou armazenada dentro de um ambiente digital. Desde que a criação intelectual esteja revestida do caráter da originalidade, ela estará protegida, independente do suporte ao qual ela venha se fixar⁶⁸⁶.

É evidente que a tecnologia digital fez surgir novas categorias de obras, como os programas de computadores, as bases de dados, os sistemas inteligentes dotados de inteligência artificial⁶⁸⁷, as obras multimídias, e, via de regra, estas obras, desde que dotadas de características de originalidade, são protegidas pelos direitos autorais. Contudo, não constitui objetivo deste trabalho analisar a fundo estas questões. O fato de mencioná-las aqui tem por fim demonstrar a importância que os direitos autorais assumiram na Sociedade da Informação, e que os direitos morais e patrimoniais são de fundamental importância para lhes dar a proteção mais adequada⁶⁸⁸.

2.1 Direitos morais na Era Digital

⁶⁸⁵ Observe-se que a Convenção de Berna, relativa à proteção das obras literárias e artísticas, é de 9 de setembro de 1886.

⁶⁸⁶ Neste sentido, ver: ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. Derecho de autor. Ob. cit., p.149, 153.

⁶⁸⁷ ANTEQUERA PARILLI (Ibid., p.151-152) observa que, na verdade, um comitê de expertos considerou que a inteligência artificial se trata de uma combinação de programas e de bases de dados, não constituindo, desta forma, uma nova categoria de obras, mas de criações que já eram protegidas pelo direito autoral; entretanto, existem dúvidas sobre a possibilidade de uma inteligência artificial ser capaz de criar uma obra sem o auxílio humano.

⁶⁸⁸ BONDÍA RONDÁN, Fernando. Ob. cit., p.201.

Ao analisar-se os novos Tratados da OMPI e o AADPIC/TRIPS, verificou-se que os direitos morais clássicos (paternidade e integridade) foram mantidos aos autores e estendidos aos artistas intérpretes ou executantes. Esta regulamentação surgiu porque a digitalização das palavras, sons e imagens oportunizaram aos usuários da Internet reproduções idênticas e, por vezes, com uma qualidade superior à original, colocando em risco as prerrogativas morais⁶⁸⁹.

A par da existência de normatização internacional, no sentido de assegurar os direitos de paternidade da autoria e integridade da obra, facultades estas que foram reconhecidas aos artistas intérpretes ou executantes, o importante é destacar que na Sociedade da Informação o reconhecimento destes direitos é uma conquista importante, tendo em vista casos como o NAPSTER (relacionado aos direitos conexos) e o do filme de John Huston, "Asphalt Jungle", que foi colorizado sem a autorização dos herdeiros do diretor⁶⁹⁰.

2.2 Direitos patrimoniais na Era Digital

O AADPIC e os Tratados da OMPI também se preocuparam em disciplinar as questões relativas aos direitos patrimoniais no direito autoral, especificamente no que se refere ao direito de reprodução, distribuição e comunicação pública das obras e interpretações e execuções no ambiente digital⁶⁹¹.

No ambiente digital a possibilidade do usuário da Internet, que recebe a informação digitalizada através do computador de fazer ele próprio as *"cópias, modificações, arranjos, supressões, adições e adaptações que afetam o direito de modificação ou transformação"*⁶⁹², traz conseqüências aos interesses patrimoniais dos autores e/ou titulares do direito.

Sem dúvida, um dos direitos mais afetados foi o direito de reprodução, visto que o armazenamento eletrônico é uma forma de reprodução. Este foi o entendimento dos Tratados da OMPI, como bem destaca ANTEQUERA PARILLI, ao responder afirmativamente que o ato de armazenamento de uma obra no computador consiste em uma forma de reprodução⁶⁹³.

⁶⁸⁹ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. Derecho de autor. Ob. cit., p.384.

⁶⁹⁰ Neste sentido, ver: HERNÁNDEZ ARROYO, Pablo. Ob. cit.; ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. Derecho de autor. Ob. cit., p.387; BERTRAND, André. En la "jungla" del derecho de autor internacional: ¿El derecho moral francés resultará inmoral en Norteamérica?. Derecho de Alta Tecnología, Buenos Aires, año I, n.8, p.1, abril de 1989.

⁶⁹¹ Ibid., p.436.

⁶⁹² Ibid., p.437.

⁶⁹³ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. Derecho de autor. Ob. cit., p.439-440.

Quanto ao direito de distribuição no ambiente digital, esta foi uma das questões mais debatidas na aprovação dos Tratados da OMPI, pois a transmissão digital pode ser armazenada de forma efêmera na memória do computador do usuário da Internet ou fixada na memória permanente do equipamento receptor.

Finalmente, no que diz respeito ao direito de comunicação pública, este direito exclusivo de autorizar ou proibir a execução, representação, gravação, radiodifusão, retransmissão por cabo⁶⁹⁴, dentro do ambiente digital, o problema cinge-se ao conceito do que vem a ser "público" dentro da Internet, uma vez que a rede põe à disposição de todos os conteúdos oferecidos, alterando-se⁶⁹⁵.

Importante destacar o papel das medidas tecnológicas no âmbito da Internet, pois elas visam proteger os direitos exclusivos (notoriamente os patrimoniais) dos autores e/ou titulares de direitos e beneficiários de direitos conexos e que foram consagrados tanto pelo TODA/WCT, como pelo TOIEF/WPPT.

Por fim, cabe lembrar que é sobre os direitos de reprodução, distribuição e comunicação ao público que recaem as limitações e exceções autorais na Sociedade da Informação.

2.4 Conceitos e definições que não permaneceram no sistema do Direito de Autor

Em que pese os princípios básicos do sistema de direito de autor não ter sofrido grandes alterações, alguns conceitos foram revistos e adaptados à nova tecnologia digital, dentre eles o conceito de público, o conceito de suporte, de reprodução e de distribuição das obras na Internet.

Quanto ao conceito de suporte, mencionou-se anteriormente que a proteção é concedida à obra, independente do suporte ao qual esta se fixar; contudo, a tecnologia digital trouxe uma nova possibilidade de fixação da obra através da digitalização, como observa SANTOS “Com efeito, os suportes tradicionais de informação (impressos, magnéticos, fotossensíveis, etc.) perderam muito de sua importância para os suportes digitais. Portanto, além da fixação da obra em suporte tangível, o direito passou a se preocupar com a fixação em suporte intangível”⁶⁹⁶.

Já a noção de público sofreu uma importante alteração com implicações no

⁶⁹⁴ Ibid., p.443.

⁶⁹⁵ Ibid., p.444.

⁶⁹⁶ SANTOS, Manoel J. Pereira dos. A proteção e o exercício dos direitos autorais sobre obras intelectuais e fonogramas no comércio eletrônico. Revista da ABPI, São Paulo, n.42, setembro/outubro de 1999, p.50.

ambiente digital, uma vez que se a concepção normal de "público" era referente às pessoas alheias ao círculo familiar, ao ambiente privado, com a tecnologia digital a definição de público ampliou-se, pois basta uma obra estar na Internet para colocar-se à disposição do público, salvo devido à imposição de medidas tecnológicas.

Além destes conceitos, o direito de reprodução e distribuição sofreu alterações no ambiente digital, como destaca SANTOS “Esta década testemunhou o aparecimento do que se convencionou denominar distribuição eletrônica para se referir às diversas modalidades de disponibilização de obras intelectuais (obras audiovisuais, fonogramas e obras literárias) através dos sistemas de transmissão digital. A distribuição eletrônica resulta da convergência de três elementos técnicos: a digitalização, a compressão e os novos meios de transmissão digital (fibra ótica e enlaces por satélites, por exemplo). A reformulação dos conceitos de reprodução e distribuição acabou por determinar a necessidade de uma revisão do conceito de cópia e uso privado”⁶⁹⁷.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Tecnologia da Informação trouxe fortes implicações para o Direito Autoral ao dar maior facilidade para o armazenamento, divulgação e reprodução das obras que estão no ambiente digital. O grande desafio do Direito Autoral é buscar um equilíbrio entre o respeito ao autor e titular de direito e ao mesmo tempo estimular o acesso as obras e a criação de novas obras que utilizem a tecnologia da Informação como ferramenta. Os direitos morais e patrimoniais do autor devem se harmonizar com esta nova realidade. Muitos conceitos clássicos do Direito Autoral se mantiveram, mas muitos aguardam uma adequação para a realidade trazida pelas Tecnologias da Informação e Comunicação.

A verdade é que o advento da Tecnologia da Informação propiciou uma (r)evolução nas bases estruturais do Direito Autoral, e este é um dos motivos da criação de tantos movimentos que buscam um acesso à informação, fugindo, assim, da postura, por vezes, inflexível dos titulares de direitos autorais, tais como o creative commons, o software livre e o copyleft, para citar alguns exemplos. Por fim é da ordem do dia o maior estudo das implicações da Tecnologia Digital no Direito Autoral.

REFERÊNCIAS

⁶⁹⁷ Ibid.

ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. Derecho de autor. 2.ed. Caracas: SAPI – Dirección Nacional del Derecho de Autor, 1998. v. I.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Estudos sobre direito da Internet e da Sociedade da Informação. Coimbra: Almedina, 2001.

AVANCINI, Helenara Braga. O Paradoxo da Sociedade da Informação e os Limites dos Direitos Autorais. Dissertação defendida em fevereiro de 2002 na UNISINOS.

BERTRAND, André. Las autopistas de la información y el derecho. Derecho de la Alta Tecnología, ano VII, n.82-83, p.11, junho de 1995.

BERTRAND, André. En la "jungla" del derecho de autor internacional: ¿El derecho moral francés resultará inmoral en Norteamérica?. Derecho de Alta Tecnología, Buenos Aires, año I, n.8, p.1, abril de 1989.

BUSTAMANTE DONAS, Javier. Hacia la cuarta generación de derechos humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica. [http://www.campus-oei.org/revistactsi/ numero1/buscamante.htm](http://www.campus-oei.org/revistactsi/numero1/buscamante.htm). Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación, n.1, septiembre-diciembre 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPELLARI, Eduardo. Tecnologias de informação e possibilidade do século XXI: por uma nova relação do Estado com a cidadania. In: ROVER, Aires José. (Org.). Direito, sociedade e informática – limites e perspectivas da vida digital. Ob. cit., p.35-45, nota 2.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

GANDELMAN, Henrique. De Gutenberg à Internet – direitos autorais na era digital. 2.ed. Rio de Janeiro: Record, 1997.

GATES, Bill Gates. A estrada do futuro. Trad. de Beth Vieira *et al.* São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KEPLINGER, Michael S. La infraestructura global de la información y su marco legal. Derecho de la Alta Tecnología, ano VII, n.82-83, p.18, junho/julho de 1995.

LANGE, Deise Fabiane. O impacto da tecnologia digital sobre o direito de autor e conexos. São Leopoldo: UNISINOS, 1996.

LÉVY, Pierre. O que é o virtual. Trad. de Paulo Neves. São Paulo: Editora 34, 1996.
_____.Em entrevista a Nova-e, <http://www.nova-e.inf.br/exclusivas/pierrelevy.htm>, capturada em 12/12/01.

LÉVY, Pierre. Cibercultura. Trad. de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 1999.

OLIVO, Luís Carlos Cancellier de. O jurídico na sociedade em rede. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2001.

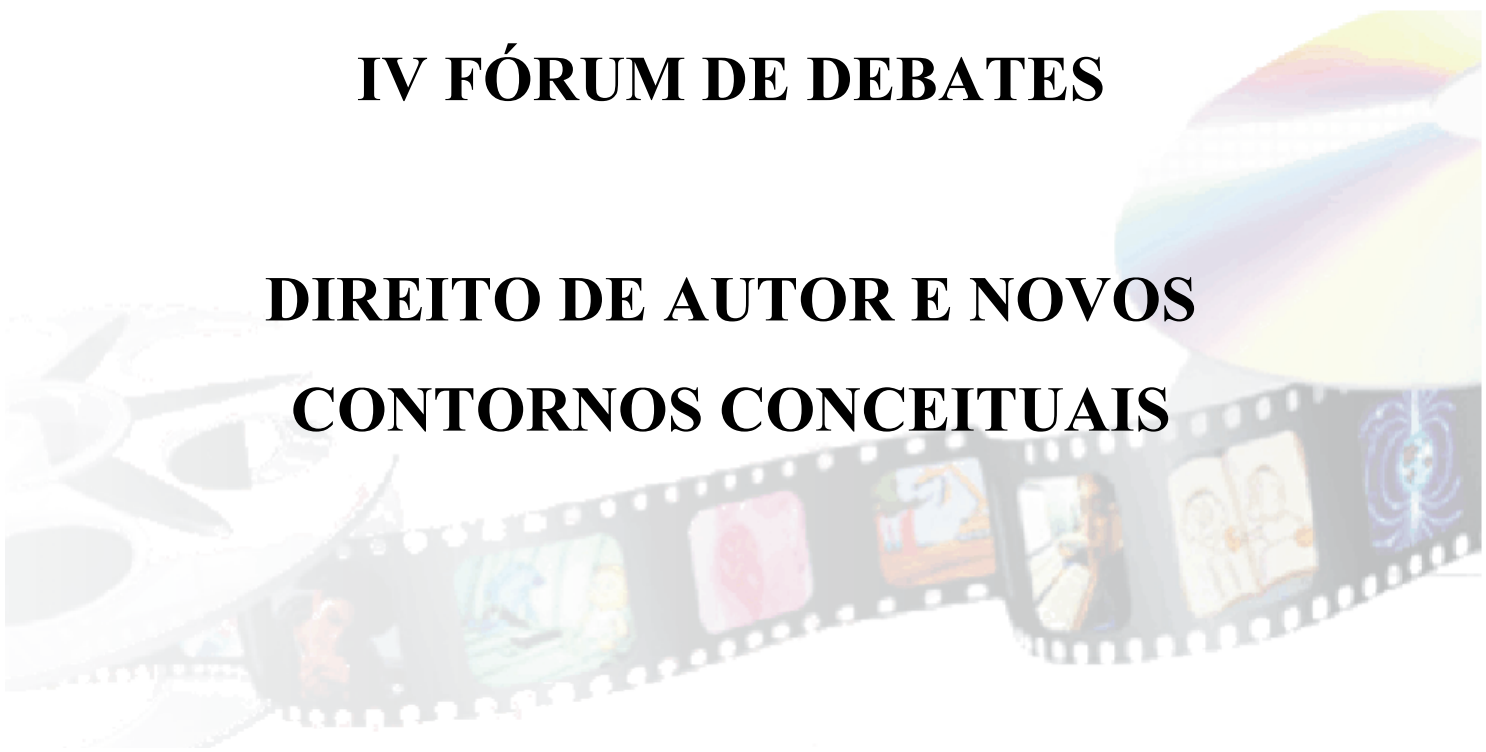
ROVER, Aires José. Sistemas especialistas legais: uma solução inteligente para o Direito. In: ____ (Org.). Direito, sociedade e informática – limites e perspectivas da vida digital. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000. p.208.

ROVER, Aires José. A tecnologia como fator de democratização do Direito. Estudos Jurídicos e Políticos, v.19, n.25, p.50-55, 1997; [buscalegis.ccj.ufsc.br, file://platao/www/arquivos/revistasCCJ/seq35-tecnologia CFDD.html](http://buscalegis.ccj.ufsc.br/file://platao/www/arquivos/revistasCCJ/seq35-tecnologia CFDD.html);

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. A proteção e o exercício dos direitos autorais sobre obras intelectuais e fonogramas no comércio eletrônico. Revista da ABPI, São Paulo, n.42, p.49-59, setembro/outubro de 1999.

IV FÓRUM DE DEBATES

DIREITO DE AUTOR E NOVOS CONTORNOS CONCEITUAIS



DELINEAMENTO HISTÓRICO DA PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INTELLECTUAL E SUA CONSEQUENTE REPERCUSSÃO INTERNACIONAL

Tatiana Ramires Esper⁶⁹⁸

SUMÁRIO. Introdução. 1.A Importância das Convenções Internacionais do Direito da Propriedade Intelectual. 2. A Formação de um Direito Internacional Privado Comum. 2.1. A Criação das Uniões Internacionais. 2.1.1. Os Bureaux Internacionais. 2.1.1.2. Os Bureaux pós-segunda Guerra Mundial. 3. A Necessidade de Complementar o Regime Internacional da OMPI. 4. Inclusão do TRIPS no GAAT. 4.1. As Implicações institucionais decorrentes das Relações entre o TRIPS e a OMPI – Conflito ou Complementação? 5. O Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio. Considerações Finais. Referências.

RESUMO

O trabalho enfocou o tema da proteção do direito de autor sob o prisma internacional e sua consequente tutela e mecanismos. Identificou-se que a consagração progressiva do direito autoral suscitou desde o início dos séculos uma repercussão internacional, intensificada atualmente pelos modernos meios de comunicação das obras que ultrapassam as fronteiras outrora estabelecidas pelos Estados. Face a esta realidade, questionou-se os instrumentos cabíveis para a solução de um litígio sobre matéria de direito autoral e/ou conexos que contenham elementos de estraneidade; para tanto, analisaram-se as principais Convenções Internacionais e Acordos Multilaterais firmados entre os Estados. O tema é de relevante importância para o mundo jurídico, uma vez que se admite que o direito da propriedade intelectual visa, sobretudo, as necessidades de desenvolvimento e de afirmação cultural, considerada como premissa fundamental. O objetivo deste estudo respalda na importância de se garantir aos autores uma proteção eficaz, assegurando seus direitos em caráter mundial, haja vista sua importância no desenvolvimento das Nações, que lhe valeram inclusive, a

⁶⁹⁸ Advogada, pós-graduanda em MBA de Gestão de Negócios, Comércio e Operações Internacionais pela FIA-USP, pós-graduada em Propriedade Intelectual pela Universidad Castilla La Mancha.

inserção como um dos direitos fundamentais nas Declarações Universais de Direitos do Homem e nas Constituições de diversos países modernos. Concluiu-se, pois, quanto à necessidade de se amparar juridicamente o criador intelectual tanto em âmbito nacional, quanto internacional, inclusive face aos novos meios de comunicação, a fim de que se alcance as metas propostas pelos Estados e também para o progresso cultural, científico e tecnológico das Nações. Imprescindível, pois, a proteção e o reconhecimento internacional de um direito natural e inerente ao ser humano.

PALAVRAS CHAVES: Propriedade Intelectual, Internacionalização, Desenvolvimento

ABSTRACT

The work focused on protection of copyright and its consequent international supervision and mechanisms. It was identified that the gradual establishment of copyright raised since the early centuries an international repercussion, now intensified by modern means of communication for works that go beyond the boundaries once established by the states. Given this reality, questions were raised concerning the appropriate instruments for solving a dispute on matters of copyright and / or related containing elements of international law, for both, looked up the main international conventions and multilateral agreements signed between the states. The issue is of importance to the legal world, since it admits that the right of intellectual property, especially the needs of development and cultural affirmation, considered as fundamental premise. The purpose of this study supports the importance of ensuring an effective protection to the authors, ensuring their rights in the global character, it is seen its importance in the development of Nations, which was worth the insertion as one of the fundamental rights of the Universal Declaration of Human Rights and the modern constitutions of various countries. Therefore recognizes the need of legally support the intellectual creator, both in the national and international, even in the face of new media, in order to reach the targets that were proposed by states and also for cultural, scientific and technological progress of the Nations. Essential is the protection and international recognition of a natural and inherent right to the human being.

KEYWORDS: Intellectual Property, Internationalization, Development.

INTRODUÇÃO

A proteção da propriedade intelectual suscita desde os primórdios uma repercussão internacional intensificada pela facilidade de novos e ágeis meios de comunicação, haja vista que as formas de utilização das obras vão além dos limites fronteiriços estabelecidos pelos Estados.

O presente trabalho aborda em especial os direitos autorais que têm sido consagrados paulatinamente pelas legislações nacionais e estrangeiras em decorrência da natural evolução intelectual e tecnológica dos povos.

Doravante mencionado, face à repercussão mundial do direito de autor e conexos, a tutela destes direitos se enquadra na esteira do Direito Internacional Privado; entretanto, é mister dizer que se afastam dos esquemas normais na sua solução. É necessário, pois, que se avalie todas as peculiaridades inerentes a esse direito.

Ressalta-se que a expressão do conhecimento e desenvolvimento de um povo deve ser protegida em caráter fundamental, imprescindível, pois, garantir aos autores uma proteção eficaz, de sorte a assegurar-lhes seus devidos direitos e benefícios deles decorrentes, alicerçados como um dos direitos fundamentais.

A efetivação desse direito se exterioriza na Declaração Universal dos Direitos do Homem⁶⁹⁹ e nas Constituições de vários Estados modernos, tanto em nível constitucional, a partir do momento que são inclusos no rol de direitos fundamentais, quanto em caráter ordinário, cuja inserção se realiza por intermédio de leis especiais que seguem algumas diretrizes básicas definidas nos primórdios da regulamentação desses direitos através da Convenção de Berna de 1886.

Os princípios norteadores do direito de autor estabelecidos naquela Convenção têm permitido a unificação da teoria e regulamentação desses direitos de maneira que todos os países, em consonância com o estabelecido, instituem leis próprias para a sua disciplinação em todos os continentes.

Esta uniformização proporcionada pelos princípios garante um dinamismo, que viabiliza uma efetiva distribuição e proteção dos direitos da propriedade intelectual, que promove tanto o acesso à cultura quanto à defesa do titular dos direitos.

⁶⁹⁹ Artigo 27 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada em 10 de dezembro de 1948: 1. Todo o homem tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar do progresso científico de seus benefícios. 2. Todo homem tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor. (DECLARAÇÃO UNIVERSAL, 1948, s.p.)

Portanto, o estudo é dedicado às principais Convenções e Tratados Internacionais referentes ao tema face à importância do mesmo no cenário mundial, traçando-se um histórico dos principais fatores que definiram e nortearam sua proteção até os dias atuais; analisam-se também novos instrumentos de tutela para uma efetiva proteção da propriedade intelectual em âmbito internacional, haja vista ser esta um fator essencial para o desenvolvimento econômico, social e cultural de uma sociedade.

Preza-se, desde então por equilíbrio e o bom senso, atentando-se principalmente à realidade da economia de mercado que rege as relações comerciais internacionais.

1. A Importância das Convenções Internacionais do Direito da Propriedade Intelectual

Houve uma interação entre o movimento de proteção dos direitos de propriedade intelectual e do direito internacional, haja vista a necessidade de uma proteção mais efetiva, como outrora mencionado, face aos novos meios de comunicação.

Consoante a este entendimento, as Convenções de Paris (que trata da propriedade industrial) e de Berna foram fundamentais para a evolução da matéria no âmbito dos direitos internos e do direito internacional, isto porque os Tratados⁷⁰⁰ que as precederam tinham como objetivo a definição de metas e esforços comuns entre os Estados, visando primordialmente, interesses econômicos, técnicos, políticos ou militares.

As Convenções inovaram no sentido de estabelecer parâmetros preponderantemente jurídicos; ressaltaram-se, pois, o direito dos indivíduos.

Promoveram uma ordem jurídica internacional voltada diretamente para os indivíduos, independente do local em que se encontrassem, a fim de lhes reconhecer direitos fundamentais e protegê-los, o que configura a própria noção de Direito, obra do homem para o homem (BASSO, 2000, p. 108).

Portanto, os Tratados, em especial de Berna e Paris, foram marcos históricos que valem até hoje de parâmetro para a celebração de Convenções Internacionais em matéria de direito privado. Além da imposição da renúncia dos Estados de regular de forma independente uma matéria concernente, a princípio, de cunho individual, de grande importância.

⁷⁰⁰ As expressões “Tratado” e “Convenção” adquiriram o mesmo sentido, definido pela Convenção de Viena Sobre Direito dos Tratados, de 1969, em seu art. 2º, 1, letra “a”: Para os fins da presente Convenção: a) “tratado” significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica; Portanto, “tratados e convenções” internacionais são todos os acordos formais, concluídos entre sujeitos de direito internacional, e destinados à produção de efeitos jurídicos.

2. A Formação de um Direito Internacional Privado Comum

As Convenções contribuíram para a formação de um direito internacional privado comum. Isto é, a instituição de uma nova categoria de Tratados Internacionais, aqueles relativos aos direitos privados.

Destarte, a inovação trazida por essas Convenções é a colocação dos direitos dos indivíduos, além da preponderância do elemento jurídico, como fundamento principal, o que contribui efetivamente para o fortalecimento das convenções internacionais de direito privado.

Com maestria, Maristela Basso (2000, p. 109) afirma que:

As Convenções de Paris e de Berna representam um primeiro passo rumo à formação de um "direito internacional privado comum". Os esforços feitos, até então, em outros campos do direito privado, visando à unificação ou à coordenação das legislações particulares (obrigações, falência, letras de câmbio, etc.), não obtiveram os resultados alcançados pelas Convenções relativas aos direitos de propriedade intelectual (trabalho este continuado pela OMPI e revigorado pela OMC-TRIPS).

Isto se deve, porque estas convenções designaram o “princípio da proteção mínima”, cujas legislações dos Estados unionistas deveriam respeitar o mínimo estabelecido no diploma, impossibilitados de restrição.

É mister dizer que a propriedade intelectual é, sem sombra de dúvidas, um marco inicial para a formação de um verdadeiro sistema de direito internacional privado comum.

Importante ressaltar que as Convenções Internacionais não apenas contribuíram para o desenvolvimento do direito internacional privado, mas também público, haja vista o estudo da interdisciplinaridade da matéria.

A importância do estudo interdisciplinar da matéria trazida pelas Convenções repousa no fato de que a evolução da proteção dos direitos intelectuais se baseia em três instituições jurídicas conexas, quais sejam, as Convenções entre diversos Estados, as Uniões Internacionais e os *Bureaux* Internacionais.

2.1. A Criação das Uniões Internacionais

A priori, as instituições internacionais, tanto de caráter público quanto privado desenvolviam-se concomitantemente aos interesses econômicos dos Estados que detinham maior influência em nível mundial.

Entretanto, no final do século XIX tomou-se uma preocupação global, com ênfase ao espírito de solidariedade entre os povos, que impulsionou o surgimento das primeiras associações internacionais, delineadas em forma de Uniões Internacionais.

Duas Convenções tiveram caráter fundamental para a transformação do direito internacional que até então visava principalmente os "Estados Soberanos"; estendeu-se, pois, os retrógrados e restritos quadros dos sujeitos, qual seja, das pessoas de direito internacional.

Tais Convenções como outrora mencionadas são as Convenções de Paris datada de 1883, que regulamenta no tocante à propriedade industrial e de Berna de 1886, que, para o presente trabalho é essencial para a direção, definição e proteção do direito da propriedade intelectual em âmbito mundial.

Insta ressaltar que as organizações atualmente conhecidas como sujeitos de direitos internacionais surgiram face às necessidades decorrentes de um mundo em constante transformação. Inegável, pois, a importância dessas Convenções para o espectro atual.

2.1.1. Os *Bureaux* Internacionais

Um fator decisivo para o fomento do direito internacional administrativo foi a criação das secretarias internacionais, também conhecidas como *Bureaux* internacionais.

Tais escritórios foram instituídos a fim de se manejar de maneira mais concreta a aplicação uniforme dos tratados de união.

Historicamente, um dos principais *Bureaux* internacionais instituídos pelo sistema unionista das Convenções, foi o BIRPI – “*Bureaux Internationaux Réunis Pour la Protection de la Propriété Intellectuelle*”.

Faz-se necessário atentar para uma peculiaridade em que tal escritório foi criado; como mencionado, duas Convenções foram essenciais para o direito internacional: A Convenção de Berna que trata das obras literárias e artísticas e a de Convenção de Paris que regulamenta quanto ao direito da Propriedade Intelectual.

2.1.1.2. Os Bureaux pós-Segunda Guerra Mundial

Ressalta-se que após a Segunda Guerra mundial, o Direito Internacional sofreu importantes transformações que se refletiram nos direitos de propriedade intelectual.

A estrutura instituída pelas Uniões passaram a ser consideradas arcaicas e insuficientes às novas demandas de proteção da propriedade intelectual.

Portanto, com o surgimento das organizações internacionais, não era mais possível manter as Uniões com as suas estruturas e características originárias de outrora. Fez-se necessário, pois, uma aproximação das Organizações Internacionais que se multiplicavam no período pós-guerra.

A alteração no regime das duas Uniões foi propiciada pelo sistema introduzido pelas Nações Unidas.

A Carta das Nações Unidas proporcionou importantes e inovadoras disposições relativas à cooperação econômica e social entre seus Estados-partes.

Com o surgimento da Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento – CNUCED/UNCTAD (1964) e da Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial – ONUDI (1966), propostas de solução do passado tornaram-se ultrapassadas, era preciso criar então, uma organização específica para o tratamento da propriedade intelectual. Instituído-se mecanismos adequados de proteção, a fim de se reduzir crescentes disparidades entre os países industrializados e os países em desenvolvimento.

A comunidade internacional enfrentou um momento decisivo, qual seja, a reestruturação dos BIRPI, com intuito de solucionar as novas necessidades enfrentando as transformações ocorridas após a Segunda Guerra mundial.

Devido às competências atribuídas ao Conselho Econômico e Social da ONU, os organismos de regulamentação até então existentes *v.g.* as Uniões de Paris e de Berna e seus “Bureaux”, foram sensivelmente abaladas.

Como natural consequência, houve a possibilidade de liquidação de algumas instituições internacionais, dentre as quais os referidos “Bureaux”.

Essa extinção se concretizou por meio da Convenção de Estocolmo, de 14 de julho de 1972, que criou a OMPI⁷⁰¹ – Organização Mundial da Propriedade Intelectual, sediada em Genebra; constituiu-se em um Organismo Especializado da ONU, em 17 de dezembro de 1973.

⁷⁰¹ Tradução para a expressão inglesa: WIPO – World Intellectual Property Organization.

A OMPI unificou diversos conceitos, extirpando a divisão tradicional existente no modelo histórico, que distinguia os direitos dos autores e dos inventores, em duas categorias, quais sejam, os direitos de autor e conexos e os direitos da propriedade industrial.

Destinado à proteção da propriedade intelectual, observa-se nitidamente a unificação de conceitos como exposta na Convenção de Estocolmo que inclui em seu texto, art. 2º, VIII (1972, s.p.), os direitos relativos:

- às obras literárias, artísticas e científicas; - às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão;
- às invenções em todos os domínios da atividade humana;
- às descobertas científicas;
- aos desenhos e modelos industriais;
- às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais;
- à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico.

De suma importância destacar a função primordial da OMPI que respalda em estimular a criação dos indivíduos e das empresas dos Estados-membros, para que se adquiram novas técnicas e obras literárias e artísticas estrangeiras, bem como o acesso à informação científica e técnica contida nas patentes.

3. A Necessidade de Complementar o Regime Internacional da OMPI

Por esses e tantos outros motivos que a OMPI é o principal centro internacional de promoção dos direitos de propriedade intelectual.

Entretanto, vale dizer que a OMPI não tem poderes para dirigir resoluções diretamente aos Estados; isto é, seus atos decorrem das competências conferidas por Convenções e Tratados atinentes a matérias específicas.

No caráter administrativo, a OMPI cuida da aplicação das normas cuja função é atribuir efeitos internacionais tanto aos registros, feitos diretamente no seu secretariado, quanto àqueles realizados em órgãos administrativos internos dos Estados.

Todavia, a harmonização das normas sobre propriedade intelectual restringe-se a aspectos técnicos, na medida em que não se constituíram mecanismos eficazes de verificação do adimplemento dos deveres e obrigações dos Estados, e também de resolução de controvérsias.

Conclui-se que a OMPI é uma organização de caráter eminentemente técnico, fundamentando seu processo decisório no princípio da igualdade de votos entre os Estados-partes, inexistindo, pois, um órgão para verificar o adimplemento pelos Estados dos compromissos assumidos e principalmente, um sistema de sanções oponíveis aos Estados-membros inadimplentes.

Por estas razões, fundamentou-se a necessidade de se instituir um sistema que atendesse às realidades do comércio internacional; tal resposta se deu pela inclusão do TRIPS na GATT.

4. Inclusão do TRIPS no GAAT

Diversas razões geraram a necessidade da inclusão da TRIPS⁷⁰² no GATT, dentre elas, citam-se em especial: o interesse de completar as deficiências do sistema de proteção da propriedade intelectual da OMPI, haja vista ter esta um caráter eminentemente técnico e muitas vezes insuficiente para a demanda do comércio; e a necessidade de vincular definitivamente o tema ao comércio internacional, de maneira que se instaure um efetivo sistema de proteção e, quando cabível, sanção para a concretização da defesa dos direitos da propriedade intelectual.

Isto porque, não era mais possível a benesse de que gozavam os Estados ao poderem optar por implementar ou não políticas de proteção à propriedade intelectual, pois face aos compromissos internacionais e às pressões dos setores privados nacional, tal sistema tornou-se inviável.

Portanto, face aos fatores políticos, sociais, jurídicos, econômicos e culturais, estabeleceu-se um vínculo real e indissolúvel entre Comércio Internacional e Propriedade Intelectual; houve, inclusive, o reconhecimento de que a Propriedade Intelectual está diretamente relacionada ao avanço do Comércio Mundial.

⁷⁰² TRIPS – *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* que integrou o Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio – OMC, com seu ANEXO 1C; também conhecido nos países de língua latina pela sigla ADIPIC – Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio. Integrou o sistema jurídico brasileiro pelo Decreto Presidencial n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994.

4.1. As Implicações institucionais decorrentes das Relações entre o TRIPS e a OMPI – Conflito ou Complementação?

Como dito alhures, a OMPI é responsável pela administração das Uniões de Paris e de Berna, bem como os tratados internacionais de propriedade intelectual. É sabido que seu processo decisório fundamenta-se no princípio da igualdade de votos entre os Estados-partes, inexistindo um órgão (ou mecanismo) competente para verificar o cumprimento por parte dos Estados em cujas normas se encontram sob a sua guarda; não há também, um sistema de sanção aplicável aos Estados inadimplentes.

No contexto internacional, a OMPI preserva a harmonização legislativa do direito de propriedade intelectual, enquanto que o TRIPS trata dos aspectos comerciais internacionais relacionados com a matéria.

Superficialmente poderia-se supor um aparente conflito de regras entre tratados sucessivos ou concorrentes; entretanto, isso não acontece, haja vista que suas regras não são incompatíveis com as das convenções preexistentes, mas sim as completa.

Portanto, na relação entre o TRIPS e as Convenções anteriores, devem prevalecer regras de bom senso comum e a lógica jurídica.

A vontade dos Estados-partes deve ser o principal fundamento conciliador nesta relação, que no caso do TRIPS, não é revogar ou excluir as convenções anteriores, mas, sobretudo acrescentar-lhe elementos novos e complementares.

Isto porque o TRIPS é, na verdade, uma resposta a uma constante exigência jurídica de desenvolvimento e real proteção da propriedade intelectual, haja vista sua importância no cenário mundial.

Deste modo, ao TRIPS é possibilitado e aconselhado a consulta e busca informações com a OMPI; fato este que revela o caráter de cooperação e parceria na proteção dos direitos de propriedade intelectual.

Em consonância a esta realidade, foi firmado o “Acordo Entre a OMPI e a OMC”, celebrado em Genebra, em 22 de dezembro de 1999, com o intento de se estabelecer uma relação de apoio recíproco.

Por este acordo são formuladas regras de cooperação institucional entre as duas Organizações, no que tange ao acesso de leis e regulamentos da OMPI pelos Estados-membros da OMC e seus nacionais; estabelece também princípios básicos da assistência técnico-jurídica e cooperação técnica.

Por conseguinte, a OMPI continua a exercer o papel principal de centro internacional de promoção dos direitos de propriedade intelectual, corroborado atualmente pelo TRIPS.

5. O Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio

Em âmbito mundial, o TRIPS⁷⁰³ é o mais recente instrumento internacional acerca da proteção à propriedade intelectual e foi criado para atender aos reclames da nova realidade do comércio mundial da indústria de difusão cultural da economia mundial.

As Nações mais poderosas econômica e politicamente das Américas e da Comunidade Européia necessitavam criar um mecanismo diverso da OMPI, que até então, se baseava no princípio da igualdade de votos entre Estados, não detendo poderes para votar resoluções pelos Estados, o que impossibilitava uma atitude coercitiva.

Portanto, era preciso um sistema cujo cumprimento estabelecesse normas gerais de adesão imediata e sem reservas por parte de todos os países membros da comunidade econômica internacional, inclusive, instrumentos para a solução pacífica de controvérsias entre Estados no tocante à propriedade intelectual.

Seu surgimento se deu concomitantemente às Convenções Internacionais administradas pela OMPI, quando o GATT realizou uma reunião⁷⁰⁴, datada de 20 de setembro de 1986, que iniciou uma importante rodada de negociações multilaterais, a chamada Rodada de Uruguai (*Uruguay Round*), finalizada em 1994, com a criação da OMC – Organização Mundial do Comércio⁷⁰⁵, que ficou responsável pela regulação do comércio internacional de bens materiais por meio do próprio GATT, e também na regulação do comércio internacional dos bens imateriais por meio do Acordo Relativo aos Aspectos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, conhecido pela sigla de expressão inglesa: TRIPS.

A partir da Rodada do Uruguai, instauraram-se discussões envolvendo a chamada *propriedade intelectual com o comércio internacional* – Com a criação da TRIPS, que visaria essencialmente a concretização de um Acordo multilateral cujo fundamento seria o respeito de um mínimo de proteção aos direitos de propriedade intelectual.

⁷⁰³ Acordo sobre aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio (TRIPS)
O Brasil depositou o Instrumento de Ratificação da ata final em que se incorporaram os resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais, em Genebra, em 21/12/994. Essa ata final foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 30 de 15/12/1994 e promulgada pelo Decreto nº 1.355 de 30/12/1994.

⁷⁰⁴ Sessão Especial dos Ministros do GATT em Punta del Este – Uruguai.

⁷⁰⁵ Insta ressaltar que a OMC não é vinculada à ONU.

O caráter patrimonial do direito do autor se acentua neste documento, haja vista a necessidade de normas condizentes e uniformes no tocante a métodos de ação, punição e proteção entre países de sistemas jurídicos diferentes.

Era primordial uma uniformização de tais atos, e a criação deste Acordo foi essencial, pois tal assunto era evitado por Berna e Genebra, cuja maior preocupação sempre foi o respeito às legislações internas e a soberania de seus Estados-Membros.

Diante da nova realidade do comércio mundial da indústria de difusão cultural da economia mundial, essa posição adotada por Berna e Genebra começou a se mostrar ineficiente para os países economicamente mais poderosos.

Uma nova ordem internacional começava a ser delineada a partir do momento em que a realidade das indústrias evoluía drasticamente, capaz de atravessar fronteiras, o que dispensava debates em torno de soberanias territoriais. A partir de então o direito da propriedade intelectual foi admitido como mercadoria de alto valor comercial.

Para o Doutrinador Guido Soares (1998, p.108), a Rodada Uruguai significou “uma das negociações comerciais multilaterais mais complexas e longas e que produziria os efeitos mais radicais de reformas profundas da história do comércio internacional”.

Houve, sem dúvida alguma, uma grande mudança no trato internacional da matéria de caráter intelectual, pois as “obras de espírito” foram consideradas como mercadoria, de consumo mundial.

A Professora Eliane Y. Abrão (2002, p.48) afirma com propriedade que:

A razão da mudança residia na percepção por parte dos países sede das multinacionais da propriedade intelectual da ocorrência:

- a) de um aumento brutal nos rendimentos internos e externos em virtude das licenças e concessões de uso de obras intelectuais (*royalties*);
- b) no aumento dos respectivos níveis de emprego;
- c) no aumento paralelo da pirataria, que provocava escapes consideráveis de renda.

Os princípios definidos no Acordo constituem padrões mínimos de proteção, aos quais os Estados-partes devem incorporá-los em suas legislações nacionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, observa-se que face ao caráter universalista e cosmopolita dos Direitos da Propriedade Intelectual, surgiu de maneira incontestável a necessidade de interação e consonância com o Direito Internacional.

Haja vista que as diversas formas e meios de manifestação das criações de espírito versaram desde os primórdios à universalidade. Considera-se também essencial para tal processo, a globalização, que não apenas é uma tendência, mas sim, uma realidade mundial.

Há séculos existe uma constante e crescente troca de informações, cultura e conhecimento entre os povos.

Por este processo entende-se a denominação da unificação mundial, cujas formas e conteúdos podem ser avaliados por critérios intelectuais que são universalmente compartilhados.

Ressalta-se então a importância das Convenções Internacionais que serviram de escopo para a definição de parâmetros mínimos de proteção que devem ser respeitados e seguidos pelos Estados modernos. Este fenômeno é denominado de Internacionalização do Direito Autoral.

Esta Internacionalização dos Direitos do Autor foi decisiva para a uniformização existente em sua legislação, pois ao estabelecer critérios mínimos, possibilitou o reconhecimento interno desses direitos por diferentes países, corroborando de maneira efetiva para o desenvolvimento geral de técnicas de comunicação e desenvolvimento social, econômico e cultural dos povos.

Portanto, é mister dizer que as Instituições Internacionais destinadas à unificação da regulamentação da matéria possibilitaram aos Direitos Intelectuais, a formação de regimes próprios de proteção em diversos países por onde circulam as obras.

Proporciona-se, por conseguinte, uma utilização correta e justa da obra intelectual em âmbito mundial.

Em suma, admite-se que no contexto internacional, a OMPI – Organização Mundial da Propriedade Intelectual preserva a harmonização legislativa do direito do intelecto, enquanto que o TRIPS trata dos aspectos Comerciais Internacionais relacionados com a matéria. Destarte, prevalecem nessa relação regras de bom senso comum e lógica jurídicas, a fim de que atendam à realidade comercial internacional, sem, contudo, defasar a proteção e a importância do criador da obra e seus proventos decorrentes da mesma.

A OMPI conserva o seu caráter histórico ao exercer o papel principal de centro internacional de promoção dos Direitos de Propriedade Intelectual, corroborado atualmente pelo TRIPS, haja vista que este é, na verdade, uma resposta a uma constante exigência jurídica de desenvolvimento e real proteção da propriedade intelectual.

Importante mencionar que os padrões mínimos estabelecidos pelo TRIPS direcionam bases que devem ser seguidas pelas legislações dos Estados-Partes e inclusive dos Acordos Regionais. Portanto, mesmo em caráter regionalista – europeu ou americano – estes devem ser condizentes aos padrões mínimos que vigem em caráter mundial, a fim de se coibir práticas arbitrárias e contrárias à proteção da Propriedade Intelectual.

Um paradoxo é constatar que apesar das profecias que julgavam o fim do Direito do Autor com os novos meios de informatização – a exemplo, a tão mencionada Internet – esta veio a ressaltar a importância e discussão do tema. Portanto, os novos meios de comunicação não apenas foram ineficazes para o extermínio da proteção de um direito natural e inerente ao homem, mas reacenderam as discussões e propostas para a adequação da tutela desse direito na atualidade em âmbito mundial.

Fato este comprovado pela preocupação da OMPI em instituir dois novos tratados quase que exclusivamente para a proteção no espaço cibernético.

Conclui-se que os novos meios de comunicação não abalam a estrutura do Direito da Propriedade Intelectual, ao contrário, eles instigam a preocupação e adequação desses meios a uma tutela efetiva.

Isto ocorre, pois as criações de espírito têm, desde o início dos séculos, um caráter transcultural, portanto, seu reconhecimento e conseqüente tutela não podem se abster do Direito Internacional.

Ressalta-se que o caráter transnacional da condição humana produz em escala contínua obras de inestimável valor e apreciação.

Imprescindível, pois, garantir de maneira universal a proteção da Propriedade Intelectual a fim de que se respeitem os padrões que preservam a dignidade e o direito do criador não apenas em caráter nacional, haja vista que as obras transpõem as barreiras físicas impostas pelos Estados, mas principalmente em âmbito internacional, como o meio mais efetivo de construção de uma sociedade mais equânime e justa e em crescente desenvolvimento econômico e cultural dos povos.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, E. Y. **Direitos de autor e direitos conexos**. São Paulo: Ed. do Brasil, 2002.

ASCENSÃO, J. O. **Direito autoral**. 2. ed., ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BASSO, M. **O direito internacional da propriedade intelectual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BITTAR, C. A. **Contornos atuais do direito do autor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992

BITTAR, C. A. **Direito de autor**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

CHAVES, A. **Proteção internacional do direito autoral de radiodifusão**. São Paulo: Max Limonad, s.d.

CONGRESSO INTERNACIONAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. v1. São Paulo. Título: **Anais do I Congresso Internacional da Propriedade Intelectual**. São Paulo: Academia Paulista de Magistrados, 2003.

CONGRESSO IBEROAMERICANO DE PROPIEDAD INTELECTUAL. **Derecho de Autor y Derechos Conexos em los Umbrals Del año 2000**. Madrid, Espana, out 1991.

CONVENÇÃO DE ROMA. **Convenção Internacional para Proteção aos Artistas Intérpretes ou Executantes, aos Produtores de Fonogramas e aos Organismos de Radiodifusão**. out de 1961. Disponível em: <www.direitoautoral.com.br>. Acesso em: 10 ago 2006.

CONVENÇÃO DE BERNA. **Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas**, set de 1886, revista em Paris, a 24 de jul de 1971. Disponível em: <www.direitoautoral.com.br>. Acesso em: 10 ago 2006.

CONVENÇÃO DE GENEBRA. **Convenção para a proteção de produtores de fonogramas contra a reprodução não autorizada de seus fonogramas**, out de 1971. Disponível em: <www.direitoautoral.com.br>. Acesso em: 10 ago 2006.

CONVENÇÃO UNIVERSAL SOBRE O DIREITO DE AUTOR, revista em Paris em 24 de jul de 1971. Disponível em: <www.direitoautoral.com.br>. Acesso em: 10 ago 2006.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 10 de dez de 1948

EBOLI, J. C. **O Mundo Moderno: Direito Autoral e Direitos Humanos**. Seminário Internacional de Direitos Humanos na Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro, 25 de nov. de 2004. Disponível em: <<http://www2.uol.com.br/direitoautoral/artigo190503.htm>>. Acesso em: 25/08/2006.

GANDELMAN, H. **De Gutenberg à Internet – Direitos Autorais na Era Digital**, Rio de Janeiro: Record, 2001

GANDELMAN, M. **Poder e conhecimento na economia global : o regime internacional da propriedade intelectual da sua formação às regras de comércio atuais**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

GOLDSTEIN, M. R. **Derechos editoriales y de autor**. 2.ed. Argentina: Eudeba, 1999

HAMMES, B. J. **O direito de Propriedade Intelectual**. 3.ed. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

MINISTÉRIO das Relações Exteriores. **Lista de Decretos vigentes no Brasil**. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/dautorais.htm>. Acesso em 25, ago. 2006.

SHERWOOD, R. M. **Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico**. São Paulo : Ed. da Universidade de São Paulo, 1992.

TEMAS atuais de direito civil na constituição federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TRIPS - Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio. Decreto n. 1.355/94 - 30 de dez de 1994.

UNESCO. Disponível em: <<http://www.unesco.org.br/areas/cultura> > Acesso em: 20/08/2006.

WIPO. **International Protection of Copyright and Related rights** – Document

<www.wipo.org> Acesso em: 20/06/2006.

prepared by the International Bureau of WIPO. f. 22. Disponível em:

CONSIDERAÇÕES SOBRE AS MEDIDAS ANTIELISÃO DE OBRAS AUTORAIS PREVISTAS NOS ACORDOS DE LIVRE-COMÉRCIO

Francisco Viegas Neves da Silva⁷⁰⁶

SUMÁRIO. Introdução. 1 – Considerações iniciais. 2 - Trips-*plus* e trips-*extra*. 3 - Formas de imposição. 4 - Disposições dos acordos de livre comércio. 5 – Implicações. 6 - Considerações finais. 7 – Referências.

RESUMO: O presente trabalho pretende analisar as medidas antielisão de obras protegidas pelo direito autoral no ambiente digital previstas nos Acordos de Livre Comércio celebrados com os Estados Unidos. Para tanto, em um primeiro momento, será apresentado o contexto em que surgem tais medidas TRIPS-*extra* e suas formas de imposição por parte dos Estados Unidos. Além disso, serão analisadas as repercussões da adoção de tais regulamentos para o acesso ao conhecimento.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Autoral; Medida de Caráter Tecnológico; Acordos de Livre Comércio.

ABSTRACT: The present paper aims to analyze the “effective technological measures” of protected works in the digital environment contained in the Free Trade Agreements celebrated with the United States of America. In order to approach the subject, in a first moment, it will be presented the context in which emerged these TRIPS-*extra* measures and its forms of impulsion by the US. In addition, it will be analyzed the repercussions of the adoption of such rulings in the access to knowledge.

KEY-WORDS: Author’s rights; Effective technological measures; Free Trade Agreements.

INTRODUÇÃO

⁷⁰⁶ Advogado em Florianópolis/SC. Mestrando em Direito na área de Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pelotas.

Especialmente os Estados Unidos, por meio de acordos de livre comércio (*Free Trade Agreements*), bilaterais ou regionais, estão exercendo pressão em vários países (em desenvolvimento e desenvolvidos) para que adotem patamares superiores de proteção à propriedade intelectual do que os contidos no Acordo TRIPS (Acordo sobre Direitos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio).

Os temas mais controvertidos destes acordos em matéria de propriedade intelectual se referem à redução da utilização das flexibilidades previstas no TRIPS dentre as quais merecem destaque: a obstaculização das flexibilidades que visam garantir maior acesso a medicamentos; a ampliação da cobertura de proteção do direito autoral, em especial no ambiente digital; proteção da matéria viva, recursos genéticos e conhecimento tradicional; as medidas de observância e solução de controvérsias.

O foco do presente trabalho cinge-se em analisar as medidas antielisão de obras protegidas pelo direito autoral contidas nos acordos de livre comércio celebrados com os EUA que prevêm a maior proteção às obras protegidas pelo direito autoral do que previsto no TRIPS (TRIPS-extra). A adoção de tais medidas produz, como se verá a seguir, um desequilíbrio entre o exercício dos direitos autorais e a necessidade de acesso à informação.

Para tanto, em um primeiro momento, será apresentado o contexto e algumas questões emergentes a partir da inserção de cláusulas mais protetivas ao direito autoral em uma sociedade revolucionada pela tecnologia e pelos meios digitais.

Posteriormente, será explicitado o conceito de medidas TRIPS-*plus* e TRIPS-*extra*, bem como os mecanismos utilizados para a sua imposição aos países signatários.

Por último, serão expostos os principais dispositivos contidos nos Acordos de Livre Comércio que engessam ainda mais o acesso às obras protegidas pelo direito autoral, especialmente no ambiente digital, bem como as implicações da adesão às referidas medidas contidas nos acordos.

1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

De acordo com o relatório da COMMISSION ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS⁷⁰⁷, existem países em desenvolvimento que se beneficiam da proteção da proteção aos direitos autorais como as indústrias de software e cinema da Índia, no entanto a maioria

⁷⁰⁷ COMMISSION ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS. *Integrating intellectual property rights and development policy*: report of the commission on intellectual property rights. Londres, set. 2002.

dos países em desenvolvimento, especialmente os menores, são grandes importadores de materiais cujos direitos autorais estão protegidos, logo, os principais beneficiários de tal proteção são os países desenvolvidos que detêm a propriedade intelectual sobre estes direitos imateriais. Portanto, para os países em desenvolvimento a manutenção do sistema de direitos autorais como um todo pode resultar em mais custos do que benefícios para eles.

Ainda em relação aos direitos autorais a Comissão de Propriedade Intelectual⁷⁰⁸ relatou que existem mecanismos flexibilizadores dos direitos autorais, previstos em tratados internacionais (como a Convenção de Berna), que permitem cópia especificamente para uso pessoal e educacional. Estes mecanismos são conhecidos de forma geral como cláusulas de “utilização justa” ou “comércio justo”. No entanto, na maioria dos casos, não se comprovou que sejam adequados para atender às necessidades dos países em desenvolvimento, especialmente no campo da educação.

Muito embora o acesso à informação seja limitado a Internet proporciona um meio incomparável de acesso a baixo custo ao conhecimento e às informações necessárias aos países em desenvolvimento. Por outro lado a aplicação das normas de direitos autorais à Internet é problemática e engessante pois restringiria este acesso. E os direitos históricos de *fair use* (utilização justa) podem ser restringidos por formas de proteção tecnológica, como a criptografia, que restringem o acesso com rigor ainda maior do que os direitos autorais.

O panorama relatado é fruto da complexidade social gerada pelo desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação que passa a exigir soluções jurídicas para harmonizar a denominada Sociedade da Informação.

A sociedade da informação é a conseqüência da explosão informacional, caracterizada, sobretudo pela aceleração dos processos de produção e de [disseminação da informação](#) e do conhecimento. Esta sociedade caracteriza-se pelo elevado número de atividades produtivas que dependem da [gestão de fluxos informacionais](#), aliado ao uso intenso das [novas tecnologias de informação e comunicação](#).

Castells⁷⁰⁹ denominou essa sociedade revolucionada pela tecnologia de informação como uma sociedade em rede, pois redes são capazes de expandir de forma ilimitada integrando novos nós desde que consigam comunicar-se dentro da rede, bem como se trata de um sistema aberto e altamente dinâmico por ser suscetível de inovação sem ameaça ao seu equilíbrio. Tendo em vista a interação e penetração da Revolução da Tecnologia da

⁷⁰⁸ Idem.

⁷⁰⁹ CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

Informação em todos os planos da sociedade, as novas tecnologias causaram um grande impacto tanto no aspecto econômico, social, cultural e ambiental.

No plano econômico a controvérsia reside na automação da produção e seus reflexos nas taxas de desemprego. Já no plano social e cultural destacam-se as indagações para o estudo da exclusão digital, sem mencionar as mudanças comportamentais e modificações nas relações laborais daqueles que têm acesso a esta tecnologia, o que vem despertando o interesse de psicólogos. Enquanto no plano ambiental, a tensão entre a natureza e a sociedade informacional reside nos riscos de esgotamento e desperdício das fontes de energia não-renováveis, mesmo na sociedade da informação em que a própria informação é a sua matéria prima e produto com menos gasto de energia se comparado aos produtos gerados pela sociedade industrial⁷¹⁰.

A sociedade que nasce em consequência dos meios digitais baseia-se no acúmulo de novas informações e no avanço dos meios de comunicação, caracterizado pela aplicação desses conhecimentos para a geração de novos conhecimentos, em um ciclo de realimentação cumulativo entre a inovação e seu uso.⁷¹¹

A Internet facilitou o livre fluxo da informação a custos baixos e em grande velocidade, tendo como paradigma o livre acesso à informação, no entanto, a maior parte da informação veiculada na rede digital está protegida pelo direito autoral. Portanto, ante tal panorama, torna-se necessário repensar o direito à informação e as suas formas de proteção⁷¹².

]

2 - TRIPS-PLUS E TRIPS-EXTRA

De forma contrária aos pressupostos de maior acesso inerentes à Sociedade da Informação há o surgimento de uma tendência na comunidade internacional de tornar mais taxativa a lista de exceções aos direitos autorais, portanto, enrijecendo ainda mais a sua proteção.

Paradoxalmente tal tendência surgiu em decorrência da evolução de uma rede que tinha a pretensão de viabilizar acesso livre e compartilhar as obras derivadas do espírito humano. Nesse sentido, Lawrence Lessig⁷¹³ propugna que o livre acesso à informação conquistado pela internet não seja cerceado em benefício de interesses econômicos de poucos.

⁷¹⁰ WACHOWICZ, Marcos. A Revolução Tecnológica da Informação – Os Valores Éticos para uma Efetiva Tutela Jurídica dos Bens Intelectuais. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ (Org.). *Propriedade Intelectual: Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 39-83

⁷¹¹ Idem.

⁷¹² AVANCINI, Helenara Braga. O Paradoxo da Sociedade da Informação e os Limites dos Direitos Autorais. In: ROVER, Aires José(org.). *Direito e Informática*. SP: Manole, 2003, p. 355-381.

Na lição de Basso⁷¹⁴, embora haja o reconhecimento de que a tutela da propriedade intelectual obstaculiza o acesso ao conhecimento, tal manifestação não fez com que cessassem as intenções bilaterais de criação de novos mecanismos para maior enrijecimento da propriedade intelectual do que os contidos no TRIPS.

Os referidos acordos são denominados: “TRIPS-plus” porque representam políticas, estratégias, mecanismos e instrumentos que acarretam compromissos e ultrapassam os patamares mínimos exigidos pelo acordo mencionado, restringindo ou anulando sua flexibilidade e “TRIPS-extra” porque disciplinam questões não abordadas pelo TRIPS⁷¹⁵.

Ademais, muitos destes acordos, disfarçados de certas benevolências, porque, em tese, os países em desenvolvimento podem obter concessões adicionais e benefícios durante as negociações, revelam-se instrumentos coercitivos, politicamente desestabilizadores, inapropriados às necessidades de desenvolvimento sustentável e ao acesso à tecnologia e à saúde pública. Sem mencionar que limitam o uso das flexibilidades e exceções contidas no TRIPS, pois cada novo acordo não implica revogação do anterior (*better standards*) e pode estabelecer padrões mais elevados de proteção⁷¹⁶.

Na definição de Basso⁷¹⁷, o TRIPS é um tratado-contrato, implicando ao país signatário um comprometimento em promulgar ou alterar as leis de forma a internalizar os padrões mínimos constantes no Acordo. No entanto, nada impede que a legislação nacional adote normas mais protetivas (*plus*) à propriedade intelectual ou novas modalidades de direitos de propriedade sobre plantas, recursos genéticos ou conhecimentos tradicionais.

3 - FORMAS DE IMPOSIÇÃO

De acordo com Pugatch⁷¹⁸, a implementação das disposições TRIPS-*plus* mediante a utilização dos seguintes mecanismos: a) FTA's e RTA's (*Regional Trade Agreements*) entre países desenvolvidos e Estados Unidos/União Européia; b) Utilização de “ferramentas de relações comerciais” como o relatório sobre a *Special 301 da USTR (United States Trade*

⁷¹³ LESSIG, Lawrence. *Cultura livre: como a grande mídia usa a tecnologia e a lei para bloquear a cultura e controlar a criatividade*. São Paulo: Trama, 2005.

⁷¹⁴ BASSO, Maristela. *Propriedade Intelectual na Era pós-OMC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

⁷¹⁵ Idem.

⁷¹⁶ Idem.

⁷¹⁷ BASSO, Maristela. *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

⁷¹⁸ PUGATCH, Meir Perez. *Intellectual Property, Data Exclusivity, Innovation and Market Access*, 16 out. 2004. Disponível no site: <<http://www.iprsonline.org>>. Acesso em: 20 mai. 2007.

Representative), como instrumentos repressivos para que os países em desenvolvimento promulguem legislações concedendo maior proteção aos direitos autorais.

Em relação ao primeiro instrumento, Pugatch⁷¹⁹ dispõe que em grande parte a agenda de imposição, por meio de FTA's e RTA's, ocorreram devido a lacuna do TRIPS no tocante à regulamentação da propriedade intelectual no ambiente digital, pois dá ampla liberdade para os países regularem da forma mais adequada aos seus interesses o conceito e a abrangência da tutela dos dados de prova.

Soma-se a tal fato o interesse dos Estados Unidos que ao adotar a Lei sobre Direitos Autorais Digitais do Milênio (*Digital Millennium Copyright Act*) proíbe o não-cumprimento dessa proteção tecnológica, mesmo que a finalidade do não-cumprimento não viole as leis de direitos autorais. Já a União Européia introduziu uma forma especial de proteção aos bancos de dados (Diretiva de Proteção das Bases de Dados), que recompensa o investimento na criação de bancos de dados e pode restringir o acesso aos dados por cientistas ou terceiros, inclusive nos países em desenvolvimento. Destarte, tais acordos foram pautados de forma a “adequar” os demais países à suas legislações internas.

A tentativa dos Estados Unidos de, por meio dos FTAs, trazerem os países em desenvolvimento para os seus mesmos padrões domésticos, ou até para níveis mais restritos que os seus internamente, encontra-se também na *Trade Promotion Authority*, instrumento através do qual estes acordos são negociados e dispõe explicitamente que o objetivo negocial em relação à propriedade intelectual consiste em “...refletir os padrões de proteção similares àqueles contidos na legislação estado-unidense”⁷²⁰. (tradução nossa)

Outro elemento a ser levado em consideração consiste na dificuldade dos referidos países imporem, no âmbito multilateral, medidas que ampliam ainda mais os níveis de proteção da propriedade intelectual, do que os contidos no TRIPS, especialmente após a Declaração de Doha. Somado à posição do Conselho para TRIPS de se manter atento aos problemas e necessidades dos países em desenvolvimento e em menor desenvolvimento relativo no tocante ao acesso a conhecimento, do que discutir a implementação de padrões mais rígidos de propriedade intelectual.

Segundo Basso⁷²¹, o objetivo de utilizar como instrumento o novo bilateralismo/regionalismo em vez das negociações multilaterais no âmbito da OMC e da Organização Mundial da Propriedade Intelectual esta baseado em três premissas: a) *fórum*

⁷¹⁹ Idem.

⁷²⁰ <http://www.ustr.gov>

⁷²¹ BASSO, Maristela. *Propriedade Intelectual na Era pós-OMC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

shifting, que objetiva fixar novos padrões de proteção de propriedade intelectual sem enfrentar as restrições e regulamentações da OMC, em razão de possuírem seus próprios sistemas de solução de controvérsias; b) coordenar as estratégias bilaterais e regionais, visando a não-violação dos acordos já celebrados no âmbito da OMC/OMPI, para evitar disputas no Órgão de Solução de Controvérsias; c) manter nos acordos o princípio dos *minimum standards*, no qual cada novo acordo não implica na revogação do anterior, podendo estabelecer padrões mais elevados (*better standards*).

Contrariamente às expectativas daqueles que acreditavam no triunfo do multilateralismo com o surgimento da OMC e com o término do bilateralismo e com as represálias impingidas por meio da *Section 301*⁷²² do *Trade Act* de 1974, o Congresso dos Estados Unidos, ao ratificar os resultados da Rodada Uruguai, deixou claro que a adesão a tais acordos não limitava o exercício das atribuições da referida lei de aplicar suas sanções contra os “transgressores” dos direitos de cidadãos norte-americanos.

Ainda conforme Basso⁷²³, o USTR a partir de 2000 tornou público o relatório sobre a “Special 301”, no qual divulgou que mais de 70 países têm revisado suas leis de propriedade intelectual, com vistas a evitar sanções comerciais da “301”. Referido relatório anual classifica os países em diversas categorias, o que pode ser um presságio para a suspensão de benefícios, novas consultas, aplicação de sanções comerciais ou até mesmo a submissão do caso ao OSC da OMC. Desta forma, os países em desenvolvimento podem simplesmente decidir adotar padrões TRIPS-*plus* para evitar as sanções da *Special 301*.

4 - DISPOSIÇÕES DOS ACORDOS DE LIVRE COMÉRCIO

O Acordo sobre Direitos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS) no seu artigo 12 dispõe, *in verbis*:

Quando a duração da proteção de uma obra, que não fotográfica ou de arte aplicada, for calculada em base diferente à da vida de uma pessoa física, esta duração não será inferior a 50 anos, contados a partir do fim do ano civil da publicação autorizada

⁷²² A Seção 301 do *Trade Act* de 1974 autoriza o presidente dos Estados Unidos a adotar medida apropriada, incluindo a retaliação, para obter a remoção de ato, política ou prática de governo estrangeiro que esteja violando um acordo internacional de comércio ou que seja injustificada, não razoável (*unreasonable*) ou discriminatória, que restrinja o comércio norte-americano.

⁷²³ BASSO, Maristela. *Propriedade Intelectual na Era pós-OMC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

da obra ou, na ausência dessa publicação autorizada nos 50 anos subsequentes à realização da obra, a 50 anos, contados a partir do fim do ano civil de sua realização.

Destarte, conforme pode se depreender do trecho acima transcrito o TRIPS prevê a proteção do direito autoral pelo prazo de cinquenta anos após a morte do autor. Já os acordos de livre comércio propostos pelos EUA todos menos os assinados por Jordânia e Vietnã⁷²⁴ prevêem a proteção pelo prazo de 70 anos após a morte do autor, conforme trecho que se transcreve do Acordo EU-CAFTA, *in verbis*:

15.5. 4. Each Party shall provide that, where the term of protection of a work (including a photographic work), performance, or phonogram is to be calculated:

(a) on the basis of the life of a natural person, the term shall be not less than the life of the author and 70 years after the author's death; and

(b) on a basis other than the life of a natural person, the term shall be:

(i) not less than 70 years from the end of the calendar year of the first authorized publication of the work, performance, or phonogram, or

(ii) failing such authorized publication within 50 years from the creation of the work, performance, or phonogram, not less than 70 years from the end of the calendar year of the creation of the work, performance, or phonogram.

Muito embora tais acordos sejam celebrados ou negociados com países que possuem interesses, culturas, realidades econômicas, industriais e sociais totalmente distintos cumpre frisar que, na grande maioria deles, não são levadas em conta tais assimetrias. Como vimos, na verdade o interesse preponderante consiste em impor padrões iguais ou superiores de proteção à propriedade intelectual do que os contidos na legislação americana, desta forma, verificando-se nos referidos acordos as diferenças existentes quanto a tutela dos direitos

⁷²⁴ Tecnicamente, o acordo bilateral dos EUA com o Vietnã não é um acordo de livre comércio, mas um acordo bilateral que estabelece normas relativas ao comércio, de acordo com a lei norte-americana. Foi incluído neste trabalho a título de comparação.

autorais são sutis, em grande parte se deve à habilidade de negociação de cada país de defender os seus interesses.

O *Digital Millennium Copyright Act* de 1998, na legislação norte-americana, já aumentou os padrões ao proibir a cópia não autorizada do conteúdo digital. De forma diferenciada tais medidas foram incluídas em sete acordos bilaterais, encontrando-se desta forma disposta no acordo EUA-Chile *in verbis*:

17.7. 5. In order to provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measures that are used by authors, performers, and producers of phonograms in connection with the exercise of their rights and that restrict unauthorized acts in respect of their works, performances, and phonograms, protected by copyright and related rights:

(a) each Party shall provide that any person who knowingly¹⁸ circumvents without authorization of the right holder or law consistent with this Agreement any effective technological measure that controls access to a protected work, performance, or phonogram shall be civilly liable and, in appropriate circumstances, shall be criminally liable, or said conduct shall be considered an aggravating circumstance of another offense. No Party is required to impose civil or criminal liability for a person who circumvents any effective technological measure that protects any of the exclusive rights of copyright or related rights in a protected work, but does not control access to such work.

(b) each Party shall also provide administrative or civil measures, and, where the conduct is willful and for prohibited commercial purposes, criminal measures with regard to the manufacture, import, distribution, sale, or rental of devices, products, or components or the provision of services which:

(i) are promoted, advertised, or marketed for the purpose of circumvention of any effective technological measure, or

(ii) do not have a commercially significant purpose or use other than to circumvent any effective technological measure, or

(iii) are primarily designed, produced, adapted, or performed for the purpose of enabling or facilitating the circumvention of any effective technological measures.

De acordo com Weatherall, os dispositivos do *Digital Millennium Copyright Act* contidos nos acordos de livre comércio são:

- Normas gerais proibindo atos de elisão das “medidas efetivas de caráter tecnológico” para controle de acesso às obras autorais;
- Normas gerais proibindo a fabricação, importação, venda, oferta ou comercialização ilegal de aparelhos/dispositivos desenvolvidos com a finalidade de elidir “medidas efetivas de caráter tecnológico” que controlam o acesso ou a reprodução das obras autorais;
- Normas concebidas como “válvulas de escape” permitindo a revisão dos dispositivos da DMCA e a criação de exceções adicionais e limitadas no tempo;
- Outros exemplos de normas proibitivas em relação a algumas organizações sem fins lucrativos, agências governamentais, técnicas relacionadas à engenharia reversa, pesquisa criptografia, coleta de informações pessoais e realização de testes de segurança.⁷²⁵

Uma das referidas medidas, presente em quase todos os Acordos de Livre Comércio, consiste na obrigação contra a evasão das denominadas medidas tecnológicas de proteção - que são nada mais nada menos que equipamentos ou softwares desenvolvidos e utilizados para proibir a cópia não autorizada de obras no ambiente digital, por exemplo, de acordo com

⁷²⁵ CHRISTIE, Andrew; WALLER, Sophie; WEATHERALL, Kimberlee. Exportando os Dispositivos da “US DIGITAL MILLENIUM COPYRIGHT ACT” por meio de Acordos de Livre Comércio. In: POLIDO, Fabrício; RODRIGUES JR, Edson Beas (Org.) Propriedade Intelectual – Novos Paradigmas, Conflitos e Desafios. Rio de Janeiro; Elsevier, 2007, p. 191.

tal disposição é ilegal desabilitar (*crackear*) uma tecnológica feita para prevenir a cópia do conteúdo de um CD, independentemente se a sua finalidade é um *fair use*.

Desta forma, as disposições dos Acordos de Livre Comércio (*Free Trade Agreements*) enfatizam o aumento da proteção, controle e efetiva inclusão de medidas tecnológicas para garantir que a pirataria seja eliminada do ambiente digital antes mesmo que ela surja.

Outrossim, os referidos acordos dispõem que é também responsabilidade dos provedores de internet quando material protegido pelo direito autoral é distribuído por meio de seus servidores e redes, sendo que cabe ao provedor bloquear o conteúdo protegido após a notificação pelo titular do direito autoral. Novamente, tais disposições são baseadas nos padrões do *US Digital Millennium Copyright Act*.

Ainda em relação à infração dos direitos autorais todos os acordos bilaterais, exceto o firmado com o Vietnã, colocam o ônus da prova de provocar que a obra copiada está em domínio público no réu. Trata-se de disposição TRIPS-*extra* pois inexistente qualquer obrigação nesse sentido no referido acordo. Desta forma, os Acordos de Livre Comércio fortalecem a posição dos detentores de direitos autorais pois presume-se que a obra copiada é protegida quedando a comprovação de que está em domínio público para o réu.⁷²⁶

Outra medida prevista nos *FTA's* traça uma significativa distinção entre autorização e proibição de disponibilização de obras no ambiente digital, pois acrescenta uma exclusividade para o titular de proibir a disponibilização de sua criação em qualquer meio ou forma, seja permanente ou temporária, incluindo armazenagem digital⁷²⁷.

Tal medida traz consigo uma séria repercussão, por exemplo, na utilização do buscador Google que ao fazer a busca na *web* os seus computadores fazem *caching*, ou seja, fazem o download e armazenam o material contido na *world wide web* para que seja mais facilmente localizado.

Além disso, o TRIPS não possui permissão expressa para importação paralela para obras protegidas pelo direito autoral. No entanto, alguns países como a Nova Zelândia permitem que ao importar um produto protegido os direitos do detentor dos direitos autorais já foram reconhecidos, não havendo, portanto, justificativa para que ele seja novamente recompensado no país. Assim, a existência da importação paralela nas legislações nacionais permite que um país importe uma obra de onde ele esteja sendo comercializado ao menor preço.

⁷²⁶ FINK, Carsten; REICHENMILLER, Patrick. *Tightening TRIPS: The Intellectual Property Provisions of Recent US Free Trade Agreements*. 07 fev. 2005. Disponível no site: <<http://www.worldbank.org>>. Acesso em: 20 mai. 2007.

⁷²⁷ MALKAWI, Bashar H. The Intellectual Property Provisions of the United States-Jordan Free Trade Agreement: Template or Not Template. *Journal of World Intellectual Property*. v. 9 (2) 2006. p. 213-229. Disponível em: <<http://www.blackwell-synergy.com>>. Acesso em: 25 jun. 2007.

No entanto, países como Jordânia e Marrocos nos acordos bilaterais que assinaram com os EUA dão o direito aos detentores dos direitos autorais de bloquear a utilização da importação paralela.

Desta forma, um impacto inevitável da proteção mais rígida e da fiscalização mais intensa, como requer os países proponentes de acordos de livre comércio, será a redução do acesso a produtos relacionados ao conhecimento nos países em desenvolvimento, com conseqüências potencialmente prejudiciais aos pobres. Isto se deve, pois o sistema de proteção da propriedade intelectual faz com que um bem anteriormente tido público passe a tornar-se um bem privado, com cotação e venda no mercado⁷²⁸.

5 - IMPLICAÇÕES

Como se pode depreender, a expansão da proteção do direito autoral é sintomática desta harmonização profunda que a propriedade intelectual está experimentando em decorrência do crescente número de tratados de livre comércio.

O *US Digital Millennium Copyright Act* foi fortemente criticado por criar novos direitos que dificultam o acesso ao conteúdo das obras protegidas, tendo em vista que os FTA's pautaram-se de acordo com tal lei as mesmas criticas podem ser feitas aos Acordos de Livre Comércio.

Com relação às medidas tecnológicas de proteção efetivadas os analistas apontam que elas impedem o uso legítimo da obra tal como fazer um *backup* de um programa de computador, questão permitida em muitas legislações, bem como permitir a cópia de pequenos trechos de um filme para propósitos educacionais ou de crítica.

Ainda mais, o uso das referidas medidas efetivamente restringe o acesso a obras que já tenham caído em domínio público. Outrossim, a inclusão destes dispositivos nos acordos de livre comércio também merece critica pois agrega novos empecilho para os países em desenvolvimento de terem acesso a novas tecnologias, pressuposto base da Sociedade da Informação.

A conclusão similar a Comissão de Direitos de Propriedade Intelectual do Reino Unido⁷²⁹ chegou, *in verbis*:

⁷²⁸ CARRARO, André. *Propriedade Intelectual e a Teoria dos Jogos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005.

⁷²⁹ COMMISSION ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS. *Integrating intellectual property rights and development policy*: report of the commission on intellectual property rights. Londres, set. 2002.

- Os usuários de Internet nas nações em desenvolvimento devem estar habilitados a direitos de utilização justa, como fazer e distribuir cópias impressas de fontes eletrônicas, em número razoável, para fins educacionais e de pesquisa, e usar citações razoáveis em comentários e em críticas. Caso os fornecedores de informações digitais ou software tentem restringir os direitos de “utilização justa” com disposições contratuais associadas à distribuição de material digital, a disposição contratual pertinente deve ser considerada nula. Caso a mesma restrição seja tentada por meios tecnológicos, as medidas para invalidar os meios tecnológicos de proteção em tais circunstâncias não devem ser consideradas ilegais. Os países em desenvolvimento devem deliberar com cuidado antes de assinar o tratado de Direitos Autorais da OMPI. **Também não devem seguir as orientações dos Estados Unidos e da UE, implementando legislações nas linhas da DMCA ou da Diretiva sobre Bases de Dados (grifo nosso).**
- Para melhorar o acesso a obras protegidas e atingir suas metas em educação e transferência de conhecimento, os países em desenvolvimento deveriam adotar medidas que favoreçam a concorrência de acordo com as leis de direitos autorais. Eles deveriam ter permissão para manter ou adotar exceções abrangentes para usos em educação, pesquisa e bibliotecas em suas leis nacionais de direito autorais. A implementação de normas internacionais de direitos autorais nos países em desenvolvimento deve ser efetuada mediante uma avaliação adequada da elevada necessidade de melhoria da disponibilidade destes produtos, e de sua importância fundamental para o desenvolvimento econômico e social.

Essa nova arquitetura disposta nos Acordos de Livre Comércio favorece aqueles que investem na aquisição dos direitos patrimoniais independentemente de tal investimento ter alguma influência no ato criativo do autor original. Os efeitos econômicos podem ser prejudiciais tanto para o autor como para os usuários. Em alguns casos, como na área da publicação científica e acadêmica, tanto os autores como os consumidores pertencem ao mesmo grupo de pessoas que está a mercê dos detentores de direitos autorais. Estas mesmas regras produzem efeitos negativos nos países subdesenvolvidos, em que a criatividade local produz música para o mercado mundial, no entanto a distribuição e comercialização, assim como o lucro, estão controlado exclusivamente pelos editores, em regra, de empresas multinacionais.

Toda a discussão em torno dos conflitos entre o direito de liberdade de acesso à informação e os limites dos direitos autorais na Sociedade da Informação, passam pelo direito à educação e à cultura. Trata-se de direitos que desde sua origem já nascem mundializados, independem de acordos, pois, em última instância, a proteção de tais direitos é de interesse da humanidade e o advento da Sociedade da Informação deixa bem claro a necessidade de se aprofundar nesses direitos no âmbito global, uma vez que o objetivo desta nova sociedade é aproveitar ao máximo o desenvolvimento tecnológico e dar acesso à cultura e à educação às pessoas⁷³⁰.

6 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Sociedade da Informação baseada nas novas tecnologias não pertence ao futuro distante, pelo contrário, faz parte do contexto social atual, assumindo uma importância crescente no surgimento do paradigma digital.

A rigidez e inflexibilidade dos Acordos de Livre Comércio sobre a harmonização dos direitos autorais na Sociedade da Informação refletem nada mais do que o favorecimento de um dos pólos da balança, os detentores de direitos autorais, ameaçando o contrapeso tradicional proporcionado pela velocidade e interligação da Internet. Destarte, como vimos, o ambiente digital está perdendo a primazia do livre acesso à informação sob a égide de maior proteção às obras intelectuais.

⁷³⁰ AVANCINI, Helenara Braga. O Paradoxo da Sociedade da Informação e os Limites dos Direitos Autorais. In: ROVER, Aires José(org.). Direito e Informática. SP: Manole, 2003, p. 355-381.

Com efeito, de acordo com Basso⁷³¹, torna-se imperativa a instauração de um novo regionalismo que leve em conta as assimetrias entre economias, bem como vise promover valores mundiais e uma nova ordem econômica mais livre, justa e equilibrada. Tudo isto associado ao diálogo acerca da reforma dos atuais padrões de proteção da propriedade intelectual, em âmbito internacional, com o intuito de que se assegure desenvolvimento, inovação e transferência de tecnologia, objetivando garantir os direitos fundamentais.

7 – REFERÊNCIAS

AVANCINI, Helenara Braga. O Paradoxo da Sociedade da Informação e os Limites dos Direitos Autorais. In: ROVER, Aires José (org.). *Direito e Informática*. SP: Manole, 2003, p. 355-381.

BASSO, Maristela. *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Propriedade Intelectual na Era pós-OMC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BRICE, David. The US-Bahrain Free Trade Agreement and Intellectual Property Protection. *Journal of World Intellectual Property*. v. 7 (6) 2004. p. 829-850. Disponível em: <<http://www.blackwell-synergy.com>>. Acesso em: 25 jun. 2007.

CARRARO, André. *Propriedade Intelectual e a Teoria dos Jogos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005.

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

CHRISTIE, Andrew; WALLER, Sophie; WEATHERALL, Kimberlee. Exportando os Dispositivos da “US DIGITAL MILLENIUM COPYRIGHT ACT” por meio de Acordos de Livre Comércio. In: POLIDO, Fabrício; RODRIGUES JR, Edson Beas (Org.) *Propriedade Intelectual – Novos Paradigmas, Conflitos e Desafios*. Rio de Janeiro; Elsevier, 2007, p. 185-200.

⁷³¹ BASSO, Maristela. *Propriedade Intelectual na Era pós-OMC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

COMMISSION ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS. *Integrating intellectual property rights and development policy: report of the commission on intellectual property rights*. Londres, set. 2002.

FINK, Carsten; REICHENMILLER, Patrick. *Tightening TRIPS: The Intellectual Property Provisions of Recent US Free Trade Agreements*. 07 fev. 2005. Disponível no site: <<http://www.worldbank.org>>. Acesso em: 20 mai. 2007.

LESSIG, Lawrence. *Cultura livre: como a grande mídia usa a tecnologia e a lei para bloquear a cultura e controlar a criatividade*. São Paulo: Trama, 2005.

MALKAWI, Bashar H. The Intellectual Property Provisions of the United States-Jordan Free Trade Agreement: Template or Not Template . *Jornal of World Intellectual Property*. v. 9 (2) 2006. p. 213-229. Disponível em: <<http://www.blackwell-synergy.com>>. Acesso em: 25 jun. 2007.

PUGATCH, Meir Perez. *Intellectual Property, Data Exclusivity, Innovation and Market Access*, 16 out. 2004. Disponível no site: <<http://www.iprsonline.org>>. Acesso em: 20 mai. 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introducción a uma ciencia posmoderna*. Caracas: CIPOST, 1996.

TACHINARDI, Maria Helena. *A Guerra das Patentes: O conflito Brasil x EUA sobre propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

WACHOWICZ, Marcos. A Revolução Tecnológica da Informação – Os Valores Éticos para uma Efetiva Tutela Jurídica dos Bens Intelectuais. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WACHOWICZ (Org.). *Propriedade Intelectual: Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 39-83.

A PROPRIEDADE INDUSTRIAL E OS DIREITOS AUTORAIS: AGREGANDO DISTINTOS REGIMES DE PROTEÇÃO

Michele Copetti⁷³²

SUMÁRIO. Introdução. 1. A diferença de proteção da propriedade industrial e do direito autoral. a) os desenhos industriais. b) As marcas. c) Os direitos autorais e os programas de computador. 1.1. Dos requisitos impostos para o registro e proteção. 1.2. Os direitos autorais e o desenho industrial. 1.3. Os títulos protegidos pelos direitos autorais e sua cumulação com a proteção pelo direito de marcas. Considerações finais. Referências.

RESUMO: Este artigo aborda a possibilidade de agregar a proteção das obras protegidas pelos direitos autorais e pelo desenho industrial, assim como a proteção dos direitos autorais e do direito de marcas. Aborda-se a diferença de proteção conferida pela propriedade industrial e pelo direito autoral apontando-se os conceitos de desenho industrial, marcas e direitos autorais, os requisitos impostos pelas leis para o registro e proteção segundo o objeto, distinguindo-os para o melhor entendimento das diferentes formas de proteção.

PALAVRAS CHAVES: DESENHO INDUSTRIAL; MARCAS; DIREITOS AUTORAIS; CUMULAÇÃO; PROTEÇÃO.

ABSTRACT: This article discusses the possibility of aggregating the protection afforded to original work by copyright law with that offered by registering industrial drawings and of aggregating the protection guaranteed for titles in copyright law with that offered by trademark legislation. The paper deals with the differences in the protection offered by the industrial property and copyright law frameworks, indicating the concepts underlying industrial drawing, trademarks and copyright, the legal requirements for registration and

⁷³² Advogada, especialista em Direito e Gestão de Empresas pela Fundação Boiteux / UFSC, mestre em Relações Internacionais/UFSC, pesquisadora *ad hoc* do Departamento de Propriedade Intelectual da UFSC e doutoranda do Programa de Doutorado “Derecho, Empresa y Justicia” da Universidade de Valencia, Espanha. E-mail: michelecopetti@hotmail.com.

protection, depending on the subject of protection, making distinctions between them in order to indicate their differences and improve understanding of the aggregation of copyright and industrial property rights.

KEYWORDS: INDUSTRIAL DRAWING; TRADEMARKS; COPYRIGHT LAW; AGGREGATION; PROTECTION.

INTRODUÇÃO

As produções do intelecto, nos domínios industrial, científico, literário e/ou artístico são objetos protegidos pelos direitos de propriedade intelectual.

No Brasil, os direitos de propriedade intelectual passaram a ser objeto de regulamentação a partir de 1809, com a expedição de um Alvará que regulava a concessão de privilégios aos inventores. A partir desta data a legislação brasileira sofreu muitas evoluções e modificações ao longo deste tempo, sempre, de forma paralela aos compromissos assumidos, no âmbito internacional, e em conformidade com o estágio evolutivo do desenvolvimento econômico interno.

A propriedade industrial e os direitos autorais possuem diferentes marcos legais, por isso entendê-los é fundamental para proteger as criações técnicas e as intelectuais de forma correta, e, principalmente estratégica.

O crescente interesse pela propriedade intelectual por parte das empresas deriva essencialmente das vantagens econômicas auferidas. Um dos desafios para o direito autoral no século XXI é corresponder aos interesses das empresas, titulares de direito, sem, no entanto lhes conceder uma exclusividade excessiva de modo a restringir a liberdade de comércio. Muitas são as restrições impostas pelas leis, sendo imprescindível analisar os interesses dos titulares de forma a lhes garantir uma tutela jurídica mais eficaz, porém equilibrada.

Com a finalidade de entender as proteções conferidas às diferentes formas do mesmo objeto (criação artística e a criação técnica) este artigo aponta a diferença entre os institutos, conceituando o desenho industrial, as marcas e os direitos autorais e os requisitos para registro e proteção. Recordando-se que a Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996 regula a concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade, a concessão de registro de desenho industrial, a concessão de registro de marca, a repressão às falsas indicações geográficas e a repressão à concorrência desleal; a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998,

consolida a legislação sobre direitos autorais e a Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998 regula a proteção da propriedade intelectual de programa de computador.

Com base nestas considerações, o presente artigo contempla a proteção das marcas, do desenho industrial e dos direitos autorais e os pontos de intersecção e a possibilidade de cumulação da proteção conferida pelo direito industrial e pelo direito autoral.

1. A DIFERENÇA DE PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL E DO DIREITO AUTRAL

A principal diferença entre a proteção conferida pela propriedade industrial e pelos direitos autorais é que esta última independe de registro. A proteção conferida pelo direito autoral independente de registro, sendo facultativo, ao contrário da propriedade industrial, em que a lei exige o registro sendo constitutivo de direito.

A proteção do direito de autor se origina com a criação da obra a ser protegida, isso significa que mediante a criação intelectual do autor ele exterioriza uma obra, a expressa por qualquer meio ou fixada em qualquer suporte, tangível ou intangível. Deste conceito tem-se que nem o pensamento tampouco a obra em si são protegidos, pois o que o direito protege é a expressão da idéia e a proteção nasce com a criação.

Dispõe a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 em seu artigo 18 que “a proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro.” No mesmo sentido que a Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, dispõe em seu artigo 2º, § 3º que a “proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro”.

De forma diversa dispõe a Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Esta lei estabelece que para os desenhos industriais a propriedade “adquire-se pelo registro validamente concedido”, nos termos do artigo 109 para os desenhos industriais e para as marcas estabelece no artigo 129 que a propriedade adquire-se pelo registro validamente expedido, assegurando ao titular o uso exclusivo em todo o território nacional.

a) Os desenhos industriais

No Brasil, o registro dos desenhos industriais teve como marco regulatório o Decreto nº 24.507 de 29 de junho de 1934. Até a promulgação deste decreto, os desenhos industriais não eram objeto de proteção, embora o Decreto nº 1.606, de 29 de dezembro de 1906 tenha criado a Secretaria de Estado com a denominação de Ministério dos Negócios da Agricultura, Indústria e Comércio e a tenha designado como competente para o estudo e despacho de todos

os assuntos relativos às “patentes de invenção, desenhos e modelos industriaes, marcas de fabrica e de commercio” (artigo 2,c) não havia uma legislação que os regulasse.

Os desenhos da época, considerados obras artísticas poderiam ser protegidos pelas disposições do direito autoral, nos termos do Código Civil vigente na época, ou então, registrados como marca.

Em 1899 encontram-se registros de marcas que preenchiam parcialmente os requisitos, hoje conhecidos, para a registrabilidade como desenho industrial. Ou ainda, os requisitos para registro de marca tridimensional, conforme o registro nº 490 de 1899, do Tomo 9, Livro de marcas registradas da Junta Comercial de Porto Alegre, Figura 1.

A marca Viborina (Figura 1) foi apresentada para registro, no órgão competente, com uma breve descrição das características essenciais que configuravam a marca, isto é, os desenhos da figura em vista frontal, lateral, superior, inferior e em perspectiva. (JUNTA COMERCIAL. Tomo 9, Ano 1899)



Figura 1 – Marca Viborina

Fonte: Livro de marcas registradas

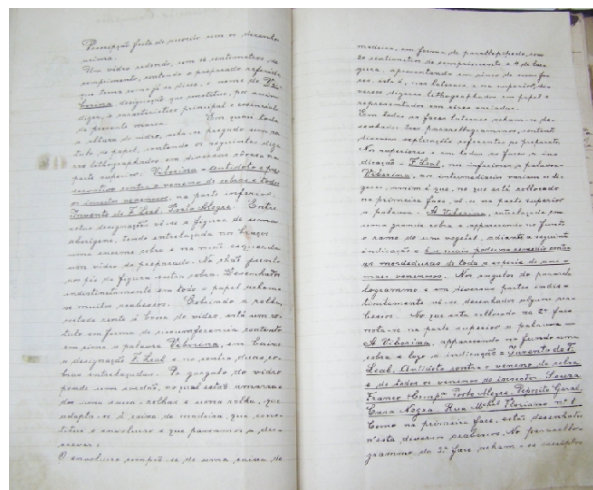


Figura 2 - Descrição da marca Viborina

Fonte: Livro de marcas registradas

Até a promulgação da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996 o desenho industrial foi objeto de proteção pelas patentes. Por esta Lei, o desenho industrial é “a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial”, excluem-se da proteção as obras puramente artísticas e aqueles que representem a forma “necessária comum ou vulgar do objeto ou,

ainda, aquela determinada essencialmente por considerações técnicas ou funcionais” nos termos do artigo 95, 98 e 100, II.

A novidade do desenho industrial impõe que este não esteja compreendido no estado da técnica (artigo 96), isto é, tudo aquilo que, antes da data do depósito, no Brasil ou no exterior, já tenha se tornado acessível ao público pelo uso ou qualquer outro meio.

A originalidade do desenho industrial resulta de uma configuração visual distintiva, em relação aos objetos anteriores, ainda que a originalidade seja decorrente de uma combinação de elementos já conhecidos, nos termos do artigo 97, da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996.

Da definição legal tem-se que os requisitos para a registrabilidade do desenho industrial são a novidade, a originalidade, a ornamentação e a aplicação industrial.

O direito de requerer o registro de desenho industrial surge com o ato de criação deste, porém, diferentemente do direito autoral, não é partir desta criação que surge a proteção, mas a partir do depósito. (ZIBETTI, 2008)

O prazo de proteção conferida ao desenho industrial é de 10 (dez) anos contados da data do depósito, prorrogável por 3 (três) períodos sucessivos de 5 (cinco) anos cada, nos termos do artigo 108, da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996.

b) As marcas

A primeira lei brasileira que tratou da proteção das marcas data de 1875, quarenta e cinco anos após a primeira lei sobre privilégios de invenção (Decreto nº 2.682, de 23 de outubro de 1875). Surgiu a partir de um grande conflito na Bahia, em que Rui Barbosa foi advogado do autor da demanda, Meuron & Cia., contra Moreira & Cia., no caso Rapé Areia Preta e Rapé Areia Parda. Após a edição desta lei outras onze leis foram promulgadas. No período do império foram editadas três leis sobre a proteção das marcas, enquanto na República foram oito leis.

Atualmente a proteção das marcas é regulada pela Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Segundo esta Lei, artigo 122, marca “é todo sinal distintivo, visualmente perceptível”, que identifica e distingue produtos e serviços de outros análogos, de procedência diversa, bem como certifica a conformidade dos mesmos com determinadas normas ou especificações técnicas, obtendo seu titular o direito de uso exclusivo em todo território nacional, dentro de sua atividade. Portanto, são registráveis como marcas os sinais distintivos e visualmente perceptíveis quando não compreendidos nas proibições legais dispostas no artigo 124, da referida lei.

A marca é o sinal que permite ao consumidor a identificação da origem do produto ou do serviço. Ela integra um amplo sistema de sinais que aproximam o consumidor do produtor e/ou comerciante, bem como do prestador de serviços no mercado, cada vez mais competitivo e sem barreiras.

Pela Lei brasileira, não se admite o registro de sinais que não sejam visualmente perceptíveis. Além deste requisito, o artigo 122, da Lei nº 9.279/1996, exige que os sinais sejam distintivos e não compreendidos nas proibições legais, contidas nos vinte e três incisos do artigo 124 da Lei nº 9.279/1996. Para que um sinal seja tido como marca é indispensável que exerça a função de diferenciar um produto de outro, idêntico ou semelhante ou afim com o objetivo de evitar a confusão ou associação com as marcas anteriores.

Ao solicitar o registro no Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) as marcas são categorizadas, segundo seu uso, em marcas de produto ou serviço, coletivas e de certificação. As marcas de produto ou serviço são utilizadas para diferenciá-los de outros idênticos, semelhantes ou afins, utilizados por terceiro, assegurando, portanto, a distinção da procedência e/ou origem empresarial (artigo 123, I, Lei nº 9.279/1996). A marca coletiva identifica produtos ou serviços provindos de membros de uma determinada entidade (artigo 123, III, Lei nº 9.279/1996). Estas marcas indicam que um produto ou serviço provém de determinada origem ou que é prestado por uma pessoa membro da coletividade (Associação, Cooperativa). As marcas de certificação são usadas para atestar a conformidade de um produto ou serviço a determinadas normas ou especificações técnicas, principalmente quanto à qualidade, natureza, material utilizado e metodologia empregada. Assim, a marca de certificação é um meio de informar o público de que o objeto distinguido se conforma a normas ou padrões específicos, nos termos do artigo 123, II, da Lei nº 9.279/1996.

O prazo de proteção conferida às marcas é de 10 (dez) anos contados da data da concessão, prorrogável por iguais e sucessivos períodos, nos termos do artigo 133, da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996.

c) Os direitos autorais e os programas de computador

A primeira Lei Autoral brasileira é de 1898, a Lei 496 de 1º de agosto de 1898 e diferentemente de hoje, exigia-se o registro para que o autor pudesse gozar da proteção da lei, nos termos do artigo 13, sendo competente para o registro a Biblioteca Nacional. Somente com a publicação do Código Civil de 1917 a exigência do registro desapareceu do direito brasileiro (artigo 673).

Os direitos autorais, hoje regulados pela Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998,

artigo 7, protegem as obras intelectuais enquanto “criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”. Este artigo elenca um rol, não taxativo das obras protegidas, como por exemplo, os textos de obras literárias, artísticas ou científicas, as obras dramáticas e dramático-musicais; as obras coreográficas e pantomímicas, as composições musicais, com ou sem letra, as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas, as obras fotográficas, as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética; os programas de computador, entre outras.

Nos termos do artigo 18 a proteção aos direitos de que trata a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 independem de registro e os “direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil”, nos termos do artigo 41.

Nos termos do artigo 1º, da Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, o programa de computador é “a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.”

É importante destacar que o software abrange, além do programa de computador em si, a descrição detalhada do programa, as instruções de uso, a documentação escrita e o material de apoio relacionados a este.

A proteção conferida aos programas de computador, igualmente independem de registro e assegura proteção pelo prazo de cinquenta anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da sua publicação ou, na ausência desta, da sua criação, nos termos do artigo 2, § 2º, da Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998.

A proteção pelo direito autoral confere exclusividade de uso ao autor, porém, é imprescindível que exista a exteriorização da obra pelo autor, pois o que o direito autoral protege é a expressão da idéia e não a idéia em si. Dessa forma, a obra, no entender de Oliveira Ascensão é uma “criação intelectual exteriorizada.” (OLIVEIRA ASCENSÃO, 2007, p. 30)

1.1 DOS REQUISITOS IMPOSTOS PARA O REGISTRO E PROTEÇÃO

Os requisitos impostos para a registrabilidade do desenho industrial são a novidade, a originalidade, a ornamentação e a aplicação industrial.

A ornamentação exige do desenho industrial a forma plástica de um objeto ou a combinação de linhas e cores aplicada a este. Alia-se ao aspecto estético e visual que imprime ao objeto um equilíbrio pela sua composição simétrica, o que não pode ser confundido com o cunho artístico de um objeto. No desenho industrial estes aspectos buscam a funcionalidade, enquanto a obra artística pode ser estética e visualmente bela, porém sem ser funcional.

Dessa forma, a obra de arte é caracterizada pela liberdade do artista e independe de sua utilidade, “enquanto os produtos das artes industriais se sujeitam a fins determinados e visam à utilidade, embora preocupando-se com o lado artístico da produção.” (CERQUEIRA, 1982, Vol.I. p. 651.)

Por outro lado, a aplicação industrial, exigida das patentes e dos desenhos industriais é definida no artigo 15, da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, isto é, “são considerados suscetíveis de aplicação industrial quando possam ser utilizados ou produzidos em qualquer tipo de indústria.”

Para as marcas impõem-se como requisitos para o registro a novidade, a distintividade, a veracidade e licitude.

Para a proteção conferida às obras intelectuais, artísticas e científicas, assim como para os programas de computador, que independem de registro, igualmente impõem que a obra seja original.

Portanto, os requisitos da novidade são exigidos para o registro das marcas e dos desenhos industriais, assim como para a proteção dos desenhos e dos direitos autorais impõem-se a originalidade. Estes requisitos não podem ser confundidos, pois guardam especificidades em relação nas análises dos objetos protegidos.

A novidade imposta aos desenhos industriais é absoluta, avaliada no Brasil e no exterior, diferentemente das marcas, em que o requisito da novidade é relativo. O requisito da originalidade, presente nos desenhos industriais, não pode ser confundido com o da distintividade exigido no direito das marcas, isso porque a originalidade do desenho é analisada em relação aos objetos existentes, enquanto que a distintividade das marcas é analisada em relação aos produtos ou serviços, agrupados segundo a Classificação Internacional de Produtos e Serviços, permitindo-se registros para classes que não guardem afinidade entre si e, portanto, não suscetíveis de causar confusão ou associação ao consumidor.

A originalidade do desenho industrial e dos direitos autorais é avaliada de forma diferente, pois a originalidade no desenho é considerada em relação aos objetos anteriores, de forma objetiva, enquanto, no direito autoral, a avaliação ocorre de forma mais subjetiva, sendo fundamental que a originalidade esteja atrelada a forma de expressão imprimida à obra.

Neste sentido a originalidade objetiva está próxima a novidade, requisito, por exemplo, do direito das marcas. Oliveira Ascensão (2007, p. 62 e ss.) ao explicar a originalidade no direito autoral utiliza a idéia de novidade indo ao encontro da lógica de Gama Cerqueira ao explicar a distintividade das marcas, de onde o requisito da novidade é derivado.

Dessa forma estar-se-ia frente a dois enfoques, o subjetivo e o objetivo. Nos direitos autorais a novidade subjetiva impõe implicitamente a exigência de individualidade, conseqüentemente “que o contributo do espírito fique impresso na obra criada. Nisto consiste a originalidade.” No enfoque objetivo estar-se-ia avaliando a obra em relação às anteriores. (OLIVEIRA ASCENÇÃO, 2007, p. 62 e ss.)

Para Hammes (1988, p.15-16) existe novidade subjetiva, “quando a obra não constitui imitação de uma configuração preexistente.” Explica que “a obra, que ainda não foi publicada por ninguém, é objetivamente nova. Original é a obra que apresenta traços individuais.”

As marcas, subjetivamente, devem ser distintas em si mesmas, enquanto que, objetivamente, deve ser diferente dos demais em uso. Por isso, este último enfoque aparece intimamente ligado ao requisito da novidade. O requisito da novidade da marca é relativo, bastando que não seja utilizada para assinalar produtos ou serviços idênticos, semelhantes ou afins. Por isso, diz-se que a marca deve ser especial, isto é, aplicar-se a certo produto ou classe de produtos ou serviços, conforme observa Gama Cerqueira. A novidade da marca resulta de sua especialização, concluindo-se que a marca não precisa ser nova em si, tão pouco inédita ou original. (CERQUEIRA, 1982, Vol.II. p. 777-778.)

1.2 OS DIREITOS AUTORAIS E O DESENHO INDUSTRIAL

A proteção do desenho industrial dispostas nos tratados internacionais não é taxativa sobre a forma como estes devem ser protegidos pela legislação nacional. A Convenção da

União de Paris (CUP) deixa a critério das legislações nacionais a forma de proteção, nos termos do artigo 5, a Convenção de Berna igualmente deixa a critério dos países podendo ser protegido como obras artísticas quando inexistir um regime especial (artigo 2.7). O Acordo TRIPS segue na mesma linha que a Convenção de Berna, facultando a proteção pelo desenho industrial ou pelo direito autoral (artigo 26.2).

No Brasil, o desenho industrial é objeto de proteção pela Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, que estabelece os requisitos da novidade, originalidade, ornamentação e aplicação industrial. Conforme apontado, o requisito da originalidade e da novidade é exigido para a proteção das obras artísticas. Dessa forma, se garante proteção para obras diferentes, pois enquanto uma protege a criação intelectual exterioriza pelo desenho a outra protege a criação técnica suscetível de aplicação industrial.

Analisando o requisito da originalidade, Moro expõe que se deve considerar se a “originalidade deveria ser avaliada da mesma para todos os tipos de obras existentes.” Não resta dúvida que a análise deve ocorrer frente ao caso concreto. Ao se analisar a obras de arte aplicada a análise da originalidade é crucial, pois a existe a “dificuldade de aferi-la subjetivamente” conduzindo para uma análise objetiva, tal como ocorre no desenho industrial. (MORO, 2007, p. 318)

Gama Cerqueira explica que as artes aplicadas, artes industriais e decorativas “são expressões mais ou menos equivalentes, que se aplicam a certos ramos industriais, cujas produções se inspiram em motivos estéticos ou artísticos, como a arquitetura, a decoração, o mobiliário, a cerâmica, a fundição (...).”As obras de arte aplicada possuem uma fronteira muito sensível entre a arte e a indústria, por isso Gama Cerqueira esclarece que a arte aplicada tem por objeto “a produção artística de objetos industriais, e não a produção industrial de objetos de arte.” Explica ainda que não é a arte que se industrializa, mas o contrário, pois é a indústria que se reveste de arte, pois isso o correto seria utilizar aplicações da arte à indústria e não o termo arte aplicada. (CERQUEIRA, 1982, Vol.I. p. 650 e 659.)

Ainda que a obra possa ser suscetível de fabricação industrial não retira desta sua qualidade enquanto obra autoral. A revogada Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, havia disposto em seu artigo 6, XI, que eram obras intelectuais as criações do espírito, de qualquer modo exteriorizadas, tais como “as obras de arte aplicada, desde que seu valor artístico possa dissociar-se do caráter industrial do objeto a que estiverem sobrepostas.”

A atual lei embora tenha omitido este inciso, aponta um rol, exemplificativo de obras intelectuais protegidas, o que, conforme Moro, “não retira sua habilitação à proteção autoral.” Por outro lado, a dualidade de proteção encontra uma limitação, na medida em que, não seria

possível outorgar a proteção pelos direitos autorais àquelas obras em que a forma seja imposta pela função do objeto, isso porque, estar-se-ia contradizendo as características do direito autoral, isto é, a liberdade de forma e a criatividade. (MORO, 2007, p. 319-320)

É inquestionável que o desenho, em alguns casos, pode assumir as “características que o tornam protegidos como obras artísticas, constituindo-se os direitos autorais desde o ato de criação”. Porém, para ser protegido como desenho industrial é imprescindível o registro. (ZIBETTI, 2008)

Note-se que são poucas as menções em uma ou outra lei que vedam expressamente a dualidade de proteção. A Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, em seu artigo 98 e 100 vedam, expressamente, da proteção pelo desenho industrial, as obras puramente artísticas e aqueles que representem a forma “necessária comum ou vulgar do objeto ou, ainda, aquela determinada essencialmente por considerações técnicas ou funcionais.”

Da mesma forma que veda o registro como marca, em seu artigo 124, XXI e XXII, da forma “necessária, comum ou vulgar do produto ou de acondicionamento, ou, ainda, aquela que não possa ser dissociada de efeito técnico” e o “objeto que estiver protegido por registro de desenho industrial de terceiro”.

Os desenhos industriais se destinam ao comércio e garantem um privilégio de fabricação e venda, impondo restrições a liberdade de comércio e indústria, no entender de Gama Cerqueira. (CERQUEIRA, 1982, Vol.I. p. 654.) Por outro lado, as obras de arte não são criadas para serem multiplicadas e sua proteção não impõe restrições à liberdade de comércio e indústria, interessando ao criador o respeito ao seu direito moral e a possibilidade de proibir a reprodução e exploração da obra por terceiros. Ademais, as sanções impostas aos terceiros que violam o direito do titular do desenho industrial e do titular do direito autoral são diversas. Daí que resulta que, aos interesses do comércio e da indústria proteger um objeto pelo direito autoral é pouco útil, senão ineficaz.

Para se concluir pela proteção do desenho industrial e do direito autoral ou não “é preciso determinar previamente se a forma do objeto é ou não separável do efeito técnico produzido. Se a forma for separável do efeito técnico produzido pelo objeto, entre sua forma e a regra técnica plasmada no objeto existirá tão-só uma mera união externa”. (SILVEIRA, 2008)

As jóias, por exemplo, podem ter sua forma ornamental tridimensional protegida como desenho industrial e como marca, ou ainda, o próprio desenho protegido pelo direito autoral. Note-se que se garante proteção para criações diferentes, pois enquanto uma protege a

criação intelectual exterioriza pelo desenho a outra protege a criação técnica suscetível de aplicação industrial.

Ademais, os requisitos para o registro do desenho industrial e para a proteção pelo direito autoral são diferentes e a cumulação apenas será viável quando se preencherem os requisitos para um e outro. Diferem, igualmente os prazos de proteção, pois enquanto o desenho industrial pode ser protegido por até 25 anos contados da data de depósito, o direito autoral confere proteção aos direitos patrimoniais do autor por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento.

Os titulares devem atentar ao requisito da novidade. O depósito do pedido de registro deve ser feito antes de qualquer divulgação da obra ou, no máximo, em 180 dias contados da divulgação para que não percam a novidade. Desrespeitando-se este prazo, a publicação que garante a proteção pelo direito autoral prejudicará o requisito de novidade para a proteção do desenho industrial.

Resta claro a possibilidade de proteger a criação intelectual exterioriza pelo desenho pelo direito autoral e a proteção da criação técnica suscetível de aplicação industrial por meio do desenho industrial. Cabe ao titular do direito a decisão, sob o ponto de vista estratégico, de uma das proteções almejadas ou ambas, isso porque os interesses protegidos são diversos. Por fim, embora haja vedações impostas pela lei a obra que preenche o requisito de aplicação industrial, imprescindível no registro do desenho industrial, pode ser protegida pelo direito autoral quando constitui-se em criação artística. Excluem-se da proteção pelo desenho industrial apenas as obras puramente artísticas.

1.3 OS TÍTULOS PROTEGIDOS PELOS DIREITOS AUTORAIS E SUA CUMULAÇÃO COM A PROTEÇÃO PELO DIREITO DE MARCAS

A proteção do título pode referir-se a obra em si ou a ele próprio como designativo desta, ou ainda, tornar-se marca por meio do registro no órgão competente. A proteção pelo direito autoral é disciplinada pela Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que consolida a legislação sobre direitos autorais, pela Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998 que regula a proteção da propriedade intelectual de programa de computador e a proteção como marca disciplinada pela Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996.

Recaem sobre o título propriamente dito dois possíveis vínculos jurídicos, ou seja, a proteção autoral e/ou a proteção pelo direito das marcas.

A proteção autoral da obra é extensiva ao título, nos termos do artigo 10, da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. O título, como parte da obra igualmente é protegido quando original e inconfundível com o de obra do mesmo gênero, não sendo objeto de proteção os nomes e títulos isolados, nos termos do artigo 8, VI.

A originalidade disposta neste artigo não pode ser confundida com a originalidade exigida para os desenhos industriais. Estes requisitos guardam especificidades em relação aos objetos protegidos, conforme explicado anteriormente.

Para Oliveira Ascensão a originalidade do artigo 10 “significa simplesmente a não banalidade. O título é protegido desde que traga algo de novo.” (OLIVEIRA ASCENSÃO, 1997, p. 527)

A pergunta é se o título pode ser protegido de forma autônoma. Para isso, deve-se considerar que os títulos dividem-se em três categorias, “os que são protegidos como obras; os que não são protegidos e os que são protegidos como títulos.” (OLIVEIRA ASCENSÃO, 1997, p. 526-527)

Sabe-se que para a proteção de uma obra exige-se que esta seja uma criação intelectual, porém, em contrapartida os títulos, em sua maioria, quando tomados de forma isolada não correspondem a uma criação intelectual. Porém, quando ocorre uma verdadeira criação intelectual, no entendimento de Oliveira Ascensão trata-se de “pequeninas obras”, merecendo, portanto, a proteção autônoma pelo direito autoral. (OLIVEIRA ASCENSÃO, 1997, p. 527)

Por outro lado, aqueles que não se constituem em verdadeiras obras, mas que não são banais ou genéricos estão protegidos nos termos do mencionado artigo 10. Oliveira Ascensão (1997, p. 528) esclarece que esta proteção não admite que o título surja como elemento separado da obra, não sendo autonomamente protegido, inclusive vedando a transmissão deste, de forma isolada da obra.

O outro requisito disposto no artigo 10 é a não confundibilidade com outras obras do mesmo gênero. A originalidade é avaliada em relação à forma de expressão imprimida à obra, caracterizando o título em si, enquanto que a confundibilidade o caracteriza em relação aos anteriores, do mesmo gênero.

A vedação possui como marco a divulgação da obra anterior. Note-se que o artigo menciona confundível com obra anterior do mesmo gênero, portanto, permite a utilização em obra musical ou pintura ou ainda, em um romance. Dessa forma, fica confirmado que ao título não se impõe a exigência de criação intelectual, própria da obra. A análise da

confundibilidade considera a identidade e semelhança dos títulos, não considerando apenas abstratamente os gêneros, mas a possibilidade de confundir o consumidor médio.

O título gozará da mesma proteção concedida à obra, com exceção aos títulos de periódicos. Estes gozam da proteção disposta no artigo 10, parágrafo único que determina que os títulos de “publicações periódicas, inclusive jornais, é protegido até um ano após a saída do seu último número, salvo se forem anuais, caso em que esse prazo se elevará a dois anos.” (Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998) Vale mencionar que os títulos de periódicos devem cumprir a exigência do artigo 8, I, da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 196). Isso significa que deve ser registrado no Registro Civil de Pessoas jurídicas, de forma a assegurar a regularidade da publicação. Afora o registro no Cartório, deve-se considerar que a simples publicação implica em proteção pelas regras dos direitos autorais.

Para a proteção pelo direito das marcas deve considerar o inciso XVII, do artigo 124, da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Neste inciso, verifica-se a proibição de registro de “obra literária, artística ou científica, assim como os títulos que estejam protegidos pelo direito autoral e sejam suscetíveis de causar confusão ou associação, salvo com consentimento do autor ou titular”. O termo título referido neste artigo pode ser entendido na acepção da obra como um todo ou o título isoladamente considerado.

Esta proibição está pensada para se evitar o aproveitamento indevido, por terceiro, de obra protegida pelo direito autoral. Diferentemente, por exemplo, da Lei espanhola (Lei nº 17/2001) o dispositivo da Lei brasileira exige o consentimento do titular quando o registro não é feito por este.

A análise desta proibição relativa por parte do órgão competente é complicada, na medida em que não se exige para a proteção dos direitos autorais o registro. Dessa forma, a não ser que se tente registrar como marca títulos de obras conhecidas, ou ainda, nomes de personagens ou desenhos conhecidos, o órgão declinará pelo deferimento, inexistindo oposição por parte do legítimo titular ou restando insuficiente a prova de criação.

A vedação do inciso XVII, do artigo 124 da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996 é relativa, pois admite o registro desde que com o consentimento do titular e que não seja suscetível de confusão ou associação ao consumidor. Tendo esclarecida a acepção do termo título contida neste inciso, importa abordar a registrabilidade deste enquanto marca. Um título, mesmo que esteja protegido pelos direitos autorais pode ser protegido pela propriedade industrial, desde que não seja suscetível de causar confusão ou associação.

A tentativa de aproveitamento indevido é banida, conforme se verifica em alguns julgados. Na Apelação Cível nº 89.02.01986-1 que visava à anulação dos registros nºs

760025479 (marca *Popeie*, classes 33.10 e 33.20) e 811236781 (marca *Popeye*, classes 33.10 e 33.20) concedidas a Bela Vista S/A-Produtos Alimentícios entendeu-se que “inexiste controvérsia quanto ao caráter artístico da obra protagonizada pela personagem “POPEYE”, cujo nome também constitui o seu título, inicialmente desenvolvida sob a forma escrita e posteriormente adaptada à televisão.” (TRF2, Apelação Cível nº 89.02.01986-1)

Neste sentido, os registros foram anulados, considerando-se a proibição legal, destacando-se no acórdão que “o objetivo da norma não era meramente proteger o detentor dos direitos autorais, mas também coibir a concorrência desleal, evitando que o interessado em determinado registro se aproveitasse do esforço alheio, utilizando-se, em seus produtos, de expressão artística oriunda da criatividade de outrem, podendo causar, inclusive, confusão no público consumidor [...]” (TRF2, Apelação Cível nº 89.02.01986-1)

Nas obras protegidas pelos direitos autorais estão os programas de computador (artigo 7º, XII, da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998), porém sua proteção é objeto de lei específica, a Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, aplicáveis no que couber as disposições da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.

Na proteção conferida ao registro do programa de computador destaca-se a proteção para o título deste, estando condicionada à que este seja "original e inconfundível com obra, do mesmo gênero, divulgada anteriormente por outro autor", nos termos do artigo 10, § único, Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.

Dessa forma, a proteção ao título comercial do programa de computador é obtida concomitantemente com a providência relativa ao registro, bastando para tanto que aquele seja informado como título do programa no ato da apresentação do pedido. Esta é mais uma característica positiva do registro, de forma que com o registro estarão sendo protegidos o programa e o seu nome comercial, desde que, o título do programa não seja descritivo e nem evocativo da função executada.

Ao depositar o programa de computador, deve-se ter em mente que as expressões designativas das funções executadas pelos programas necessariamente não aportam nenhuma originalidade, sendo simplesmente banais, pois são descritivas e evocativas. Tais expressões não devem ser utilizadas como título porque não atenderão ao requisito legal e afastarão a proteção pelo direito autoral. Por outro lado, na tentativa de registro como marca, igualmente irão recair nas proibições contidas no artigo 124, da Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996.

Embora exista a prerrogativa de proteção concomitante do produto e do título comercial esta não exclui a proteção do título também como marca. Aliás, muitos programas

de computador conhecidos, como por exemplo, o *CorelDraw* (registro nº 822306018) possui registro de marca para a classe 09 (NCL (08) 09).

A *Adobe Systems Incorporated* possui registros no INPI das marcas *Adode*, identificando marca de produto, NCL (7) 09 (registro nº 813921643) e NCL (7) 16, (registro nº 813921635), *Adobe Illustrator* marca de produto, NCL (8) 09 (registro nº 813590272) e para a classe 16:30, para “manuais para uso com programas de computador “(registro nº 813590264), *Abobe Premiere*, marca de serviço, NCL (9) 40 (registro nº 816942978) e *A Abode*, marca de serviço, classe NCL (9) 40 (registro nº 817249150), etc. (INPI, 2008)

A *Microsoft Corporation* por sua vez possui registro do conhecido *Microsoft Office 2000*, registrado como produto na classe NCL (7) 09 (registro nº 821325698, INPI, 2008), para a Windows a Microsoft possui registros [816619271](#) (classe 09:40-55-80), [816619255](#) (classe NCL(8) 41), [816619263](#) (classe 16 : 20 – 30), [200050133](#) (NCL(8) 35), [822800756](#) (NCL(7) 35) e [822800748](#) (NCL(7) 41). (INPI, 2008)

Como se pode observar nada obsta que um título, originariamente protegido pelos direitos autorais, possa igualmente, ser protegido como marca, desde que, igualmente preencham os requisitos de disponibilidade, novidade, ainda que relativa, etc., conforme já fora apontado e que não sejam suscetíveis de causar confusão ou associação para o consumidor.

Somente a *Adobe Systems Incorporated* possui no INPI brasileiro 28 registros e/ou pedidos de marcas identificando produtos da classe 09. Por outro lado, existem 138 processos que contemplam o termo *windows* ou *for windows*. Deste número, excluindo-se os registros e/ou depósitos da *Microsoft Corporation*, apenas o 821393294 (*Window Side Street Wear*, classe 25), 823799514 (*Windows* , classe 03), 824361423 (*New Way Pvc Windows*, classe 19) não estão *sub-judice*, extintos ou sobrestados. Isso porque, muitos depósitos utilizam, indevidamente, o termo “for windows” na composição da marca. Este é o caso dos depósitos *Finance para Windows* (depósito nº 817205322), *Clinic Manager for Windows* (depósito nº 817768920), entre outros.

Este é o caso da Apelação em Mandado de Segurança nº 2000.02.01.047427-0/RJ. A *Microsoft Corporation* teve sua segurança concedida, anulando-se os registros de nºs 817769030 e 818020245, relativos às marcas *Business para Windows* e *Finance para Windows*, destinadas a assinalar serviços de análise e processamento de dados. Alegou a *Microsoft Corporation* que o INPI, ao conceder a marca a terceiro, infringiu o artigo 6º bis da CUP, e os artigos 124, incisos X, XIX, XXIII, 126 e 129 da LPI. Ao final, a Primeira Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, negou

provimento a Apelação do Réu. (TRF2, Apelação em Mandado de Segurança nº 2000.02.01.047427-0/RJ)

Em se tratando de tecnologias da informação e comunicação, não existem dúvidas de seu papel estratégico no mercado. A imaterialidade que caracteriza os programas de computador e a facilidade de disseminação nos ambientes virtuais, aliada a dificuldade de controle, facilita a pirataria e dificulta a prova de autoria. É fundamental que as empresas brasileiras se utilizem convenientemente do aparato legal existente. Assim, a empresa que tiver interesse em registrar o título comercial de seu programa de computador ou da obra por ele criada como marca, pode fazê-lo, enquadrando-o na respectiva classe, garantindo-se assim, uma maior proteção ao seu produto e/ou serviço, protegendo o sinal que o diferencie dos demais existentes no mercado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisada a possibilidade de agregar a proteção das obras pelos direitos autorais e pelo desenho industrial, assim como a proteção dos títulos protegidos pelos direitos autorais e sua proteção pelo direito de marcas, conclui-se que, embora as leis imponham algumas restrições não vedam expressamente a possibilidade.

Embora haja vedações impostas pela lei, estas não proíbem de todo, desde que a obra quando protegida pelo desenho industrial preencha os requisitos imprescindíveis para o registro. Excluem-se da proteção pelo desenho industrial, apenas as puramente artísticas.

O desenvolvimento e o sucesso das empresas estão diretamente relacionados a uma série de fatores, principalmente à capacidade de ser identificada, de projetar e de explorar os ativos intangíveis por ela criados.

É notória a importância da propriedade intelectual como instituição necessária para dar proteção e facilitar a valorização econômica dos ativos intangíveis, auxiliando no desenvolvimento e sucesso das empresas. No mundo sem fronteiras físicas é imperiosa que as empresas busquem mecanismos para garantir a exclusividade de circulação de seus produtos e serviços, protegendo-os de seus concorrentes.

Criar uma cultura de proteção jurídica dos bens intangíveis gerados na empresa é tarefa constante e sempre projetada para o futuro, cabendo ao titular do direito a decisão sobre a cumulatividade de proteção, decidindo sob o ponto de vista estratégico, acerca de uma das proteções almejada ou ambas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 9.279 de 14 de maio 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Com alterações estabelecidas pela Lei n.10.196, de 14 de fevereiro de 2001. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 jan. 2008.

BRASIL. Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 fev. 2008.

BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 fev. 2008.

BRASIL. *Parecer jurídico DNRC/COJUR/N.045/04*. Disponível em: <www.dnrc.gov.br/>. Acesso em: 15 fev. 2008.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *Apelação em Mandado de Segurança nº 2000.02.01.047427-0/RJ*. 1ª Turma Especializada. Apelante: Paiva Piovesan Engenharia e Informatica Ltda. Apelado: Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI e Microsoft Corporation. Relator: Marcia Helena Nunes. Rio de Janeiro, 06/01/2006. Disponível em: <<http://www.trf2.gov.br>>. Acesso em: 15 fev. 2008.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. *Apelação Cível nº 89.02.01986-1*. Apelante: The Hearst Corporation. Apelado: Instituto Nacional De Propriedade Industrial - INPI e Bela Vista S/A-Produtos Alimentícios. Relator: Sergio Schwaitzer. Rio de Janeiro, s.d. Disponível: <www.trf2.gov.br>. Acesso em: 10 fev. 2008.

CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da Propriedade Industrial*. 2 ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1982.

CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da Propriedade Industrial*. 2 ed. Vol. II. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1982.

CHIJANE DAPKEVICIUS, Diego. *Derecho de marcas*. Madri: Editorial Reus, 2007.

JUNTA COMERCIAL. *Livros de marcas registradas da Junta do Rio Grande do Sul*. Tomo 9, Ano 1899. Disponível no Museu Júlio de Castilhos. Consulta local.

HAMMES, Bruno Jorge. *Elementos básicos do direito de autor brasileiro: com exame especial da questão da isenção de formalidades, uma apresentação comparativa*. São Leopoldo: Unisinos, 1988.

INPI. *Classificação Nacional de Produtos e Serviços (Manual do usuário)*. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/menu-esquerdo/marca/dirma_classificacao/oculto/nacional>. Acesso em: 10 fev. 2008.

INPI. *Resolução n° 051/1997*. Disponível em: <http://www6.inpi.gov.br/legislacao/resolucoes_portarias.htm?tr7>. Acesso em: 10 fev. de 2007.

INPI. *Resolução n° 121/2005*. Disponível em: <www.inpi.gov.br>. Acesso em: 15 fev. 2008.

INPI. *Resolução n° 127/2006*. Disponível em: <www.inpi.gov.br>. Acesso em: 15 fev. 2008.

INPI. *Instituto Nacional da Propriedade Industrial*. Disponível em: <www.inpi.gov.br>. Acesso em: 15 fev. 2008.

MORO, Maitê Cecília Fabbi. Cumulação de regimes protetivos para as criações técnicas. In: JABUR, Wilson Pinheiro; SANTOS, Manuel J. Pereira dos (Coord.). *Propriedade intelectual: criações industriais, segredos de negócio e concorrência desleal*. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. *Direito autoral*. 2 ed. ref.e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

SILVEIRA, Newton. *Direito de autor no desenho industrial*. Disponível em: <<http://www.newmarc.com.br>>. Acesso em: 30 maio 2008.

ZIBETTI, Fabíola Wüst. *A titularidade sobre os bens imateriais*. Dissertação (Mestrado em direito). Curso de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2008.

OS LIMITES DA AUTORIA NA ARTE INTERATIVA

Eveline Canali⁷³³

SUMÁRIO. Introdução. 1 Do conceito de arte interativa. 2 A problemática da definição dos limites da autoria na arte interativa. 3 Da tutela jurídica. Considerações finais. Referências bibliográficas

RESUMO

As inovações tecnológicas ingressaram no mundo fático das artes. Da miscigenação entre arte e tecnologia surge a arte interativa. O termo interativo propõe essencialmente a participação do receptor das informações disponibilizadas pelo autor e a possibilidade de reapropriação e recombinação das mensagens é fator determinante do grau de interatividade atribuído à proposta. A arte interativa reflete a transposição da arte como objeto para uma arte enquanto processo, que só existe enquanto potencialidade. As características essenciais dessa nova manifestação artística são a imprevisibilidade e a ausência de objetivo comum entre os participantes. A problemática reside na definição dos limites da autoria na arte interativa, cuja superficialidade na abordagem do tema pela maioria da doutrina impossibilita análise secundária que dependa de suporte conceitual. O conflito se materializa quando analisado sob a perspectiva jurídica, uma vez que se instalam situações concretas antes inexistentes. A solução desses conflitos depende de uma definição tomada como parâmetro para os limites da autoria. O direito autoral, mesmo não concebido para incorporar a recontextualização das criações artísticas, é obrigado a solucionar eventuais conflitos. O conceito tradicional de autor o define como criador intelectual da obra. As obras resultantes de vários colaboradores podem ser denominadas de obras coletivas ou obra em co-autoria, ambas aqui refutadas para designar a participação dos usuários no resultado da obra. Muito utilizada para referir-se às obras interativas, a noção de co-autoria prevê o prévio conluio dos agentes, mostrando-se como

⁷³³ Eveline Canali é bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina, graduanda e mestranda com bolsa Capes em Artes Visuais pela UNESP/SP.

termo inadequado à caracterização da arte interativa. Alterado o cenário cultural que preconizou a proteção da criação individual pelo direito de autor, novos padrões devem, necessariamente, serem estabelecidos.

PALAVRAS CHAVES: AUTORIA; INTERATIVIDADE; DIREITO AUTORAL

ABSTRACT

The technological innovations joined the world of the arts. The mixing between art and technology comes to interactive art. The term interactive proposes essentially the participation of recipient of the information provided by the author and the possibility of appropriation and recombination of messages determining factor is the degree of interactivity attributed to the proposal. The art reflects the implementation of interactive art as a subject for art as a process, which only exists as potential. The essential characteristics of this new artistic expression are the unpredictability and the lack of common purpose among the participants. The problem lies in defining the limits of the authors in interactive art, whose superficiality in addressing the issue by the majority of the doctrine impossible secondary analysis that depends on conceptual support. The conflict is materialized when examined under a legal perspective, since setting up concrete situations before missing. The solution of these conflicts depends on a definition taken as a parameter for the limits of autoria. O copyright, is not designed to incorporate the new context of artistic creations, is required to solve any conflicts. The traditional concept of the author defines as creator of intellectual work. The resulting works of several employees can be called collective works or work in co-authors, both refuted here to describe the involvement of users in the outcome of the work. Used to refer to interactive works, the concept of co-authors provides the prior will of the officers, showing themselves as inadequate term to the characterization of interactive art. Amended the cultural setting that called for the creation of individual protection by copyright, new standards must, necessarily, be established.

KEYWORDS: AUTHORSHIP; INTERACTIVITY; COPYRIGHT

INTRODUÇÃO

Apresenta-se este artigo ao II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público, promovido pela Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, em parceria com a FGV Law de São Paulo.

Partindo da proposta do Congresso, “Direito Autoral no séc. XXI”, apresenta-se uma análise sobre a problemática no concernente à definição dos limites da autoria em arte interativa e sua aplicação concreta.

O objetivo é o exame de uma nova e preeminente manifestação artística sob a perspectiva jurídica. A realidade trazida à tona pelos avanços tecnológicos e já incorporados às obras de arte, demonstra que as noções de autoria vigentes não comportam as novas formas de criação.

São expostas proposições que partem do conceito de arte interativa, suas delimitações e características, e se desenvolvem considerando as imprecisões na tratativa do tema pelo Direito.

Analisa-se, a partir de então, o posicionamento estático do Direito e sua aplicação no dinâmico contexto instalado pelo movimento artístico contemporâneo.

1 DO CONCEITO DE ARTE INTERATIVA

Plageando Caetano Veloso é possível afirmar que “alguma coisa está fora da ‘era’, fora da nova ‘Era Digital’”. Talvez, se escrita na Nova Era – tecnologicamente revolucionária -, a letra da canção traria questionamento semelhante ao ora proposto.

Indubitavelmente, as inovações tecnológicas ingressam, numa constante desvairada, no mundo fático das artes, incorporando ao cotidiano, expressões como hipermídia e cyberspace que atuam decisivamente na formação estética da arte moderna.

Da miscigenação dos fatores acima elencados – arte e tecnologia – surge, como máxima da imprevisibilidade, a arte interativa.

Observa-se que, utilizada como sinônimo de inovação, a expressão interativa é vulgarmente indicada para valorar produtos, atribuindo-se a qualidade de modernidade ao objeto atrelado.

Aplicado artisticamente, o termo interativo propõe essencialmente a participação do receptor nas informações disponibilizadas pelo autor, sendo que a possibilidade de

reapropriação e recombinação das mensagens pelo fruidor é fator determinante do grau de interatividade atribuída à proposta.⁷³⁴

Nesse contexto, a participação do espectador supera a posição tradicional - pura e simplesmente contemplativa – e possibilita estabelecer, por meio do processo, um cenário de reciprocidade entre o usuário e o sistema inteligente.⁷³⁵

As novas tecnologias marcam a transição da arte contemplativa para uma arte comportamental, onde não importa o objeto acabado, mas sim o “campo de relação que se estabelece durante o processo de vivência com a obra-dispositivo”.⁷³⁶

A inércia, qualidade anteriormente atribuída ao espectador, é substituída por ações colaborativas de indivíduos que, ao mesmo tempo, atuam como receptores e emissores das mensagens. O viés da relação estabelecida deixou de ser linear e de mão única, para tornar-se polissêmica.

Regida pelo princípio da mutabilidade, a interatividade é a transposição da arte como obra/objeto para uma arte em processo, que só existe enquanto potencialidade e “tudo ocorre quando é acordada pelo público”.⁷³⁷ O artista estabelece uma premissa interativa a ser “detonada” pelo usuário. Logo, a obra é ilimitada, no sentido de que, uma vez sujeita à interação, o autor perde, como parte da proposta do trabalho, o controle sobre ela. Portanto, a ausência de unidade de desígnios dos participantes quanto ao resultado, ressalta a imprevisibilidade, qualidade essencial da arte interativa.

2 A PROBLEMÁTICA DA DEFINIÇÃO DOS LIMITES DA AUTORIA NA ARTE INTERATIVA

Partindo-se da proposição interativa de produção de obras, apresenta-se, sob a perspectiva da autoria, o desafio de se estabelecer um conceito adequado à nova realidade artística.

⁷³⁴ LEVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999. p. 79 Para o autor, “A interatividade assinala muito mais um problema, a necessidade de um novo trabalho de observação, de concepção e de avaliação dos modos de comunicação, do que uma característica simples e unívoca atribuível a um sistema específico.” Id. Ibid. p.82

⁷³⁵ PLAZA, Júlio. *Arte e interatividade: autor-obra-recepção*, in ARS, Departamento de Artes Plásticas da ECA-USP, vol.1, n2, São Paulo, 2003. p. 10.

⁷³⁶ DOMINGUES, Diana. *Criação e interatividade na ciberarte*. São Paulo: Experimento, 2002. p. 63

⁷³⁷ DOMINGUES, Diana. *Criação e Interatividade na Ciberarte*. p. 64

Parte da doutrina chega a reconhecer a dificuldade da tarefa, mas limita a abordagem a uma análise superficial, descompromissada com os reflexos do que preceitua.⁷³⁸ À exemplo, autores como Sogabe, afirma a “quase existência de um co-autor”⁷³⁹ na obra interativa.

Ao analisar a questão, Beiguelman⁷⁴⁰ propõe a utilização de processos de criação baseados nos conceitos de apropriação e reutilização de signos, defende novos formatos autorais e apresenta a idéia de “multiautoria” sem, contudo, desenvolver a definição do termo.⁷⁴¹ Segundo a autora, as experiências interativas deixam de relacionar autoria com propriedade, dando origem a uma nova concepção de criação, que somente adquire validade quando se torna contextual e relacionável.⁷⁴²

Ambas as abordagens exemplificam tentativas infrutíferas de definir os limites da autoria e da co-autoria na arte interativa. Apresentam conceitos insatisfatórios, vagos e imprecisos que impossibilitam declinar responsabilidades inerentes à participação do usuário no resultado obtido via processo interativo.

Agrava-se o problema quando há a exigência da aplicação dos conceitos em situações concretas. Isso porque a disparidade ou, no mínimo, a imprecisão do termo impossibilita e compromete a conclusão de qualquer silogismo ou análise secundária que dependa de um suporte conceitual.

3 DA TUTELA JURÍDICA

O conflito demonstrado nas assertivas se materializa de modo contundente se analisado sob a perspectiva jurídica.

⁷³⁸ O artista midiático francês Fred Forest também coloca que, “se o artista e sua obra interativa só existem pela participação efetiva do público, a noção de autor é problemática.” FOREST, Fred. apud PLAZA, Júlio. p. 19. Sobre o artista francês, ver www.fredforest.net. Ainda, segundo o próprio Júlio Plaza, “No cyberspace, todos são autores. Já não existe mais a ‘velha e renitente distinção entre quem faz e quem frui.” PLAZA, Júlio. *Arte e interatividade: autor-obra-recepção*. p. 25. Cita-se também Pierre Levy, para quem, nestes casos, “não se trata apenas de uma participação na construção do sentido, mas sim uma co-produção da obra, já que o espectador é chamado a intervir diretamente na atualização de uma seqüência de signos ou acontecimentos. LEVY, Pierre. *Cibercultura*. p. 136.

⁷³⁹ FOGLIANO, Fernando. SOGABE, M. T. *O observador na ciência e na arte*. In: 15. Encontro Nacional da ANPAP, 2007, Salvador. *Arte: limites e contaminações*. Salvador: ANPAP, 2006. v. 2. p. 146-155. Milton Sogabe é membro da [SCIArts](http://www.sciarts.org.br), uma [Equipe](http://www.sciarts.org.br) Interdisciplinar que desenvolve projetos baseados na intersecção entre Arte, Ciência e Tecnologia. Ver mais em www.sciarts.org.br

⁷⁴⁰ Giselle Beiguelman é artista multimídia e professora da pós-graduação em Comunicação e Semiótica da PUC-SP. Mais informações no site da autora: www.desvirtual.com

⁷⁴¹ BEIGUELMAN, Giselle. Disponível em <http://www.desvirtual.com/thebook/portugues/estante_coletivas.htm> Acesso em 27 de maio de 2008.

⁷⁴² BEIGUELMAN, Giselle. *O livro depois do livro*. São Paulo: Peirópolis, 2003. p. 60, 61

O direito autoral, criado para proteger a figura da autoria individual, depara-se com uma nova realidade: a arte interativa, que, ao gerar profundas mudanças na exploração artística do espaço virtual, coloca em pauta o questionamento sobre os limites da autoria e da individualização das condutas dos envolvidos no processo criativo.

Instalam-se situações concretas antes inexistentes. A questão é como distinguir, se hipoteticamente exigido pelo Direito, a figura do usuário da figura do autor, atribuindo-se, em consequência, a responsabilidade de cada um quanto ao resultado obtido.

Imagine o exercício da subsunção numa situação onde um artista propõe que usuários não identificados criem poemas fundamentados num processo interativo por meio da internet e restrinja sua participação ao lançamento da primeira frase.⁷⁴³

Ou ainda, como aplicar a lei quando um terceiro se apropria da obra interativa fazendo uso indevido da mesma? Qual a responsabilidade atribuída ao sujeito que grava uma música ou publica como seu um poema interativo? A quem pertence os direitos autorais da obra produzida via processo interativo? Há proteção? É o Direito o instrumento adequando para resolver o conflito se considerado como instrumento estático?

Anote-se que a solução desses conflitos depende, essencialmente de uma definição tomada como parâmetro para os limites da autoria.

O direito autoral não foi concebido para incorporar essa recontextualização das obras intelectuais⁷⁴⁴, mas enquanto instrumento próprio para a resolução dos conflitos, obriga-se a solucionar, até por um mandamento constitucional,⁷⁴⁵ toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão a um direito.

Eximir-se do julgamento contraria o Estado Democrático de Direito hoje instalado. Portanto, negar atendimento – jurisdição – é inconcebível dentro do sistema de tutela adotado pelo Brasil, ainda que arcaico e inadequado seja o instrumento disponibilizado para a aplicação da lei frente às novas formas de criação.⁷⁴⁶

⁷⁴³ Baseada na obra de Ann Cantelow. *Interactive Poetry Pages*. Disponível em <http://atlas.csd.net/~cantelow/cgi-bin/poem_view.pl/aha> Acesso em 20 de maio de 2008.

⁷⁴⁴ CARBONI, *Função social do direito de autor*. p. 57

⁷⁴⁵ O juiz não pode se eximir de julgar nenhuma questão que é levada até ele, ou seja, é obrigado a conferir jurisdição. Conforme art. 5º, XXXV da Constituição Federal, “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁷⁴⁶ A lei de direito autoral brasileira é formulada nos parâmetros da Convenção de Berna, de 1886. Segundo essa convenção, em seu art. 2º, 1) “**Os termos “obras literárias e artísticas” abrangem todas as produções do domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o modo ou a forma de expressão, (...) as obras de desenho, de pintura, de arquitetura, de escultura, de gravura e de litografia; as obras fotográficas e as expressas por um processo análogo ou da fotografia; as obras de arte aplicada; (...)** (grifo nosso).

De acordo com a definição tradicional, “autor é o criador intelectual da obra. (...) A obra literária ou artística exige uma criação, no plano do espírito, autor é quem realiza essa criação.”⁷⁴⁷

Seguindo esse raciocínio, se autor é quem exterioriza o espírito da criação, a figura estaria definida nas obras interativas, ou seja, seria o próprio artista, já que cabe a ele determinar a proposta da obra, exercendo sua atividade intelectual criativa.

Porém, o conceito jurídico de obra a coloca como aquilo “o que se faz, é o resultado do que se fez. É sempre o *feito*, o *produto*, o *gerado*, o *fruto*, o *resultado*, a *conseqüência*.”⁷⁴⁸ Logo, se o resultado da obra interativa somente se consuma com a participação do público, qual a definição jurídica desse contribuinte sem a qual a obra não se concretiza?

Dessa análise, observa-se que o Direito prevê a proteção às obras resultantes de vários criadores, chamada de autoria plúrima⁷⁴⁹, ou seja, quando resultar do esforço criativo de mais de uma pessoa⁷⁵⁰. Nesse sentido, são previstas duas formas de autoria plúrima: a obra em co-autoria e a obra coletiva.

Partindo-se da necessidade da existência da unidade de desígnios para a configuração da obra coletiva, afasta-se de pronto o enquadramento da obra interativa como tal.⁷⁵¹

Naqueles casos, o que se vê é “uma indivisibilidade permanente, visualizada em um conjunto distinto das participações individuais que nela existem.”⁷⁵² A característica principal da obra coletiva⁷⁵³ é a união de contribuições que irão formar uma única obra, organizada e divulgada por outra pessoa, física ou jurídica.⁷⁵⁴

⁷⁴⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed. ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 70

⁷⁴⁸ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 566

⁷⁴⁹ Além disso, o trabalho intelectual de cada elaborador pode, ou não, ser desenvolvido conjuntamente, mantendo, ou não, independência entre si. E mais, o resultado desses esforços, pode, ou não, reunir-se em um só momento, ou ainda, fundir-se, ou não, em uma só forma final. Id. *Ibid.* p. 36

⁷⁵⁰ BITTAR, *Direito de autor*. p. 36

⁷⁵¹ Id. *Ibid.* p. 39

⁷⁵² MORATO, Antonio Carlos. *Do direito de autor na obra coletiva*. 2004. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. p. 10

⁷⁵³ A obra coletiva recebe o impulso criativo de uma pessoa física ou jurídica, que escolhe o tema e os criadores, faz o aporte do capital necessário, enfim, tem a iniciativa e exerce o comando das atividades até a publicação da criação, que será feita em seu nome. ANJOS, Marco Antonio dos. *Obra em co-autoria*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. p. 56

⁷⁵⁴ Id. *Ibid.* p. 10

Assim, pode-se constatar que a autoria em arte interativa não se trata de casos de obra coletiva, por não existir a figura da terceira pessoa que compila o material de comum acordo, indispensável para sua caracterização.⁷⁵⁵

Obra coletiva e obra em co-autoria são conceitos próximos, mas distintos. Nestes, os autores reúnem-se para produzir obra única. Naquela, cada autor produz sua parte, independentes entre si, mas sob a direção de um organizador que reúne os trabalhos para formar o todo, que é a obra nova.⁷⁵⁶

Por outro lado, define-se obra em co-autoria como aquela realizada em comum, por dois ou mais autores⁷⁵⁷. Pressupõe a conjugação simultânea de esforços com o mesmo objetivo. A princípio, todos que colaboraram na obra são co-titulares. “A obra de criação conjunta é uma obra única, mas tem uma pluralidade de titulares.”⁷⁵⁸

Ascensão esclarece que “só é co-autor quem tiver o domínio da obra total”⁷⁵⁹, sendo que autores como Bittar⁷⁶⁰ e dos Anjos⁷⁶¹ reforçam o entendimento.

Se a co-autoria caracteriza-se pela reunião de duas ou mais pessoas comungando esforços para se atingir um objetivo comum, não há como se falar em co-autoria na arte interativa, uma vez que cada participante possui um objetivo diferente, marcado pela imprevisibilidade das suas ações⁷⁶².

⁷⁵⁵ Lei 9.610/98 “Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se: (...) VIII - obra: (...) h) coletiva - a criada por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa física ou jurídica, que a publica sob seu nome ou marca e que é constituída pela participação de diferentes autores, cujas contribuições se fundem numa criação autônoma;”

⁷⁵⁶ CABRAL, Plínio. *A nova lei de direitos autorais - comentários*. 4. ed. São Paulo: Harbra, 2003. p. 41

⁷⁵⁷ Lei nº 9.610/98 “Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se: (...) VIII - obra: a) em co-autoria - quando é criada em comum, por dois ou mais autores;” (grifo nosso)

⁷⁵⁸ ASCENSÃO, *Direito autoral*. p. 91.

⁷⁵⁹ Id. *Ibid.* p. 92

⁷⁶⁰ “A co-autoria pode dar-se em graus diferentes, mediante esforços criativos de autoria, ou mera contribuição individualizada para integrar obra maior. (...) Mas nem toda participação de outras pessoas na realização de uma obra induz à co-autoria, em face do respectivo vulto. Com efeito, não se considera co-autor quem auxilia, simplesmente, o criador na realização da obra.” BITTAR, *Direito de autor*. p. 37

⁷⁶¹ Segundo Marco Antonio dos Anjos, “É co-autor, pois, aquele que efetivamente cria a obra, introduzindo um pouco de sua personalidade que, somada à contribuição dos outros autores e com a presença de uma inspiração comum, dá origem a uma obra nova, que tenha, ao menos, um mínimo de originalidade. (...) Assim, é **indispensável que os diferentes co-autores sejam animados por uma inspiração comum que os conduza a se concertar**.” (grifo nosso) E continua “Para que haja co-autoria é necessário que os criadores tenham uma comunhão de esforços, que pode ocorrer no trabalho em conjunto, separado ou sucessivo. **Não é obrigatório que os criadores façam toda a obra juntos, porém, em algum momento, deverão manter contato para definir a forma da obra final.** (...) A co-autoria exige comunhão de esforços criativos, uma inspiração comum, pela qual duas ou mais pessoas se reúnem para criar algo novo.” grifo nosso) ANJOS, *Obra em co-autoria*. p. 41 e 42

⁷⁶² ANJOS, *Obra em co-autoria*. “Mesmo que o comando do processo criativo tenha sido de apenas um dos autores existirá co-autoria, eis que uma eventual liderança exercida por um deles deverá respeitar a individualidade e a liberdade criativa dos demais, **buscando sempre alcançar o objetivo comum.**” (grifo nosso) p. 41

Apesar da maioria da doutrina resolver os questionamentos acerca da interatividade denominando a participação do usuário na criação como co-autoria, trata-se, como demonstrado, de conceito inadequado, uma vez que a prática lá exercida não preenche as características que definem o instituto jurídico da co-autoria.

Mesmo sem todas as respostas, certo é que nenhum dos preceitos (co-autoria e autoria coletiva) se adequa ao preceito da interatividade. Nesse contexto, corrobora-se o posicionamento de Carboni ⁷⁶³ quando este afirma que a lei é insuficiente, pois não consegue abranger todas as hipóteses de obras geradas na multimídia, ⁷⁶⁴ questão também defendida por outros juristas como Bittar ⁷⁶⁵ e Hammes. ⁷⁶⁶

Portanto, se o direito de autor foi criado num cenário cultural que preconizava a proteção do artista individualmente, uma vez alterados os parâmetros que lhe deram causa, por meio da fixação de “novos” formatos de criação, é imprescindível, outrossim, que “novos” padrões sejam estabelecidos diante da realidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As obras de arte não se enquadram mais no formato obra/objeto apenas contemplativo. As novas expressões caracterizam-se pela arte enquanto sistema interativo, ou seja, o antigo observador agora é chamado a participar ativamente da confecção da obra.

Estabeleceu-se o formato artístico da Nova Era, onde o artista somente detona um processo criativo que se consuma, necessariamente, com a participação do público, de forma imprevisível e ilimitada. Iniciado o processo, o artista não tem mais controle sobre sua obra.

⁷⁶³ O próprio autor, em outros momentos, coloca: “Apesar de reconhecermos que o atual modelo de proteção autoral teve um importante papel histórico como mola propulsora do desenvolvimento de criações intelectuais, ao assegurar a devida remuneração ao autor e a defesa da integridade da obra, **o fato é que tal modelo não mais se coaduna com a realidade tecnológica dos dias de hoje, que propicia formas mais dinâmicas de produção e circulação de obras intelectuais.**” CARBONI, *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2006. p.18. Em outro momento, “(...) o mundo digital deverá sempre envolver um número plural de autores e que o contrário seria exceção; essa discussão transcenderia os limites entre arte e ciência, os quais – vale acrescentar – **o direito de propriedade intelectual ainda procura distinguir.**” CARBONI, *O direito de autor na multimídia*. p. 174

⁷⁶⁴ Id. *O direito de autor na multimídia*. p. 177.

⁷⁶⁵ Carlos Alberto Bittar, brilhantemente, em 1999 já colocava que, “o novo dimensionamento conferido à arte pelo uso de computador rompe as fronteiras da conceituação tradicional, trazendo desafios continuamente mais profundos à inteligência e à sensibilidade humanas.” E acrescentou: “A revolução que a informática imprimiu à vida humana no presente estágio, modificando profundamente usos e costumes, empresariais e particulares, já está alcançando o mundo da arte, em sua própria textura e em sua conceituação intrínseca, a provocar verdadeira revolução quanto ao respectivo sentido e alcance futuro.” BITTAR, *Contornos atuais do direito de autor*. p. 190 e 196.

⁷⁶⁶ Hammes afirma que existem **situações de fato que não correspondem aos princípios da doutrina.** (grifo nosso). HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de propriedade intelectual*. 3 ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002. p. 134

O direito de autor, criado para contemplar somente um artista o status de criador, encontra-se diante da problemática trazida à tona pela arte interativa: a definição da autoria no contexto interativo.

A doutrina majoritariamente trata a figura do participante como co-autoria. Equivocadamente aplicada à arte interativa, partem os juristas da premissa de que são co-autores aqueles que unem esforços num objetivo comum, a “quatro mãos”, numa mesma inspiração, buscando um mesmo resultado, dotado de ações previsíveis.

Assim, não se consideram as características fundamentais da arte interativa: despropósitos de desígnios e imprevisibilidade, já a co-autoria requer um prévio conluio dos agentes.

Conclui-se, portanto, que a realidade consumou um formato de obra artística onde a criação por inúmeras pessoas não é apenas uma opção, mas fator essencial para sua caracterização. Imprescindível se faz uma nova abordagem sobre a temática que repense a estrutura estática do direito de autor frente ao dinamismo pertinente ao modelo artístico introduzido pela Nova Era.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Eliane Yachouh. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

ANJOS, Marco Antonio dos. *Obra em co-autoria*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. 2. ed. ref. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BEIGUELMAN, Giselle. *O livro depois do livro*. São Paulo: Peirópolis, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. *Contornos atuais do Direito de Autor*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

CABRAL, Plínio. *A nova lei de direitos autorais - comentários*. 4. ed. São Paulo: Harbra, 2003.

CARBONI, Guilherme. *O direito de autor na multimídia*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

_____. *Função social do Direito de Autor*. Curitiba: Juruá, 2006.

CHAVES, Antonio. *Direitos autorais na computação de dados: software, circuitos integrados, videojogos, embalagem criativa, duração dos direitos conexos*. São Paulo: LTr, 1996.

CRIBARI, Isabela. (org.) *Produção cultural e propriedade intelectual*. Recife: Editora Massangana, 2006.

DOMINGUES, Diana. *Criação e Interatividade na Ciberarte*. São Paulo: Experimento, 2002.

DOMINGUES, Diana. (organizadora) *A arte no séc. XXI: a humanização das tecnologias*. São Paulo: Fundação Editora da Unesp, 1997.

_____. *Arte e vida no século XXI: tecnologia, ciência e criatividade*. São Paulo: Editora Unesp, 2003.

FOGLIANO, Fernando; SOGABE, M. T. *O observador na ciência e na arte*. In: 15. Encontro Nacional da ANPAP, 2007, Salvador. *Arte: limites e contaminações*. Salvador: ANPAP, 2006. v. 2. p. 146-155.

GANDELMAN, Henrique. *De Gutenberg à Internet: direitos autorais na era digital*. 4.ed.ampl.atual. Rio de Janeiro: Editora Record, 2001.

HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de propriedade intelectual*. 3 ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2002.

LEVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999.

MORATO, Antonio Carlos. *Do direito de autor na obra coletiva*. 2004. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

KAC, Eduardo. *Novos rumos na arte interativa* Disponível em <http://www.ekac.org/veredas.html>. Acesso em 15 de julho de 2007.

PLAZA, Júlio. *Arte e interatividade: autor-obra-recepção*, in ARS, Departamento de Artes Plásticas da ECA-USP, vol.1, n2, São Paulo, 2003.

SILVA, Marco. Que é interatividade. Boletim técnico do Senac, Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, maio/ago. 1998. p. 27-35. Disponível em <http://www.senac.br/BTS/242/boltec242d.htm>

SOGABE, Milton *Arte e Mídia: por uma integração das linguagens* in Arte e Cultura org. Maria de Lourdes Sekeff e Edson Zampronha, Anna Blume/FAPESP, São Paulo, 2002.

_____. *Instalações Interativas*, in Cultura visual e desafios da pesquisa em artes. Alice Fátima Martins, Luis Edgar Costa, Rosana Horio Monteiro (org.), Goiânia, ANPAP, 2005, v.2, p.169-178.

**AS TECNOLOGIAS DA INFORMAÇÃO E DA COMUNICAÇÃO E A EDUCAÇÃO:
tensões e possibilidades de sua utilização no ensino jurídico.**

Rosane Leal da Silva⁷⁶⁷

SUMÁRIO: 1 A sociedade da informação; 2 As tecnologias da informação e da comunicação e a educação: pontos e contrapontos; 3 Revelando tensões e possibilidades; Considerações finais e provisórias; Referências.

RESUMO: As relações sociais sofreram significativo impacto em razão das novas tecnologias da informação e da comunicação, em especial a internet. Esta ferramenta, por permitir a comunicação instantânea e transfronteiriça, exerce grande fascínio sobre as pessoas, pois significa uma quebra de paradigmas em relação às formas de comunicação, produção e interação social realizados pelas gerações anteriores, originando a chamada Sociedade da Informação. Ambientado neste universo novo e em constante reconstrução, o presente trabalho apresenta os impactos que as tecnologias da informação e da comunicação produziram em vários segmentos, com ênfase na área educacional, momento em que alinha argumentos contrários e favoráveis a sua utilização. Dentre os primeiros, destacam-se: a preocupação com a formação de uma geração de estudantes habituados a copiar materiais disponíveis na rede, em detrimento da produção de trabalhos e em ofensa aos direitos do autor; a fragilização da linguagem escrita, que ficaria prejudicada diante da crescente substituição da palavra pela imagem; a incerteza quanto às origens e a veracidade dos materiais e informações que circulam na internet; a fragilização das interações entre professor-aluno, dentre outros. Na seara oposta, são apresentados e discutidos os argumentos utilizados por quem acredita que a internet pode se constituir em importante instrumento para

⁷⁶⁷ A autora é Mestre em Integração Latino-americana pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM, Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, onde o presente estudo se insere na área de Concentração Direito Estado e Sociedade, Linha de Pesquisa: Sociedade, Controles Sociais e Sistemas de Justiça, ligado à temática da criança e do adolescente, com orientação da Prof^a Dr^a Josiane Rose Petry Veronese. A autora é Professora Assistente do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria- UFSM e do Centro Universitário Franciscano -UNIFRA, ambos em Santa Maria, RS. Integra o Grupo de Pesquisa Teoria Jurídica no Novo Milênio, registrado no CNPq e certificado pela UNIFRA, advogada. E-mail: rosaneleals@terra.com.br.

dinamizar o processo de ensino-aprendizagem, pois democratiza o acesso às informações, permitindo que os estudantes assumam seu protagonismo na produção do conhecimento. A análise realizada, além de revelar as tensões e desafios que o uso da internet impõe a professores e estudantes, aponta algumas alternativas de uso, em que esta ferramenta pode contribuir para a construção de um modelo de ensino jurídico cooperativo.

PALAVRAS-CHAVES: SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO; INTERNET; EDUCAÇÃO; FORMAÇÃO JURÍDICA.

ABSTRACT: The social relations have suffered a significant impact due to the new information and communication technologies, especially the internet. This tool, by allowing the instant and cross-border communication exerts great fascination over people, because it means a rupture of paradigms in relation to ways of communication, production and social interaction experienced by the previous generations, originating the so called Information Society. This work, placed in this new universe and which is in constant reconstruction, presents the impacts these information and communication technologies have produced in various segments, emphasizing the educational field, when it shows some arguments in favor and other against its use. Among the first ones, it is highlighted: the concern with the formation of a generation of students used to copy material available in the internet, instead of producing their own works and also without respecting the author's rights; the weakening of written language, which would be affected by the increasing replacement of words by image; the uncertainty about the origins and veracity of materials and information in the internet; the fragility of the interactions teachers-students, among others. On the other hand, it is presented and discussed the arguments used by the ones who believe the internet can constitute itself in an important instrument to make the teaching-learning process more dynamic, since it makes the access to information democratic, which permits students to be the protagonists in the production of knowledge. The analysis of all these , besides revealing the tensions and challenges the use of internet imposes to teachers and students indicates some alternatives of use, in which this tool can contribute to build a model of juridical-cooperative teaching process.

KEY-WORDS: INFORMATION SOCIETY; INTERNET; EDUCATION; JURIDICAL FORMATION

Introdução

Este artigo objetiva apontar alguns impactos produzidos pelas tecnologias da informação e da comunicação - notadamente a internet - sobre o processo de aquisição do conhecimento, discutindo em que medida as inovações tecnológicas podem se constituir em aliados no processo de educação formal, especialmente na formação jurídica.

Este tema ainda se reveste de novidade, principalmente na seara da educação, tradicionalmente ancorada em modelos construídos em séculos passados, que revelam uma educação de caráter presencial, tendo no professor a figura detentora de todos os conhecimentos a serem transmitidos.

A utilização da internet, embora ainda não difundida de maneira linear - especialmente em países como o Brasil, em fase de desenvolvimento - descortina novas possibilidades de interação para os atores envolvidos no processo, conferindo espaço para maior protagonismo dos acadêmicos, conforme se verá ao longo deste trabalho. Para tanto, este artigo está estruturado em três partes: a) apresentação sucinta da sociedade da informação e dos impactos que as tecnologias da informação e da comunicação produziram em alguns segmentos; b) apresentação dos principais argumentos utilizados pelos doutrinadores quanto ao uso desta ferramenta no processo educativo, o que será feito a partir da apresentação de pontos e contrapontos sobre o tema; c) análise dos argumentos utilizados, estabelecendo-se o estado da questão. O terreno no qual estas idéias são lançadas se revela movediço, pois tanto os autores não apresentam seus argumentos com pretensão de definitividade, quanto os atores envolvidos (professores e alunos) estão em fase de reconhecimento e testagem das possibilidades oferecidas por esta nova ferramenta. Portanto, o objetivo deste estudo não é exaurir o tema, visando apenas lançar alguns pontos para debate.

1 A sociedade da informação

A expressão *sociedade da informação* ou *era da informação* é utilizada por Manuel Castells⁷⁶⁸ para definir a revolução tecnológica e o novo *modus vivendi* que se desenvolveu a partir dos anos 70, tendo como berço os Estados Unidos. Originário da Agência de Projetos de Pesquisa Avançada do Departamento de Defesa dos Estados Unidos, o projeto de criação da internet teve como pano de fundo a Guerra Fria e foi idealizado para evitar que os

⁷⁶⁸ CASTELLS, Manuel. *Fim de milênio - a era da informação: economia, sociedade e cultura*. Traduzido por Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Vanancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 26.

soviéticos adentrassem no sistema de informações norte-americano. Para tanto, os norte-americanos optaram por uma estrutura complexa, arquitetada a partir da interligação de milhares de redes e que não poderia ser controlada por nenhum centro. Esta rede ficou conhecida como ARPANET, cujo modelo posteriormente foi disponibilizado para iniciativa privada, e acabou utilizado para outras finalidades, que não militares.

Com o fechamento da ARPANET, na década de 90, foi criada a *World Wide Web* (WWW) que, através de programas capazes de utilizar a interface gráfica, possibilitaram melhor trânsito de dados na rede. Posteriormente, com o desenvolvimento dos servidores de acesso, este serviço se disseminou entre a população⁷⁶⁹. Iniciava-se a aventura humana no ciberespaço⁷⁷⁰.

Ao extrapolar as finalidades iniciais, este sistema de informações acabou servindo como importante elemento para a reestruturação do sistema capitalista, pois permitiu o deslocamento de fluxos intensos de informações e dados, o que acelerou a realização de negócios e o contato entre os mercados consumidores e fornecedores. Deve-se destacar, também, que os conhecimentos adquiridos no curso da revolução tecnológica não ficaram limitados aos centros de poder que os produziram, descentralizando-se e sendo recriados a partir do uso dos internautas, o que originou novas aplicações da internet.

Como sustentado por Manuel Castells⁷⁷¹, o desenvolvimento na área informacional produziu um novo paradigma, chamado por ele de tecnológico: “O novo paradigma tecnológico mudou o escopo e a dinâmica da economia industrial, criando uma economia global e promovendo uma nova onda de concorrência entre os próprios agentes econômicos existentes e também entre eles e uma legião de recém-chegados”.

Martha Kaschny Borges⁷⁷² aponta as principais mudanças e descobertas que colocaram em xeque o paradigma da racionalidade científica, elencando desde os estudos sobre relatividade, os questionamentos sobre a falta de rigor e de verdade da matemática, passando

⁷⁶⁹ ROHRMANN, Carlos Alberto. O governo da internet: Uma análise sob a ótica do direito das telecomunicações. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, Belo Horizonte, v. 6, p. 39-98, 1999. Disponível em <http://www.direitodarede.com.br/GovInt.pdf>. Acesso em 10 de janeiro de 2008.

⁷⁷⁰ Pierre Lévy diz que a expressão é um neologismo surgido nos anos 80 do século XX, referindo-se à cibernética, corrente científica dos anos 40 e 50 que consagrou o estudo da informação e da comunicação nos meios científicos, oportunizando o surgimento de espaços de interlocução e de desenvolvimento da inteligência coletiva. (LÉVY, Pierre. *Ciberdemocracia*. Traduzido por Alexandre Emílio. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 28.).

⁷⁷¹ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede - a era da informação: economia, sociedade e cultura*. 5. ed. Traduzido por Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Vanancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 109.

⁷⁷² BORGES, Martha Kaschny. Educação e cibercultura: perspectivas para a emergência de novos paradigmas educacionais. In: VALLEJO, Antônio Pantoja; ZWIÉREWICZ, Marlene (Orgs.). *Sociedade da informação, educação digital e inclusão*. Florianópolis: Insular, 2007, p. 62-64.

por descobertas sobre a forma de auto-organização das estruturas microscópicas que produziram alteração no âmbito da Biologia, da Física e da Química, até chegar às tecnologias digitais da informação e da comunicação, que segundo ela, questionam e modificam o próprio modelo de racionalidade. Conforme sustenta, o movimento que se desenvolve é paradoxal: a ciência que na modernidade tinha sido erigida à nova sacralidade, impulsionando desenvolvimento sem par, com expansão industrial, política e econômica do Estado, é levada a extremos, contaminando as estruturas do Estado e o tecido social. O desenvolvimento alcançado, por sua vez, criou ferramentas – como a internet – cuja utilização está produzindo fissuras no modelo de racionalidade até então vigente, o que relativiza conceitos de distância, tempo e espaço e produz efeitos em diversas áreas.

Conforme Manuel Castells⁷⁷³ os impactos desta tecnologia da informação e da comunicação puderam ser percebidos em vários segmentos: verificou-se a demanda por profissionais com conhecimentos na área, tais como técnicos em informática, programadores de sistemas, dentre tantos outros, o que impulsionou o surgimento de cursos técnicos e superiores para a formação destes profissionais; a esta demanda somou-se outra, forçando o lançamento de novos produtos, o que movimentou a indústria eletrônica. Com isso, o mercado de trabalho não somente foi movimentado pelo surgimento de novos atores, com formação específica, mas pela necessidade de qualificação dos profissionais que já estavam atuando, o que contribuiu para o desenvolvimento de cursos de informática, bem como a inserção de conhecimentos desta área na formação de profissionais que atuam em áreas tradicionais, como o Direito, por exemplo.

Pierre Lévy⁷⁷⁴ explica que a adaptação imposta aos profissionais que já estão no mercado ocorre em razão das transformações que o virtual produziu nos conceitos de produtor, consumidor e no próprio mercado de trabalho, produzindo-se a *desintermediação*, já que diante do encurtamento das distâncias, as pessoas podem, valendo-se da internet, ter acesso a bens e serviços localizados em qualquer lugar do planeta. Para dar conta desta nova realidade, estes profissionais precisariam desenvolver outras habilidades, desenvolvendo o que chama de inteligência coletiva, ou seja, o exercício das funções e aptidões cognitivas realizadas a partir da consideração das implicações que isso produz em comunidades vivas.

⁷⁷³ O que pode ser visto nas obras: CASTELLS, Manuel. *Fim de milênio - a era da informação: economia, sociedade e cultura*. Traduzido por Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Vanancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999; *A sociedade em rede - a era da informação: economia, sociedade e cultura*. 5. ed. Traduzido por Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Vanancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999 e *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Traduzido por Maria Luíza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

⁷⁷⁴ LÉVY, Pierre. *O que é o virtual?* Traduzido por Paulo de Neves. São Paulo: Ed. 34, 1996, p. 62-63.

Rompe-se com conceitos de inteligência individual, ampliando-se o foco para perceber que todos os *elos* da cadeia precisam estar interligados, pois só a atuação coesa conduzirá ao alcance dos objetivos.

Como se vê, os dois autores convergem quanto aos reflexos das novas tecnologias da informação e da comunicação na formação das pessoas, tanto na atualização dos trabalhadores que já estão inseridos no mercado de trabalho, quanto na preparação de profissionais que saibam não somente utilizar operacionalmente estas ferramentas como, também, tenham desenvolvido a inteligência coletiva. As duas posições promovem uma ligação entre novas tecnologias da informação e da comunicação e educação.

Mas em que medida esta relação é percebida pelos atores sociais responsáveis pela realização do processo ensino-aprendizagem? Qual a posição de professores e educadores diante da utilização destas tecnologias? Pode-se dizer que estão digitalmente alfabetizados⁷⁷⁵? Quais os desafios que a sociedade da informação apresenta a professores e como se estabelece esta relação?

Estas e outras questões serão enfrentadas na seqüência.

2 As tecnologias da informação e da comunicação e a educação: pontos e contrapontos

A utilização da internet, fenômeno relativamente novo e que se apresenta como irreversível, divide opiniões, colocando em posição antagônica os autores que se mostram reticentes e até mesmo denunciam os efeitos nocivos que podem ser produzidos a partir de seu uso⁷⁷⁶ e aqueles que são partidários dos progressos obtidos por esta tecnologia da informação e da comunicação⁷⁷⁷.

Os argumentos que enfatizam os riscos que podem ser produzidos a partir da crescente utilização da internet estariam relacionados a fatores de ordem objetiva (origem, qualidade e

⁷⁷⁵ Expressão utilizada por VALLEJO, Antônio Pantoja; ZWIEREWICZ, Marlene (Orgs.). *Sociedade da informação, educação digital e inclusão*. Florianópolis: Insular, 2007.

⁷⁷⁶ Merecendo destaque, dentre os autores: GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Traduzido por Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991 e *Modernidade e identidade*. Traduzido por Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002; BAUMANN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Traduzido por Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004 e VIRILIO, Paul. *A bomba informática*. Traduzido por Luciano Vieira Machado. São Paulo: Estação Liberdade, 1999.

⁷⁷⁷ Nesta linha se apresentam como grandes expositores: LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Traduzido por Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 1999, 2. ed, 2000 e Manuel Castells, nas seguintes obras: CASTELLS, Manuel. *Fim de milênio - a era da informação: economia, sociedade e cultura*. Traduzido por Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Vanancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999; *A sociedade em rede - a era da informação: economia, sociedade e cultura*. 5. ed. Traduzido por Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Vanancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999 e *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Traduzido por Maria Luíza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

finalidade da informação disponível) e subjetiva (conseqüências do uso da internet sobre as formas de ser, de se relacionar e de produzir conhecimento por parte dos usuários). Eis as principais alegações:

- a) a proliferação de informações circulantes na rede geraria, em verdade, uma sociedade de desinformação, já que a internet possibilita uma grande difusão de boatos e histórias inverídicas, que muitas vezes só levam o pânico às pessoas, quando não se encarregam de transmitir fatos incorretos⁷⁷⁸. A pulverização (horizontal) das informações conduziria a um processo de superficialização do conhecimento;
- b) há muitas informações erradas, de fontes não confiáveis, o que poderia perturbar o processo de aquisição do conhecimento por parte do usuário;
- c) o uso da internet e a disseminação de informações por este meio aguçariam o consumismo, produzindo-se sujeitos e informações formatados segundo os ideais da sociedade de consumo. Além do consumo de bens, as relações virtuais provocariam o consumo de pessoas, na medida em que é possível facilmente ignorar e-mails, não responder às mensagens, deletar pessoas, não dar acesso em comunidades, tornando os seres descartáveis⁷⁷⁹,
- d) a variedade de *links* e a abertura do universo virtual provocariam a distração nos usuários que não são muito disciplinados, fazendo com que percam o foco de estudo e se desestimulem das tarefas educativas em face do apelo produzido por tantas outras oportunidades reveladas;
- e) o uso indiscriminado da internet produziria uma geração de estudantes habituados a duas operações básicas: *copiar e colar*, o que, além de ferir direitos autorais, ainda comprometeria o processo de construção do conhecimento, que exige sujeitos dispostos a ler, refletir, compreender um tema, sendo o ato de escrever uma conseqüência natural das etapas anteriores;
- f) o sistema *web* e seus serviços *on line* se constituem em uma vasta empresa de transmutação de opiniões, cumprindo uma finalidade ideológica sem precedentes, fazendo pouco caso da diversidade cultural e da inteligência coletiva das pessoas. Os jogos e *softwares* produzidos (mesmo educacionais), quase todos de origem norte-americana, contribuiriam para o desenvolvimento de um outro tipo de colonização – a colonização pela informação – impondo aos usuários dos países menos desenvolvidos padrões distintos da sua realidade⁷⁸⁰;
- g) a internet daria lugar a um inédito sistema de vigilância global, prendendo e controlando

⁷⁷⁸ Esta é uma (dentre tantas) críticas que Virilio (1999) faz à utilização da rede mundial de computadores.

⁷⁷⁹ Conforme denunciado por BAUMANN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Traduzido por Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

⁷⁸⁰ SOARES, Suely Galli. *Educação e comunicação: o ideal de inclusão pelas tecnologias de informação: otimismo exacerbado e lucidez psicológica*. São Paulo: Cortez, 2006.

todas as pessoas⁷⁸¹, o que poderia ser percebido claramente na área educacional onde, por meio das tecnologias da informação e da comunicação, o professor tem sua vida privada e seus horários de descanso constantemente invadidos por e-mail, mensagens enviadas para celular, dentre outras formas de contato;

h) a multiplicação dos viajantes que não saem do quarto e que vivem dentro de uma bolha virtual gerará um conjunto de problemas de comunicação⁷⁸², fazendo com que muitas pessoas optem por estabelecer relações e manifestar idéias no mundo virtual, em detrimento de suas relações de face a face;

i) que as relações estabelecidas no ambiente virtual seriam caracterizadas pela distância e pela frieza, o que dificultaria o processo de ensino-aprendizagem, que exige envolvimento dos atores;

j) empobrecimento da linguagem escrita, posto que a utilização de imagens substituem a palavra, levando ao seu empobrecimento. Como consequência, surgiria uma geração de pessoas que teria bastante dificuldade em apresentar suas posições e sustentar seus argumentos;⁷⁸³

l) o uso da internet aumentaria o fosso que separa aqueles que têm dinheiro e possibilidade de acesso a esta tecnologia e os que não conseguem mantê-la, impondo a estes últimos uma forma de exclusão bastante nefasta. Para tanto, consideram a realidade das escolas e universidades brasileiras, em que a precariedade dos laboratórios de informática não dá conta da demanda de usuários, sendo que muitos dos estudantes não dispõem de condições para acessar a rede a partir de *lan house* ou *cyber*⁷⁸⁴; para destacar os argumentos mais frequentes.

⁷⁸¹ Paul Virilio adverte que a internet renova totalmente os conceitos de vizinhança, de unidade de tempo e de coabitação física. Que enquanto a televisão invadia o espaço doméstico das pessoas para levar informação ou diversão, a internet expõe, invade espaço doméstico, tornando os apartamentos comunicantes com os outros e o medo de expor sua intimidade, como acontece no mundo real, é suplantado pela vontade de expor-se aos olhares de todos. Com isso se estabelece uma visão panóptica do mundo. VIRILIO, Paul. *A bomba informática*. Traduzido por Luciano Vieira Machado. São Paulo: Estação Liberdade, 1999, p. 62.

⁷⁸² Paul Virilio denuncia um possível descontrole das relações reais em razão da massificação do uso da internet, gerando o que ele chama de empobrecimento das aparências sensíveis. Em outra passagem, se mostra ainda mais ácido contra o que chama de bomba informática: “O mal dos transportes rápidos – chamado *cinetose*, que faz de nós, em regime de meio período, deficientes motores, *voyeurs*-viajantes – iria preceder logicamente o mal das *transmissões instantâneas*, seguido de perto dos drogados das redes multimídia, os *net-junkies*, os *webaholics* e outros *ciberpunks* acometidos pela doença IAD (*internet Addiction Disorder*), cuja memória se torna um birquebraque, um monturo em que se acumulam imagens de todas as procedências, símbolos gastos, empilhados de qualquer jeito e já em mau estado. Os mais jovens, por sua vez, colados à tela desde a escola maternal, já contraíram perturbações hipercinéticas devidas a uma disfunção do cérebro que gera uma atividade desconexa, graves problemas de atenção, bruscas descargas motoras incontroláveis. VIRILIO, Paul. *A bomba informática*. Traduzido por Luciano Vieira Machado. São Paulo: Estação Liberdade, 1999, p. 110-111.

⁷⁸³ SOARES, Suely Galli. *Educação e comunicação: o ideal de inclusão pelas tecnologias de informação: otimismo exacerbado e lucidez psicológica*. São Paulo: Cortez, 2006, p. 70.

⁷⁸⁴ *Ibid.*

Trilhando caminho em sentido oposto, os autores partidários do uso da internet no processo educativo sustentam:

- a) a utilização desta ferramenta permite o acesso a bancos de dados e informações, o que facilita a pesquisa, democratizando o acesso e a construção do conhecimento⁷⁸⁵;
- b) com a internet seriam facilitados os processos de inclusão de populações, especialmente daquelas que habitam Estados periféricos ou em locais desprovidos de grandes bibliotecas e centros de pesquisa, oportunizando acesso a informações de origem e conteúdo variados;
- c) como o universo virtual não tem controles ou hierarquia, se abriria aos usuários um espaço sem precedentes para a manifestação de sua liberdade de expressão, cujo exercício auxiliaria na formação de um discurso social e político, contribuindo, em última análise, para o desenvolvimento da cidadania⁷⁸⁶;
- d) a utilização da internet, por permitir o contato simultâneo entre várias pessoas, favoreceria a mudança de paradigmas na educação, permitindo que não só o professor tivesse voz, mas também que os alunos pudessem se manifestar em igualdade de condições, superando o modelo competitivo e individualista, em que cada aluno se preocupa apenas com o seu desempenho e com a construção do seu conhecimento, rumo a um modelo de cooperação. A estrutura comunicativa do modelo tradicional (um-todos), em que prepondera a voz do professor seria substituída pela lógica *todos-todos*, em que o professor atuaria apenas como condutor do processo⁷⁸⁷;
- e) a internet, como rede de comunicação global, facilita a localização de pessoas e sua interação de forma absolutamente nova, favorecendo uma verdadeira simbiose entre os povos das mais variadas culturas e com isso colocaria em contato pesquisadores e escritores de todo o mundo, que poderiam comunicar-se entre si e com seu público leitor⁷⁸⁸;
- f) projetada como tecnologia de comunicação livre, a internet tem estrutura maleável que permite a incorporação e transformação em razão da utilização social, o que se evidencia a partir dos vários usos que esta ferramenta passou a ter, abrangendo *chats*, páginas pessoais, institucionais, comunidades virtuais, etc. Assim, esta tecnologia é transformada pelo uso, o

⁷⁸⁵ RONDELLI, Elizabeth; SARTI, Ingrid. Informação científica virtual. *Cadernos Adenauer IV Mundo virtual*, Rio de Janeiro, n. 6, p. 123-132, abril 2004, p. 123-124.

⁷⁸⁶ Sobre o assunto, consulte-se: LÉVY, Pierre. *Ciberdemocracia*. Traduzido por Alexandre Emílio. Lisboa: Instituto Piaget, 2002 e MIAILLE, Michel. O cidadão virtual. *Cadernos Adenauer IV Mundo virtual*, Rio de Janeiro, n. 6, p. 13-29, abril 2004.

⁷⁸⁷ BORGES, Martha Kaschny. Educação e cibercultura: perspectivas para a emergência de novos paradigmas educacionais. In: VALLEJO, Antônio Pantoja; ZWIREWICZ, Marlene (Orgs.). *Sociedade da informação, educação digital e inclusão*. Florianópolis: Insular, 2007, p. 53-85, p. 76.

⁷⁸⁸ RONDELLI, Elizabeth; SARTI, Ingrid. Informação científica virtual. *Cadernos Adenauer IV Mundo virtual*, Rio de Janeiro, n. 6, p. 123-132, abril 2004.

que confere um papel ativo ao usuário⁷⁸⁹ ;

g) a abertura e a dinamicidade do ciberespaço permitem um novo tipo de socialidade, na qual produções culturais, novas formas de relacionamento e de criação de conhecimentos se aliam sob uma linguagem própria, o que permite a significação das informações e sua conexão com a realidade, já que estariam em constante processo de atualização e recriação⁷⁹⁰;

h) a internet favorece os processos de democratização e de tomada de decisões, contribuindo para a formação de um novo conceito: a cidadania global. A partir desta idéia, pessoas dos mais variados locais do planeta poderiam manter contato e se aliar em causas comuns, de interesse local ou global, ampliando as possibilidades de participação⁷⁹¹;

i) a internet também facilitaria a interlocução de atores envolvidos num determinado processo ou área de interesse, facilitando sua organização e seu engajamento em pautas comuns de luta⁷⁹²;

j) os usuários desenvolveriam maior autonomia na organização do seu tempo, do espaço e na própria construção do seu conhecimento⁷⁹³ ;

l) o ciberespaço instaurou um novo espaço antropológico que favorece a construção de inteligências coletivas na medida em que possibilita contato simultâneo de pessoas das mais variadas formações e perfis, com etapas de desenvolvimento cognitivo distintos, produzindo uma forma de inteligência diferenciada⁷⁹⁴;

m) o ciberespaço abre novas possibilidades de codificação, armazenamento e produção de conhecimentos capazes de promover modificação no processo educacional, ultrapassando a abordagem tradicional rumo a um novo modelo capaz de responder às demandas sociais⁷⁹⁵;

n) as pessoas que utilizam esta ferramenta obtêm maiores informações, o que acaba levando a

⁷⁸⁹ CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Traduzido por Maria Luíza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

⁷⁹⁰ BORGES, Martha Kaschny. Educação e cibercultura: perspectivas para a emergência de novos paradigmas educacionais. In: VALLEJO, Antônio Pantoja; ZWIREWICZ, Marlene (Orgs.). *Sociedade da informação, educação digital e inclusão*. Florianópolis: Insular, 2007, p. 53-85, p. 68.

⁷⁹¹ A este respeito leia-se: LÉVY, Pierre. *Ciberdemocracia*. Traduzido por Alexandre Emílio. Lisboa: Instituto Piaget, 2002 e MIAILLE, Michel. O cidadão virtual. *Cadernos Adenauer IV Mundo virtual*, Rio de Janeiro, n. 6, p. 13-29, abril 2004.

⁷⁹² A exemplo do que aconteceu na lista de discussão da Associação Brasileira do Ensino do Direito - ABEDi, conforme analisado por FRAGALE FILHO, Roberto; VERONESE, Alexandre. O caso da Associação Brasileira do Ensino do Direito. *Cadernos Adenauer IV Mundo virtual*. Rio de Janeiro, n. 6, p. 99-121, abril 2004.

⁷⁹³ Neste sentido WOLTON, Dominique. *Internet ¿ y después? Una teoría crítica de los nuevos medios de comunicación*. Barcelona: Editorial Gedisa, 2000, p. 95.

⁷⁹⁴ Pierre Lévy é um dos poucos autores que explora este processo de construção ou desenvolvimento de inteligências coletivas. LÉVY, Pierre. *A inteligência coletiva: por uma antropologia do ciberespaço*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1999.

⁷⁹⁵ BORGES, Martha Kaschny. Educação e cibercultura: perspectivas para a emergência de novos paradigmas educacionais. In: VALLEJO, Antônio Pantoja; ZWIREWICZ, Marlene (Orgs.). *Sociedade da informação, educação digital e inclusão*. Florianópolis: Insular, 2007, p. 53-85.

freqüentarem mais eventos de arte, ter acesso à literatura e a praticar esportes, em comparação com os não-usuários⁷⁹⁶; dentre os argumentos mais recorrentes.

Este cotejo entre aspectos positivos e negativos do uso da internet, embora não exaustivo, evidencia quão dividida a comunidade acadêmica se apresenta em relação à temática. O que se mostra inequívoco, no entanto, é que o universo virtual difundiu uma nova forma de socialidade, cuja complexidade escapa às dicotomias simplistas, que coloca em searas opostas os defensores desta ferramenta e seus detratores. A quantidade e a relevância dos argumentos apresentados cima exigem que o tema seja melhor explorado, o que será feito a seguir.

3 Revelando tensões e possibilidades

Conforme apresentado, há inúmeros argumentos que demonstram ressalvas ou preocupações ante a crescente utilização da internet por parte dos alunos. A análise detalhada evidencia que, ao lado de preocupações legítimas, como aquelas que se referem à crescente violação de direitos autorais praticados por meio da internet, há outras que, em verdade, revelam o quão difícil é para muitos educadores romper com a abordagem tradicional, em que todo o processo de ensino-aprendizagem é centrado no professor e no qual ele tem o controle sobre o que é ensinado aos alunos.

E aqui podem ser aplicadas as lições de Bordieu e Passeron⁷⁹⁷ posto que muitos docentes resistem às mudanças, preferindo permanecerem presos ao modelo no qual foram forjados, em que eram tidos como detentores do conhecimento. Tudo o que foge ao seu controle, qualquer conhecimento que o aluno obtenha a partir de outra fonte que não as indicadas por ele em seu planejamento são logo vistas com desconfiança, pois não provém da autoridade educacional.

A utilização das tecnologias da informação abala muitos docentes, ameaçando o lugar que ocupam no processo educacional. O acesso à internet descortina aos alunos uma infinidade de informações que circulam livremente na rede, colocando-os diante de novas realidades, pensamentos e idéias, evidenciando que há outras possibilidades de ser e estar no mundo além daquelas transmitidas com pretensão de verdades incontestáveis que lhe chegaram pela boca do professor.

⁷⁹⁶ Segundo apresentado por CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Traduzido por Maria Luíza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

⁷⁹⁷ BOURDIEU, Pierre & PASSERON, Jean Claude. *A reprodução*. Rio de Janeiro: F. Alves, 1982. p. 11-75.

Neste processo de revelação de outras formas de aquisição de conhecimento os alunos podem se dar conta da violência simbólica que caracteriza do processo ensino-aprendizagem tradicional (sempre o ensino tendo mais relevância que a aprendizagem do aluno), encorajando-os a ter postura ativa diante das informações, selecionando-as e relacionando-as, e não somente recebendo como verdadeiro o que lhe é transmitido pelo docente. E por certo isso abala todos os envolvidos.

E aqui se apresentam dois pontos negativos, elencados acima, que merecem atenção especial: a alegação de que na internet tem muito material de qualidade duvidosa e de que a variedade de materiais e de *links* existentes poderia distrair o aluno. Ora, quanto ao primeiro ponto, convém lembrar que material duvidoso, incorreto ou que significa mera repetição de idéias ou posições já ultrapassadas também pode ser encontrado nos livros. Transpondo isso para a seara jurídica, é possível verificar que basta uma rápida folheada em manuais ou resumos que circulam em alguns espaços acadêmicos (ou que se pretendem como tal) para ver que não é só a internet que oferece este risco. Os próprios materiais de apoio selecionados pelo professor podem padecer do mesmo vício, o que mostra que esta alegação não se sustenta. A diferença entre uma e outra fonte reside no controle que o professor pode exercer quando os conteúdos estão nos livros e manuais que *ele* previamente selecionou, controle que não dispõe quando é o aluno que pesquisa e seleciona as informações disponíveis na rede.

O segundo argumento utilizado (de que a variedade de *links* e páginas poderiam distrair os alunos, desviando-se de sua busca) também parece frágil. Qualquer pesquisa ou busca que se faz descortina aos alunos novas possibilidades de leitura, pois um autor remete a outro e assim sucessivamente, mostrando que a possibilidade de distração não é exclusividade da internet. O que ocorre é que este universo oferece acesso simultâneo a vários ambientes, diferente do que ocorre com o deslocamento físico. Ademais, acreditar neste argumento equivaleria a negar que a possibilidade de distração e de desvio de rota da pesquisa também pode acontecer quando se visita uma biblioteca ou um centro de pesquisa e armazenamento de dados, onde a simples circulação entre as estantes de livros pode produzir desvios na busca, despertando no pesquisador novos centros de interesse. Mas não será justamente esta a finalidade da pesquisa, abrir novas possibilidades de pensar e relacionar os conhecimentos?

O que se percebe é que por trás destes argumentos há algo velado, que é o medo da perda de controle do professor, pois como ficará sua situação, que papel desempenhará no processo, se os alunos puderem livremente⁷⁹⁸ obter fontes de pesquisa e informações sobre

⁷⁹⁸ Sobre o papel que a liberdade exerce no processo educativo, leia-se SAVATER, Fernando. *O valor de educar*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

qualquer assunto, num simples clicar de teclas?

Este temor é até certo ponto compreensível, pois se liga a forma como os docentes são preparados e exercem seu mister. Ainda ancorados no paradigma tradicional⁷⁹⁹, não conseguem se ver senão como detentores de todo o conhecimento e muitos não conseguem imaginar outro processo educacional senão o ensino unidirecional, que tem no professor seu ator principal e onde cada aluno apenas reproduz o conhecimento (num processo de memorização extremamente individualista) que recebeu fragmentado, devolvendo-o ao professor, num círculo vicioso. Esta lógica, tão cômoda ao professor, se vê abalada pela utilização das tecnologias da informação e da comunicação, o que leva Martha Kaschny Borges⁸⁰⁰ a acreditar que as inovações tecnológicas podem promover o rompimento do paradigma tradicional, o que pode se dar em qualquer das modalidades de ensino (presencial, à distância, continuada) e em todos os níveis (ensino fundamental, médio, superior).

Marlene Zwierewicz⁸⁰¹ também caminha no mesmo sentido e, ao contrapor a educação digital ao referencial educativo industrial, aponta algumas diferenças básicas entre os dois modelos: a) a educação digital é centrada na aprendizagem do aluno, e não no ensino, como no referencial anterior; b) permite que se respeite as várias formas e ritmos de aprendizagem, colocando em contato pessoas de diversos locais e de culturas distintas; c) a educação digital favorece a formação permanente e o desenvolvimento do pensamento crítico, levando o aluno a *aprender a aprender*.

Embora se concorde com quase todos os pontos defendidos por Marlene Zwierewicz⁸⁰², um dos aspectos listados merece ser visto com mais cuidado: a afirmação de que a educação digital desenvolve o pensamento crítico.

É claro que o fato de o aluno ter acesso a materiais variados, poder acessar livros, periódicos, bibliotecas de outros locais, sem sair do lugar; que os contatos que pode manter, comunicando-se com outros alunos, com professores e pesquisadores de diversos locais e culturas amplia seus conhecimentos e pode promover o respeito à diversidade cultural⁸⁰³.

⁷⁹⁹ Interessante *radiografia* deste paradigma é apresentado por MIZUKAMI, Maria da Graça Nicoletti. *Ensino: as abordagens do processo*. São Paulo: E.P.U., 1986.

⁸⁰⁰ BORGES, Martha Kaschny. Educação e cibercultura: perspectivas para a emergência de novos paradigmas educacionais. In: VALLEJO, Antônio Pantoja; ZWIEREWICZ, Marlene (Orgs.). *Sociedade da informação, educação digital e inclusão*. Florianópolis: Insular, 2007, p. 53-85.

⁸⁰¹ ZWIEREWICZ, Marlene. *A educação digital e os entornos virtuais da aprendizagem*. In: VALLEJO, Antônio Pantoja; ZWIEREWICZ, Marlene (Orgs.). *Sociedade da informação, educação digital e inclusão*. Florianópolis: Insular, 2007, p. 94.

⁸⁰² *Ibid.*

⁸⁰³ Neste sentido, Fernando Savater refere que a educação deve promover a abertura para o entendimento e o respeito entre as mais variadas culturas e as ações realizadas devem estar voltadas para valores universais, pois só assim será considerada a dimensão de humanidade que deve permear o processo educativo. SAVATER,

Todavia, o desenvolvimento da criticidade parece exigir troca, discussão, contato mais próximo entre pessoas, o que pode ficar prejudicado pela interação por meio da internet. Entende-se pertinente esta ressalva para evitar que se propague a idéia de que a internet é a solução para todos os problemas, o que seria cair no extremo oposto.

As tecnologias da informação e da comunicação podem contribuir para a autonomia do aluno, que passa a contar com um espaço diferenciado de atuação, no qual ele também pode ser protagonista. No entanto, a posição que ele vai assumir diante da rede depende dele, de seus estímulos externos, de suas motivações e projetos pessoais, o que varia muito de pessoa a pessoa, tornando perigosas as generalizações de que a utilização da internet permite o desenvolvimento do pensamento crítico.

O outro lado do uso da rede, como se sabe, é a possibilidade de cópia que a internet oferece, contribuindo para que os alunos não realizem por si mesmos os trabalhos, optando pelas operações de cópia e colagem, alegação também recorrente entre professores do meio acadêmico, inclusive jurídico⁸⁰⁴.

Esta questão precisa ser analisada com cautela, pois se é verdadeiro que o uso da internet acentuou os processos de cópia, também é verdadeiro que este expediente não se iniciou com a rede. Ainda, há que se considerar que o largo uso da cópia de trabalhos se deve a alguns fatores: primeiro, porque muitos professores solicitam trabalhos de seus alunos e sequer lêem o que foi escrito, num claro convite a que o aluno também não se esforce para produzir seu próprio trabalho, pois tem a certeza de que sequer será lido, corrigido e os erros apontados para que possam ser superados, etapas necessárias para a ultrapassagem dos problemas de compreensão e elaboração dos conhecimentos. O segundo fator que serve de estímulo à cópia se liga às estratégias do professor, ou seja, ao tipo de trabalho que é solicitado e seus desdobramentos futuros, pois na medida em que o tema é problematizado, cujo enfrentamento exige bem mais do que a simples apresentação de respostas feitas *a priori*, as chances de cópia ficam reduzidas. Somado a isso, se a pesquisa solicitada for seguida de argüição verbal, de apresentação ou qualquer outra forma de trabalho que exija que o aluno exponha aqueles conhecimentos, relacionando-os com outras questões, não terá como enfrentá-los se não tiver efetivamente realizado a pesquisa e elaborado o trabalho.

Tudo isso sem falar na utilização de programas e *softwares* que permitem que as

Fernando. *O valor de educar*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁸⁰⁴ Este tema ocupou grande parte das manifestações realizadas na lista de discussões da ABEDi, conforme FRAGALE FILHO, Roberto; VERONESE, Alexandre. O caso da Associação Brasileira do Ensino do Direito. *Cadernos Adenauer IV Mundo virtual*. Rio de Janeiro, n. 6, p. 99-121, abril 2004.

cópias sejam detectadas o que, se não afasta, ao menos relativiza a alegação de que a internet não deve ser utilizada, pois permite o plágio, tudo dependendo de como os atores agem ao longo do processo ensino-aprendizagem. Se o aluno perceber que o professor faz exigências que sequer ele cumpre (na medida em que também não prepara suas aulas, não se atualiza, não lê os trabalhos que exige, etc) estará a um passo da cópia. Portanto, não é o instrumento que conta, ou seja, não se pode atribuir à internet a cópia esquecendo-se que por trás da rede há pessoas e que o nível de envolvimento nelas no processo de construção do conhecimento é que determinará seu êxito ou seu fracasso.

Outro aspecto que merece destaque é que a incorporação da internet apresenta novas exigências aos docentes, visto que a utilização das tecnologias da informação e da comunicação abre um canal de constante comunicação com seus alunos que se por um lado a facilidade de comunicação pode ser favorável, estreitando os laços e facilitando algumas ações (documentos podem ser enviados por e-mail, evitando que o professor se desloque até seus alunos, recados podem ser dados, etc) por outro, isso gera incessantes demandas aos docentes, o que muitas vezes perturba seus horários de descanso, finais de semana e férias.

E por fim, alguns autores são refratários ao uso dos ambientes virtuais de aprendizagem por entender que eles quebrariam o clima de proximidade existente no contato real, de face a face, prejudicando o processo de aprendizagem. Bem, aqui é preciso que se olhe diretamente para a realidade das salas de aula da graduação, especialmente em cursos como o de Direito: quantos alunos estão matriculados numa disciplina? O professor conhece todos? Sabe seus nomes, como cada um aprende, quais suas dificuldades?

Salvo raras exceções (reputadas mais ao interesse do professor e sua habilidade em reter fisionomias do que qualquer coisa) a resposta é negativa para todos os questionamentos.

E mesmo que se saiba quem é o aluno, seu nome e onde senta na sala de aula, como se pode afirmar que ele está realmente ali, já que muitas vezes, apesar de fisicamente estar num ambiente, sua mente vaga pelos locais mais distantes?

E neste aspecto não há como discordar de Suely Galli Soares⁸⁰⁵, que diz que a utilização de ambientes virtuais de aprendizagem exigem que o aluno participe mais do que se estivesse numa sala de aula, posto que nesta o professor se conforma em ver sua presença física, e naquele se exige que o aluno participe, contribua indicando *links*, poste suas mensagens, saindo das sombras onde muitas vezes se esconde na sala de aula tradicional.

É lógico que sempre haverá a dúvida: é mesmo o aluno que está postando estas

⁸⁰⁵ SOARES, Suely Galli. *Educação e comunicação: o ideal de inclusão pelas tecnologias de informação: otimismo exacerbado e lucidez psicológica*. São Paulo: Cortez, 2006.

mensagens? Foi ele que escreveu ou outra pessoa o fez e ele está apenas usando a posição de outro?

Estas são incertezas que sempre acompanharão os processos de interação no espaço virtual e para as quais não há respostas prontas. Ademais, elas não fogem das demais incertezas que se descortinam a cada dia nesta sociedade dinâmica e mutável. É bom lembrar que a era das certezas já terminou (se é que houve alguma um dia) e que em educação, assim como em outras áreas, é preciso trabalhar com a mudança, com o novo e imprevisível.

Na verdade, o que se percebe por trás de muitos destes argumentos é um grande despreparo dos profissionais da área da educação para utilizar este novo instrumental. Outros, embora não assumam um discurso refratário e até queiram participar desta revolução que se processa na esfera educacional, esbarram na falta de competências e habilidades que lhes permitem *navegar* pelos mesmos mares explorados por seus alunos.

Conforme acentuado por Antonio Pantoja Vallejo⁸⁰⁶, existem alguns aspectos que são considerados como chaves de acesso ao mundo digital e que devem ser dominados pelo professor, ou seja, ele deve ter condições de realizar as tarefas para que se possa falar em alfabetização digital. Dentre as habilidades, deve: a) ter conhecimento básico dos conceitos das tecnologias da informação e da comunicação, conseguindo armazenar dados, aplicar conceitos e usar redes com segurança; b) usar o computador e gerenciar arquivos; utilizar o processador de textos, sendo capaz de criar e formatar documentos, gerar tabelas, imagens e conseguir importar objetos; c) ser capaz de usar planilhas e gráficos; d) conseguir trabalhar com base de dados; e) ter habilidade para montar apresentações e materiais de vários tipos e saber buscar informações, utilizando navegadores *web*, participar de *chats*, fóruns, etc.

Basta uma simples leitura dos aspectos chave da alfabetização digital para afirmar que muitos docentes que atuam no ensino jurídico brasileiro não são alfabetizados digitalmente, o que contribui para se sentirem ameaçados diante desta tecnologia largamente utilizada por parte de seus alunos.

A educação levada a efeito na sociedade da informação trará outras dificuldades aos docentes, que além de saberem manejar com um novo instrumental, ainda terão que manter-se constantemente atualizados. A dinamicidade da produção, circulação e disponibilização de informações apressará o ritmo de envelhecimento dos materiais preparados, impondo sua constante revisão, sob pena de o professor chegar em aula e se defrontar com alunos que

⁸⁰⁶ VALLEJO, Antônio Pantoja. *Novos cenários educativos*. In: VALLEJO, Antônio Pantoja; ZWIEREWICZ, Marlene (Orgs.). *Sociedade da informação, educação digital e inclusão*. Florianópolis: Insular, 2007, p. 34.

detêm as últimas informações, enquanto àquelas selecionadas e articuladas por ele já se encontram ultrapassadas.

Como se não bastasse isso, o docente terá que lançar mão de estratégias que se mostrem interessantes aos olhos de uma geração cada vez mais acostumada com as imagens, com o lúdico, e que por certo não acha graça alguma no estático quadro verde, onde o docente escreve seus envelhecidos esquemas de aula. Como a geração cibernética vai suportar isso, quando o ambiente virtual se abre em múltiplas *janelas*, cheias de sons, luz e cor?

Como enfrentar todos os desafios impostos pela realidade virtual?

Não há como apresentar respostas exaustivas ou definitivas a este questionamento, pois em assuntos complexos e de constante evolução, como a utilização das tecnologias da informação e da comunicação na educação, qualquer consideração ou conclusão é sempre provisória e sujeita a refutações.

Considerações finais e provisórias

Neste trabalho restou evidente que a utilização das novas tecnologias pode se constituir numa experiência capaz de dar dinamicidade à aprendizagem, colocando-a no centro do processo educacional, na medida em que democratiza o acesso às fontes de pesquisa, à informação e à manifestação. Com efeito, em que pese todos os argumentos contrários ou refratários à utilização da internet, acredita-se que o uso desta ferramenta pode contribuir para a superação do paradigma tradicional e ultrapassado no qual a educação insiste em se manter.

A utilização da internet pelos atores que participam do processo de educação formal apresenta algumas vantagens que falam por si só, como o acesso que os professores têm a materiais, informações, pesquisas e publicações que circulam na rede e as facilidades de comunicação com seus alunos (recados, informações, notícias, envio e recebimento de materiais); bem como a possibilidade de os alunos adotarem papel ativo na construção do seu conhecimento, o que pode ser feito a partir da busca de informações, contato com acadêmicos e professores de outras universidades, visitas virtuais a centros de pesquisa, consulta a artigos e demais publicações que circulam na rede.

Outras vantagens advindas do uso da internet podem ser melhor exploradas, tais como a criação de *blogs* temáticos relacionados ao tema da disciplina, a formação de grupos de discussão na internet, experiências que também se revelam como opções interessantes na

construção do processo ensino-aprendizagem condizente com os tempos que correm.

A análise até aqui realizada mostra que há um longo caminho a percorrer e que as possibilidades de uso da internet, que se descortinam a professores e alunos são infinitas. Por ora e à guisa de conclusão provisória, pode-se afirmar que a utilização do ambiente virtual amplia os canais de comunicação, promove a leitura e a reflexão dos temas estudados, fazendo com que os alunos/colaboradores mantenham-se constantemente envolvidos no processo o que, em última instância, pode dar novo significado à aprendizagem, na qual se reconheça o protagonismo do acadêmico.

Referências consultadas

BAUMANN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Traduzido por Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

BOURDIEU, Pierre & PASSERON, Jean Claude. *A reprodução*. Rio de Janeiro: F. Alves, 1982. p. 11-75.

BORGES, Martha Kaschny. Educação e cibercultura: perspectivas para a emergência de novos paradigmas educacionais. In: VALLEJO, Antônio Pantoja; ZWIREWICZ, Marlene (Orgs.). *Sociedade da informação, educação digital e inclusão*. Florianópolis: Insular, 2007, p. 53-85.

CASTELLS, Manuel. *Fim de milênio - a era da informação: economia, sociedade e cultura*. Traduzido por Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Vanancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____. *A sociedade em rede - a era da informação: economia, sociedade e cultura*. 5. ed. Traduzido por Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Vanancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

_____. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Traduzido por Maria Luíza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

FRAGALE FILHO, Roberto; VERONESE, Alexandre. O caso da Associação Brasileira do Ensino do Direito. *Cadernos Adenauer IV Mundo virtual*. Rio de Janeiro, n. 6, p. 99-121, abril 2004.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Traduzido por Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

_____. *Modernidade e identidade*. Traduzido por Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Traduzido por Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 1999, 2. ed, 2000.

_____. *O que é o virtual?* Traduzido por Paulo de Neves. São Paulo: Ed. 34, 1996.

_____. *Ciberdemocracia*. Traduzido por Alexandre Emílio. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

_____. *A inteligência coletiva: por uma antropologia do ciberespaço*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1999.

MIAILLE, Michel. O cidadão virtual. *Cadernos Adenauer IV Mundo virtual*, Rio de Janeiro, n. 6, p. 13-29, abril 2004.

MIZUKAMI, Maria da Graça Nicoletti. *Ensino: as abordagens do processo*. São Paulo: E.P.U., 1986.

RONDELLI, Elizabeth; SARTI, Ingrid. Informação científica virtual. *Cadernos Adenauer IV Mundo virtual*, Rio de Janeiro, n. 6, p. 123-132, abril 2004.

ROHRMANN, Carlos Alberto. O governo da internet: Uma análise sob a ótica do direito das telecomunicações. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, Belo Horizonte, v. 6, p. 39-98, 1999. Disponível em <http://www.direitodarede.com.br/GovInt.pdf>. Acesso em 10 de janeiro de 2008.

SAVATER, Fernando. *O valor de educar*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

SOARES, Suely Galli. *Educação e comunicação: o ideal de inclusão pelas tecnologias de informação: otimismo exacerbado e lucidez psicológica*. São Paulo: Cortez, 2006.

WOLTON, Dominique. *Internet ¿ y después? Una teoría crítica de los nuevos medios de comunicación*. Barcelona: Editorial Gedisa, 2000.

VALLEJO, Antônio Pantoja. *Novos cenários educativos*. In: VALLEJO, Antônio Pantoja; ZWIEREWICZ, Marlene (Orgs.). *Sociedade da informação, educação digital e inclusão*. Florianópolis: Insular, 2007, p. 13-52.

VIRILIO, Paul. *A bomba informática*. Traduzido por Luciano Vieira Machado. São Paulo: Estação Liberdade, 1999.

ZWIEREWICZ, Marlene. *A educação digital e os entornos virtuais da aprendizagem*. In: VALLEJO, Antônio Pantoja; ZWIEREWICZ, Marlene (Orgs.). *Sociedade da informação, educação digital e inclusão*. Florianópolis: Insular, 2007, p. 94.

OS NOVOS RUMOS DA PROTEÇÃO AUTORAL NO MEIO MUSICAL

Sandro Roberto dos Santos⁸⁰⁷

SUMÁRIO. Introdução. I. Direito de autor e sua função social: limites impostos pela legislação. I.1. O domínio público nas obras musicais. I.2. A cópia privada e a doutrina do *fair use*. II. As licenças jurídicas do *creative commons*. Considerações finais. Referências bibliográficas.

RESUMO

O presente trabalho tem como propósito uma abordagem crítica acerca dos novos rumos do Direito Autoral musical. Trata-se de um estudo assentado em conceitos atuais, que compõem a evolução do pensamento jurídico no campo da tutela jurídica dos autores de obras musicais, artistas intérpretes e executantes, produtores de fonogramas e editoras musicais e, sobretudo, o interesse público.

Da Idade Antiga à Idade Média, assim como desta até a atualidade pode-se vislumbrar momentos de expansão da consciência ética no tocante ao Direito de Autor. Objetivando delinear caminhos que possam conduzir aos mais recentes posicionamentos doutrinários, tratar-se-ão temas que caracterizam o Direito Autoral no Século XXI. Tais temas são característicos do paradigma digital, que caracteriza a sociedade da informação e a pós-modernidade.

O presente trabalho é dividido em duas partes. Na primeira, é feita uma abordagem sobre a função social do Direito Autor, tratando de suas limitações, em especial, o domínio público sobre obras musicais e o instituto da cópia privada. Essa limitação encontra-se tanto no sistema anglo-saxão do *Copyright*, por meio da doutrina do *fair use* nos Estados Unidos, quanto no sistema europeu, por meio das limitações expressas ao direito de autor. Na segunda parte apresenta-se um estudo sobre as licenças jurídicas do *creative commons*, que representam, por assim dizer, uma nova visão do Direito de Autor.

⁸⁰⁷ Bacharel em Direito – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Mestrando em Direito Civil - – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo.

PALAVRAS-CHAVE: PROPRIEDADE INTELECTUAL; DIREITO AUTORAL; OBRA MUSICAL; PARADIGMA DIGITAL.

ABSTRACT

The present work has as intention a critical boarding concerning the new routes of the musical Copyright. One is about a boarding seated in current concepts that compose the evolution of the legal thought in the field of the legal guardianship of the authors of musical workmanships, artists interpreters and executants, publication companies, record labels and music editors and, over all, the public interest. Of the Old Age to the Average Age, as well as of this until the present time it can be glimpsed moments of expansion of the ethical conscience in regards to the Copyright. Objectifying to delineate ways that can lead to the most recent doctrinal positionings to treat it the subjects that characterize the Copyright in Century XXI. Such subjects are characteristic of the digital paradigm, that characterizes the society of the information and after-modernity. The present work is divided in two parts. In the first one, a boarding on the social function of the Right Author, treating to its limitations is made, in special, the public domain on musical workmanships and the institute of the private copy. This limitation meets in such a way in the Anglo-Saxon system of the Copyright, by means of the doctrine of fair uses in the United States, how much in the European system, by means of the express limitations to the copyright. In the second part a study is presented on the legal licenses of creative commons, that they represent, so to speak, a new vision of the Copyright.

KEYWORDS: PROPRIEDADE INTELECTUAL; INTELLECTUAL PROPERTY; DIREITO AUTORAL; COPYRIGHT; OBRA MUSICAL; MUSICAL WORKMANSHIP; PARADIGMA DIGITAL; DIGITAL PARADIGM.

INTRODUÇÃO

Como se sabe, a criação intelectual representa um patrimônio que existe e circula na sociedade. Tal criação, por sua vez, pode ter cunho utilitário ou estético. Sabe-se também que sob a égide dos direitos intelectuais encontram-se de um lado, os direitos industriais, referente à proteção das patentes de invenções e dos engenhos de cunho utilitário, e de outro os direitos

autorais, que regulam e protegem a criação intelectual com finalidade incorpórea, abstrata, ou seja, não obras de caráter utilitário, mas de característica estética, como é o caso das obras pertencentes ao campo da literatura, das artes e da ciência⁸⁰⁸.

A terminologia “Direito Autoral”⁸⁰⁹ ou “Direitos Autorais” designa uma espécie de tutela jurídica, que por sua vez divide-se em “Direitos de Autor”, os direitos do autor em si sobre a obra fruto da sua criação, e os “Direitos conexos aos de Autor”, conferidos àqueles que auxiliam na materialização e fixação daquela obra, caso das empresas de publicação. Portanto, os Direitos Autorais designam o gênero, da qual são espécies os Direitos de Autor e os Direitos Conexos aos de Autor⁸¹⁰.

Os primeiros vestígios da proteção autoral encontram-se nas civilizações clássicas. Na Grécia e Roma antigas, sabe-se que o Erário distribuía prêmios aos recitadores de versos. A positivação deste instituto jurídico foi trazida em 1710, com a instauração do Copyright Act, ou “ato do direito de cópia”, destinado a proteger os editores contra a reprodução ilegal de seus impressos, ficando conhecido como privilégio de impressão.

Percebe-se, portanto, que a lei autoral inglesa consagra não um direito ao autor, mas sim, aos editores, qual seja, o direito das empresas de publicação exercerem seu privilégio de impressão. A idéia de proteção ao autor foi se ampliando gradativamente, por influencia do iluminismo e do humanismo, culminando com a noção oriunda da Revolução Francesa, que pela primeira vez considerou o Direito de Autor como um direito de propriedade. É nesse cenário que se desenvolve a proteção autoral.

A noção e o reconhecimento do sistema de Direitos Humanos influenciaram de maneira fundamental o desenvolvimento da proteção puramente autoral. Em defesa do ser

⁸⁰⁸ GUEIROS JR. Nehemias. *Direito autoral no show business* – A música. Rio de Janeiro: Ed. Gryphus, 1999. p. 42.

⁸⁰⁹ Conforme leciona Eduardo Vieira MANSO: “Direito autoral é o conjunto de prerrogativas jurídicas de patrimonial e não-patrimonial atribuídas aos autores de obras intelectuais pertencentes ao reino da literatura, da ciência e das artes, motivo por que são, tradicionalmente, denominadas “obras literárias, artísticas e científicas, locução, porém, que não esgota as hipóteses de obras suscetíveis de proteção por tal ramo do Direito Privado”. MANSO, Eduardo Vieira. *Violações aos direitos morais*. In: NAZO, Georgete N. *A tutela jurídica do Direito de Autor* [Coord.]. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 01.

⁸¹⁰ Quanto às divergências de entendimento dessas denominações, Antonio Carlos Morato e Fernanda Mazzafera Salles lembram que para alguns autoralistas, como Carlos Alberto Bittar e Nehemias Gueiros Junior, direito autoral e direito de autor são sinônimos e designam um ramo do direito privado regulador das relações jurídicas criadas entre autor e obra. Para outros, como José de Oliveira Ascensão, direito de autor e direito autoral são institutos diversos. Enquanto o primeiro trata dos direitos do autor em relação à sua obra, o segundo ainda inclui os direitos conexos aos de autor, como os direitos das gravadoras. MORATO, Antonio Carlos; SALLES, Fernanda Mazzafera. *O direito de autor na obra musical*. In: Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. V. 6, nº 12, p. 123-46. jul/dez. 2003. p. 125. Nesse sentido, segundo Antonio CHAVES, os chamados “direitos conexos”, há décadas atrás repudiados, hoje estão em franca ascensão, a tal ponto que a própria expressão tende a ser eliminada, vencendo a última barreira da discriminação. In: CHAVES, Antonio. *Experiência en la enseñanza del Derecho de Autor en una Universidad latino americana*. In: Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados. V. 84, nº 15. São Paulo: Editora Vellenich, 1991. p. 37.

humano, contra ele mesmo, a dignidade da pessoa humana do autor atinge a consciência ética do pensamento autoralista. Conforme leciona Rodrigo MORAES:

“O paradigma do Direito Autoral contemporâneo, deve ser, também, antropocêntrico, ou seja, deve considerar o homem como o centro dos interesses. O autor, antes de ser criador intelectual, é gente, pessoa humana. Sua dignidade deve ser priorizada”⁸¹¹.

Até meados do século XX as obras musicais eram difundidas ao público por meio de partituras e suas interpretações. A evolução da tecnologia permitiu a fixação e reprodução fonográfica, impulsionando a difusão dessas obras intelectuais em larga escala. Assim, os direitos de autor passaram a adquirir proporções maiores e, como consequência, o relacionamento entre autores e empresas de publicação de obras musicais também se intensificou.

Dividiu-se o presente trabalho em duas partes. Na primeira, é feita uma abordagem sobre a função social do Direito Autor, tratando de suas limitações, em especial, o domínio público sobre obras musicais e o instituto da cópia privada. As limitações ao Direito de Autor referem-se às situações que tratam do uso livre e gratuito de obras intelectuais, em determinadas situações, visando atender aos interesses da sociedade como um todo, como o acesso à informação, à educação e à cultura; às necessidades particulares de alguns segmentos da sociedade ou à liberdade de expressão. O domínio público representa a principal limitação à que se submete o Direito de Autor, já que limita no tempo o monopólio sobre a exploração econômica de uma obra intelectual. A cópia privada encontra-se tanto no sistema anglo-saxão do *Copyright*, por meio da doutrina do *fair use* nos Estados Unidos, quanto no sistema europeu, por meio das limitações expressas ao direito de autor. Na segunda parte apresenta-se um estudo sobre as licenças jurídicas do *creative commons*, que representam, por assim dizer, uma nova visão do Direito de Autor.

I. DIREITO DE AUTOR E SUA FUNÇÃO SOCIAL: LIMITES IMPOSTOS PELA LEGISLAÇÃO

⁸¹¹ MORAES, Rodrigo. *A função social da propriedade intelectual na era das novas tecnologias*. In: BRASIL. Ministério da Cultura. Coleção cadernos de políticas culturais: Direito Autoral. v.1. Brasília: Ministério da Cultura, 2006. p. 267.

Atualmente, vê-se como regra geral, o nascimento de direitos já limitados pela supremacia dos interesses sociais. Assim, atendendo a essa configuração, os direitos de autor também já nascem relativizados. O autor deve tolerar certas restrições a seus direitos, tendo em vista a vinculação social dos institutos jurídicos aos quais não pode escapar. Das lições de BITTAR, extrai-se:

“A partir da noção de que o autor, na consecução da obra, sempre retira elementos do acervo cultural preexistente, tem sido sufragada, à unanimidade, a limitação no tempo dos direitos patrimoniais, para efeito de aproveitamento ulterior da obra pela coletividade”.⁸¹²

Apesar do caráter absoluto da proteção autoral, reconhecido como um verdadeiro monopólio de exploração em favor do criador, esse tipo de tutela está, não obstante, sujeito às restrições que as leis e os tratados internacionais estabelecem. Por sua vez, José de Oliveira ASCENSÃO, leciona:

“Todo o direito, exclusivo ou não, tem de admitir limites. É a consequência directa do princípio da função social. Porque tem uma função social, o direito exclusivo está sujeito a limites, que compatibilizam o exercício do titular com o interesse social. [...] Os direitos exclusivos têm pois limites; e não podem deixar de os ter, por força do princípio constitucional da função social da propriedade. Os direitos exclusivos, que são criados tendo em vista um interesse social, não podem ignorar em sua existência a função social que os justifica”⁸¹³.

As limitações ao Direito de Autor referem-se às situações que tratam do uso livre e gratuito de obras intelectuais, em determinadas situações, visando atender aos interesses da sociedade como um todo, como o acesso à informação, à educação e à cultura; às necessidades particulares de alguns segmentos da sociedade ou à liberdade de expressão, como no caso das paródias e paráfrases. Podem ser divididas em duas grandes categorias: as

⁸¹² BITTAR, BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 70.

⁸¹³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito intelectual, exclusivo e liberdade*. In: Revista da ABPI nº 59. jul./ago. de 2002. p. 48.

que proporcionam a utilização livre e gratuita de obras intelectuais; e as que permitem a utilização, mas estão sujeitas à remuneração⁸¹⁴.

Nas limitações de utilização livre e gratuita, permite-se que e utilize a obra sem a necessidade de autorização nem obrigação de pagamento ao autor pelo uso. É o caso do direito de citação; cópia para finalidade de ensino e pesquisa; paródias e paráfrases; representações privadas e gratuitas; execução de músicas e recepção de transmissões de radiodifusão nos comércios para fins de demonstração, entre outros⁸¹⁵.

As limitações sujeitas à remuneração correspondem às situações que, embora dispensem a autorização do autor para a utilização da obra, impõe ao usuário o pagamento de uma compensação pelo uso realizado, chamado pela doutrina de *direito a uma simples remuneração* ou *direito de remuneração*⁸¹⁶. Conforme expõe AVANCINI:

“O Brasil não tem esta espécie de limitação e, em regra geral, assim ocorre nas legislações dos países latinos, com exceção de Cuba (artigo 40) com amparo no Anexo da Convenção de Berna e em sua própria legislação interna, Colômbia (artigos 71 e seguintes) e Equador (artigos 105 e seguintes), que previram a remuneração por cópia privada”⁸¹⁷.

I.1. O DOMÍNIO PÚBLICO NAS OBRAS MUSICAIS

O domínio público representa a principal limitação à que se submete o Direito de Autor. Por força do domínio público, o monopólio sobre a exploração econômica de uma obra intelectual é temporário. Assim, na seara autoral, o domínio público faz referência às obras que se tornaram coisa comum de todos, podendo ser utilizadas livremente por quem quer que seja, com fins comerciais ou não⁸¹⁸.

⁸¹⁴ AVANCINI, Helena Braga. *Os limites e exceções dos direitos autorais na sociedade da informação*. In: Revista da ABPI nº 78. set./out. de 2005. p. 41.

⁸¹⁵ *Ibid.* p. 41-43.

⁸¹⁶ SANTIAGO, Vanisa. *O direito de autor e o direito de remuneração*. In: Revista de Direito Autoral, V. II, ano 3. São Paulo: Lúmen Júris, 2005. p. 102.

⁸¹⁷ AVANCINI, 2005. *Op. cit.* p. 44.

⁸¹⁸ DIAS, Maurício Cozer. *A proteção de obras musicais caídas em domínio público*. Monografia apresentada à Comissão Organizadora de concurso nacional de monografias do Ministério da Cultura. Sorocaba, 2004. Conforme afirma o autor: “Atualmente, na área musical, pode ser afirmado que não existem obras em domínio público e sim obras no esquecimento público, uma vez que não há nenhuma sistematização dessas obras referentemente às suas letras, às suas partituras, aos seus autores”. [...] Nos Estados Unidos, há um interesse maior pelas obras caídas em domínio público por parte de editores especializados nessas obras, bem como, entidades interessadas pela difusão da cultura, como é o caso do Projeto Gutenberg, existindo inclusive uma página na rede mundial denominada “pdinfo”, ou seja, informações sobre domínio público, que disponibiliza uma lista com mais de três mil e quinhentas obras musicais americanas de domínio público”. *Ibid.* p. 57.

Georgete NAZO, ao tratar do domínio público, assim expõe:

“Vencidos os prazos estipulados pelas leis internas ou nas Convenções internacionais, as obras caem em domínio público, permitindo a qualquer pessoa o seu aproveitamento econômico. Com efeito, não só pelo decurso do lapso de proteção, mas por outros motivos, como, a título de exemplo, a não observância de formalidades essenciais, ausência de reciprocidade, etc., uma obra pode cair em domínio público”⁸¹⁹.

A legislação autoral confere um prazo de exploração aos titulares, regrado internacionalmente pela Convenção de Berna e pelas legislações internas dos países. Tendo em vista a função social do Direito de Autor, esse direito é limitado no tempo. Expirado esse prazo ou falecido o autor sem deixar sucessores, essas obras poderão ser utilizadas pelo público em geral, sem necessidade de autorização ou pagamento pela utilização⁸²⁰.

A Convenção de Berna determinou um prazo mínimo de proteção de cinquenta anos, que vem sendo gradativamente aumentado. O prazo protetivo estipulado pela legislação brasileira é de setenta anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao do falecimento do autor⁸²¹. Essa dilação de prazo em vinte anos não apresenta justificativa. Maurício Cozer DIAS destaca que o prazo de proteção às obras somado à longevidade média dos autores eleva a duração dos direitos patrimoniais para mais de um século. Tal exagero de proteção contribui decisivamente para que as caiam no esquecimento completo⁸²².

Nesse sentido, Maurício Cozer DIAS expõe que, no Brasil, a produção musical caída em domínio público não está exercendo a função social que deveria. A sociedade não tem acesso às obras musicais, não podendo conhecê-las, conhecer seus autores, suas histórias e a história da própria produção musical brasileira. Implementar um banco de dados das obras tombadas pelo domínio público na área musical, assim como nas demais áreas artísticas, é uma solução significativa para a proteção do patrimônio artístico-cultural brasileiro⁸²³.

⁸¹⁹ NAZO, Georgete. 1991. *Op. cit.* p. 112-113.

⁸²⁰ *Ibid.*, p. 56-57.

⁸²¹ Nas obras fotográficas, o prazo é contado a partir da data de publicação da obra. Art. 79 da Lei 9.610/98. A fotografia foi inventada no Brasil em 1833. Em geral o direito de autor é vitalício, com exceção da fotografia. Assim, se o autor da fotografia viver 70 anos após a publicação da fotografia que fez, verá sua obra sem proteção.

⁸²² “Os dilatados prazos de proteção deixam de conferir meios de proteção aos autores, principais sujeitos da tutela autoral, para proteger várias gerações de herdeiros e uma indústria que somente se preocupa em explorar economicamente a obra intelectual”. DIAS, 2004. *Op. cit.* p. 64.

⁸²³ *Ibid.* p. 63.

Proteger as obras musicais tombadas pelo domínio público é de fundamental importância cultural, social e histórica. Assim, a sistematização das obras musicais caídas em domínio público é essencial na preservação e difusão do patrimônio musical nacional⁸²⁴. Em novembro de 2004, o Governo brasileiro publicou na rede mundial de computadores, internet, o “Portal domínio público”, que se constitui numa biblioteca virtual de obras que já estão em domínio público ou que tiveram sua divulgação devidamente autorizada. Seu objetivo é promover o amplo acesso às obras literárias, artísticas e científicas. De novembro de 2004 à dezembro de 2007 foram cadastradas 3.012 obras intelectuais, das quais 1.740 correspondem a arquivos musicais⁸²⁵.

Importante frisar, com relação ao domínio público, um aspecto importante da antiga lei autoral brasileira, Se a regra geral é a livre utilização da obra tombada pelo domínio público, poucos países têm introduzido na sua legislação o chamado domínio público remunerado.

A Lei 5.988/73, antiga lei autoral brasileira, determinou em seu artigo 93, que a utilização dessas obras estava facultada pela autorização do extinto Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA). Caso a utilização visasse o lucro, deveria ser recolhida ao CNDA importância referente a 50% da que caberia ao autor da obra. Caso a utilização visasse fins didáticos, a porcentagem era reduzida a 10%.

Tais recursos integrariam o Fundo de Direito Autoral que, conforme expõe Maurício Cozer DIAS, tinha cinco finalidades, quais sejam: estimular a criação de obras intelectuais, inclusive mediante a estipulação de prêmios e de bolsas de pesquisa; auxiliar os órgãos da assistência social das associações e sindicatos dos autores, intérpretes e executantes; publicar obras de autores novos mediante convênios com órgãos públicos ou editora privada; custear as despesas do CNDA, bem como de seu museu. O domínio público remunerado foi banido desde a Lei 7.123/83⁸²⁶.

Na opinião de Rodrigo MORAES legislador fez bem ao rechaçar o domínio público remunerado. Expõe o autoralista:

“O Estado já possui outros meios de arrecadação. É preciso impor limites à sua sede desmedida de tributar. É exagerado intervencionismo ter de pedir sua autorização para utilizar obras intelectuais caídas em domínio público”⁸²⁷.

⁸²⁴ *Ibid.* p. 58-59.

⁸²⁵ Dados disponíveis em: <<http://www.dominiopublico.gov.br>>. Último acesso em 18 de dezembro de 2007.

⁸²⁶ *Ibid.* p. 88-89.

⁸²⁷ MORAES, 2006. *Op. cit.* p. 302.

I.2. A CÓPIA PRIVADA E A DOCTRINA DO *FAIR USE*

O desenvolvimento da tecnologia de comunicação permitiu o intercâmbio de arquivos musicais. Por meio da compactação de músicas em arquivos chamados MP3⁸²⁸, é possível o acesso e troca de fonogramas. Essa questão suscitou a reação de entidades de gestão coletiva e, particularmente, das empresas de publicação de obras musicais.

Foi invocada a violação de direitos autorais que tais práticas implicariam, argumento que foi acolhido pela jurisprudência norte-americana. Conforme leciona ASCENSÃO:

“O argumento principal foi encontrado no prejuízo que essa prática trazia para as gravadoras. No “common law”, ao contrário do que acontece em nossos países, o prejuízo causado a outrem na vida comercial é um elemento de ponderação autônomo da “fair use”. Admitido esse prejuízo, a prática foi considerada ilícita⁸²⁹.”

Lembra o autoralista lusitano que a troca de arquivos musicais é um ato de uso privado e, em termos de Direito de Autor, o uso privado é tendencialmente livre, porquê respeita à exploração pública de obras⁸³⁰.

A doutrina do *fair use*, ou como referido na doutrina francesa *usage loyal*, desenvolveu-se nas cortes norte-americanas, como uma defesa flexível para as violações aos direitos de autor. O *fair use* limita o escopo do monopólio protetivo concedido ao autor calcado na justificativa utilitária e do interesse público relevante. Das lições de Carlos Eduardo Neves de CARVALHO, extrai-se:

“A doutrina do *fair use* (uso leal) foi judicialmente estabelecida nas cortes dos Estados Unidos como defesa à violação dos direitos autorais, a qual permite a utilização livre e gratuita de uma obra intelectual independente da prévia autorização do detentor dos direitos

⁸²⁸ Conforme expõe Fabio BARBOSA: “MP3 é a sigla de *Moving Picture Experts Group 1 (MPEG) Audio Layer 3*. Trata-se de um arquivo de computador extremamente comprimido [...]. Esse formato é utilizado para gravação de áudio (músicas). O formato é utilizado, como o padrão da indústria, como a melhor forma de comprimir áudio para *downloading* através da Internet”. BARBOSA, Fabio. *A eficácia do direito autoral face à sociedade da informação: uma questão de instrumentalização na obra musical?* In: BRASIL. Ministério da Cultura. Coleção cadernos de políticas culturais: Direito Autoral. v.1. Brasília: Ministério da Cultura, 2006. p. 372.

⁸²⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito de autor e desenvolvimento tecnológico: controvérsias e estratégias*. In: Revista de Direito Autoral. Ano I, nº 1. São Paulo: Lúmen Júris, 2004. p. 05.

⁸³⁰ *Ibid.* p. 04-05.

autorais”⁸³¹.

Conforme destaca Eduardo Lycurgo LEITE:

“O “fair use” nada mais é do que um instituto desenvolvido a partir de um princípio geral de direito calcado na equidade, ou seja, na busca pela justiça a partir de preceitos de ordem ética e moral”⁸³².

Assim, pela análise de preceitos de ordem ética e moral, busca-se sempre o uso justo e razoável das obras intelectuais. Horace G. BALL define essa prerrogativa de utilização como um privilégio que repousa em terceiros, para utilizar uma obra protegida sem o consentimento do autor, desde que de modo razoável, não prejudicando os interesses do mesmo⁸³³.

Ora, em se tratando da troca de arquivos musicais por meio da Internet, os arquivos MP3, cumpre uma opinião a respeito dessa prática ser entendida como o exercício do direito à cópia privada e uma espécie do *fair use*. Em primeiro, é de se ressaltar que a doutrina autoralista em geral, sempre faz referência aos “titulares dos direitos de autor”, ao passo que em se tratando de Direito de Autor, o correto seria fazer referência direta ao autor, pois é sabido que, na esfera patrimonial, ser autor não significa ser titular dos direitos patrimoniais.

O uso razoável de uma obra musical protegida, ou seja, a conduta de adquirir arquivos musicais MP3 sem que se constitua violação aos direitos de autor, baseia-se em quatro fatores. Quanto ao propósito e características do uso, esse deve ter por fim, única e exclusivamente o deleite do ouvinte, sem que se explore economicamente a obra, seja por via da reprodução e venda, seja pela execução pública, casos em que o prejuízo ao autor é inquestionável e a violação a seus direitos é evidente.

Um importante aspecto que deve ser considerado na questão da cópia privada é o efeito do uso privado na exploração comercial da obra. Quantos aos efeitos desse uso no

⁸³¹ Ao decidir sobre a aplicação do *fair use*, a corte americana leva em conta quatro fatores, quais sejam: o propósito e o caráter da utilização, o que enfatiza a distinção entre o uso comercial e o não comercial; a natureza da obra intelectual, o que indica que privilegia obras de cunho educacional, como trabalhos científicos, históricos, etc.; a quantidade reproduzida; e o fator mais importante, o efeito do uso não autorizado no mercado potencial da obra protegida e seu valor econômico. Mas para a aplicação do *fair use*, nunca se deve tomar como base um fator isolado. CARVALHO, Carlos Eduardo Neves de. *A doutrina do “fair use” nos EUA*. In: Revista da ABPI nº 77. jul./ago. 2005. p. 50-52.

⁸³² LEITE, Eduardo Lycurgo. *A doutrina do “fair use” delineada no direito autoral norte-americano: uma ferramenta para o ponto de equilíbrio entre a rigidez autoral e o interesse público relevante*. In: Revista de Direito Autoral, v. II, nº 04. São Paulo: Lúmen Júris, 2006. p. 90.

⁸³³ BALL, Horace G. *The law of copyright and literary property*. Albani, NY: Banks and Co/Matthew Bender & CO. 1944, p. 260.

mercado da obra, algumas considerações dever ser feitas. A indústria fonográfica argumenta que os prejuízos a que se submeteu nos últimos anos decorrem da pirataria⁸³⁴ e da troca de arquivos MP3. A pirataria, prática nada recente e que atinge não somente as obras musicais é algo reprimível, porém inevitável. Conforme destaca Fabio BARBOSA: “*Estudo conduzido por dois professores norte-americanos demonstra que os programas para troca de arquivos MP3 provocam pouco impacto na venda de CD’s*”⁸³⁵.

Em linhas gerais, a distribuição não comercial de expressão artística não prejudica a exploração comercial. Sabe-se que a cópia, pelo próprio conceito, apresenta qualidade inferior à original. MAEDA expõe que: “*O fato de a cópia possuir qualidade inferior e não representar um substituto perfeito para a obra original constitui fator extremamente relevante*”⁸³⁶.

Com relação à cópia privada, leciona Bruno Jorge HAMMES: “*Há necessidade de limitá-la melhor. Uma obra de arte, cujo valor está na sua unicidade, não pode estar entre as exceções ao direito exclusivo do autor*”⁸³⁷.

Guilherme CARBONI expõe o seguinte entendimento:

“*Para nós, a cópia privada, sem intuito de lucro direto ou indireto, escapa ao direito de autor e deve ser liberada. Diferentemente, a reprodução para utilização pública deve ser coibida, a menos que não haja outra forma de utilização da obra intelectual, que deve sempre ser justificada com base em um evidente interesse público, principalmente em matéria de educação, cultura e investigação científica*”⁸³⁸.

Conforme leciona Vanisa SANTIAGO:

“*Criado na Alemanha em 1965 e introduzido paulatinamente na legislação dos países europeus, o sistema da cópia privada representa uma expressiva fonte de riqueza para o autor e para a própria indústria, funcionando por meio da fixação de um cânon compensatório pago*

⁸³⁴ “A falsificação de produtos como moedas, cédulas, obras de arte e selos é prática universal e milenar. Com o aumento do comércio internacional, seguido da abertura das fronteiras de países que não praticavam o livre comércio até recentemente e a conseqüente globalização da economia, o volume de produtos falsificados aumentou absurdamente. GOYANES, Marcelo Martins de Andrade. *A caracterização do dever de indenizar por violação à propriedade intelectual*. In: Revista da ABPI nº 67. nov./dez. 2003. p. 58

⁸³⁵ BARBOSA, 2006. *Op. cit.* p. 373.

⁸³⁶ MAEDA, 2006. *Op. cit.* p. 60.

⁸³⁷ HAMES, Bruno Jorge. *O anteprojeto da lei sobre direito de autor – parte I e II*. In: Estudos Jurídicos. São Leopoldo. V. 23. n. 58. p. 63-72. maio/ago. 1990. p. 71.

⁸³⁸ CARBONI, 2006. *Op. cit.* p. 226.

pelos fabricantes de suportes (fitas, cds virgens e similares) e por meio do exercício obrigatório e conjunto das associações de gestão coletiva”⁸³⁹.

Conforme expõe Bruno MAEDA, a cópia privada designa a possibilidade de reprodução de obras protegidas para fins de uso privado, sem a necessidade de obtenção do prévio e expreso consentimento do autor ou do titular de seus direitos. Essa limitação encontra-se tanto no sistema anglo-saxão do *Copyright*, por meio da doutrina do *fair use* nos Estados Unidos, quanto no sistema europeu, por meio das limitações expressas ao direito de autor. A legislação autoral brasileira prevê a cópia privada no artigo 46, inciso II, no capítulo IV, que trata das limitações ao direito de autor, definida como “reprodução[...] para uso privado. Os elementos caracterizadores da cópia privada são: a finalidade privada da utilização da cópia e a ausência de intuito de lucro”⁸⁴⁰.

Conforme leciona MAEDA, o aspecto fundamental na determinação da finalidade privada relaciona-se ao uso da obra e não ao ato de reprodução. Isso porque o aspecto essencial do uso privado refere-se à impossibilidade da cópia ser aproveitada por uma coletividade. A ausência de lucro é tratada de forma mais adequada tomando-se como base o impacto causado pela reprodução e utilização privada à exploração comercial da obra⁸⁴¹.

II. AS LICENÇAS JURÍDICAS DO *CREATIVE COMMONS*

Segundo Marco MARANDOLA, o *lobby* dos editores e demais interessados se fortalece para restringir a exceções (limitações) e os casos de livre utilização de obras protegidas. Por outro lado, constituiu-se outro movimento com uma nova concepção de Direito de Autor, chamada por muitos de *copyleft*.⁸⁴²

O autoralista ressalta que o fenômeno do *copyleft* não constitui uma contraposição ao Direito de Autor, não pretende abolir a proteção autoral. Os autores sob a ótica do *copyleft*, não renunciam a seus direitos, já que assim não poderiam viver de seu trabalho e outros poderiam apropriar-se de seus direitos. O *copyleft* simplesmente permite, dentro de certos limites, a utilização ou reprodução da obra, com a condição de que a obra reproduzida ou

⁸³⁹ SANTIAGO, 2005. *Op. cit.* p. 102.

⁸⁴⁰ MAEDA, 2006. *Op. cit.* p. 40.

⁸⁴¹ *Ibid.* p. 43-45.

⁸⁴² MARANDOLA, Marco. Um nuevo derecho de autor? Introducción al copyleft, acceso abierto y creative commons. Derecho de Autor, S.L. p. 11.

reutilizada seja *copyleft*, reconhecendo os direitos morais do autor original (paternidade e integridade)⁸⁴³.

O movimento *copyleft* nasce a partir dos programas de computador. A história do desenvolvimento do *copyleft* deve-se a Richard Stallman. No início dos anos oitenta, Richard trabalhava com a criação de programas de computador e, a pedidos, forneceu a uma sociedade uma cópia livre de seu programa. A Sociedade melhorou a versão de seu programa e, quando Richard solicitou o acesso à nova versão, a sociedade negou-se a fazê-lo. Em 1984 Richard deixou seu trabalho para fundar a FSF (Free Software Foundation). Assim, elaborou um esquema de contrato (licença) que regulasse os direitos de autor e a possibilidade de utilização da obra intelectual compatibilizando-a com a lei do *copyright*.

Tratava-se do projeto GNU ou *General Public License* ou Licença Pública Geral. A GNU, desenvolvida pela FSF, representa um dos tipos de *copyleft*. Na opinião de MARANDOLA, o significado difuso do *copyleft* é uma técnica que serve às leis atuais de Direito de Autor para subverter os limites que estas mesmas prevêm e garantir assim que a obra possa ser usada sem restrições, configurando verdadeira desapropriação do Direito de Autor⁸⁴⁴.

Como já dito, o *copyleft* nasce a partir dos programas de computador. Atualmente, tem-se tentado adaptar os conceitos de *copyleft* para as obras de arte. O fenômeno está bastante limitado, já que existem outros muitos direitos em questão: direitos morais, patrimoniais e os conexos aos do autor. Não obstante, há experiências significativas, como a *Libre Society*, e sua licença, chamada *Free art license*. www.libresociety.com⁸⁴⁵.

A *Free Art License* não ignora os Direitos de Autor, mas os reconhece e protege. A reformulação desses princípios permite aos usuários usar com criatividade a obra artística. Tal uso, porém, não é deliberadamente livre. Tal licença também favorece a imposição de restrições aos usuários. A finalidade dessa licença é autorizar o uso desses recursos intelectuais por uma maioria, multiplicando as possibilidades de desfrute para multiplicar seus frutos, e fomentar um novo marco de criação que possibilite uma criação nova. Tudo isso dentro do respeito, reconhecimento e defesa dos direitos morais do autor⁸⁴⁶.

Na opinião do autor, na área da música o movimento tem encontrado escasso êxito, devido a uma forte resistência da indústria fonográfica ou discográfica. Em 2001 foi criada a

⁸⁴³ *Ibid.* p. 11.

⁸⁴⁴ *Ibid.* p. 17-21.

⁸⁴⁵ *Ibid.* p. 23.

⁸⁴⁶ *Ibid.* p. 24.

licença *Open Audio License* (OAL), segundo a qual, os autores que a aceitam consentem que sua obra possa ser copiada, reproduzida, adaptada, tocada e distribuída de modo gratuito. A vantagem reside na distribuição que se realiza, tornando mais conhecida a obra e seu autor. De todo modo, o fenômeno mantém-se limitado aos grupos ou cantores desconhecidos que desejam divulgar seu trabalho⁸⁴⁷.

O movimento *Creative Commons* representa a vertente jurídica do movimento *copyleft*. Trata-se da redação das licenças e dos contratos que determinam em quais condições se pode utilizar a obra. As licenças são redigidas em diversas línguas para facilitar sua compreensão. Um dos principais objetivos das licenças jurídicas do *Creative Commons* é oferecer aos criadores e autores a possibilidade de querer que se aplique o *copyleft* à sua obra, e graças a isso, esperam gerar condições mais favoráveis para que uma grande quantidade de pessoas conheçam a obra e dela possam fazer uso⁸⁴⁸.

O projeto *Creative Commons* foi fundado em 2001 e está sendo financiado pela Faculdade de Direito da Universidade de Stanford e pela Sociedade do Domínio Público. A primeira ação deu-se em dezembro de 2002 quando foram desenvolvidas uma série de licenças para web (rede mundial de computadores) tomando como inspiração a GNU *General Public License*.

Na Espanha, as licenças foram traduzidas e adaptadas pela Universidade de Barcelona. Em 2003, o Brasil, por meio da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, Finlândia e Japão aderiram ao projeto inserindo-o em seus territórios.

MARANDOLA destaca que, desde o princípio, ao contrário da GPL, as licenças jurídicas do *Creative Commons* contaram com o apoio, promoção e desenvolvimento de referências privilegiadas, como: juristas, advogados, estudiosos das leis autorais, etc. O autoralista espanhol assinala que o projeto *Creative Commons* e todos os projetos afins, são candidatos a converter-se, em pouco tempo, numa alternativa séria às formas de proteção atuais no contexto do Direito de Autor. As licenças do *Creative Commons* fazem referência a uma ampla gama de obras protegidas, com exceção dos programas de computador, cuja licença é a GPL (*General Public License*)⁸⁴⁹.

As licenças *Creative Commons* baseiam-se em alguns pontos fundamentais. Assim, o titular de uma cópia da licença de uma obra protegida pode utilizar a obra sem limites,

⁸⁴⁷ *Ibid.* p. 24.

⁸⁴⁸ *Ibid.* p. 63.

⁸⁴⁹ *Ibid.* p. 65.

distribuir e redistribuir tantas cópias quantas quizer, modificar a obra, de qualquer modo, sempre que lhe convir; e que a obra derivada possua uma licença *Creative Commons*.

Isso porquê quem modifica uma obra que tenha *copyleft*, porque a licença assim o permite, obtém uma série de direitos de autor sobre a obra nova, podendo opor-se a qualquer outra pessoa. Para evitar um desvio de finalidade, a licença permite modificar uma obra com *copyleft* somente se quem a modifica se comprometer a manter a licença *copyleft* na obra modificada, e assim sucessivamente⁸⁵⁰.

O autor elenca ainda outros elementos de uma licença *Creative Commons*, quais sejam: que as condições da licença não possa ser revogada; assegurar que a obra intelectual e suas versões derivadas estejam sempre em um suporte que permita sua modificação e garantir que a obra original seja documentada, assim como suas versões modificadas⁸⁵¹.

As licenças *Creative Commons* podem ser diferentes em função dos países, em conformidade com as leis autorais nacionais de cada um, em matéria de Direito de Autor. Representa, assim, uma nova visão do Direito de Autor, que já não se centra na proteção econômica e no controle das cópias de uma obra protegida, mas sim, em uma proteção que permita a difusão de obra intelectual e do nome do autor, sem deixar de reconhecer a exclusividade da exploração econômica, ou seja, da utilização daquela obra com finalidade econômica⁸⁵².

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O advento das novas tecnologias e a utilização de obras musicais impõe uma importância estratégica da proteção autoral. Contudo, a preocupação, da maioria dos estudiosos, das corporações privadas e dos Governos, focaram-se no combate à pirataria ou no enquadramento das novas formas de utilização.

A doutrina autoralista colacionada ao longo do trabalho demonstra que não há dúvidas quanto à necessidade de se repensar as questões autorais sob a ótica do paradigma digital e suas repercussões no sistema social e jurídico.

Deve-se pensar em Direito de Autor no sentido de se chegar à plena harmonização entre Direito e vida social, buscando um complexo normativo que catalise a difusão da cultura, promovendo o aperfeiçoamento intelectual dos seres e a integração e

⁸⁵⁰ *Ibid.* p. 67.

⁸⁵¹ *Ibid.* p. 68.

⁸⁵² *Ibid.* p. 76.

desenvolvimento das nações. Na senda de “funcionalizações” do Estado, cada instituto jurídico também deve ter sua função social. Ao Estado cabe garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional, apoiando e incentivando a valorização e a difusão das manifestações culturais (artigo 215 da Constituição Federal de 88). Tal função é viabilizada por meio de leis específicas, como as de incentivo fiscal à cultura e a de proteção aos direitos de autor.

Assim, a função da legislação autoral brasileira não se resume em regular os direitos autorais, mas, em última análise, fazer cumprir o preceito constitucional do artigo 215, fomentando a produção, difusão e preservação do patrimônio artístico, cultural e histórico brasileiro. Isso certamente significa atualizar-se diante das lacunas que se formaram com o advento da sociedade da informação, adequando-se às rápidas transformações a que se tem submetido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito intelectual, exclusivo e liberdade*. In: Revista da ABPI nº 59. jul./ago. de 2002. p. 40-49.

_____. *Direito de autor e desenvolvimento tecnológico: controvérsias e estratégias*. In: Revista de Direito Autoral. Ano I, nº 1. São Paulo: Lúmen Júris, 2004.

AVANCINI, Helena Braga. *Os limites e exceções dos direitos autorais na sociedade da informação*. In: Revista da ABPI nº 78. set./out. de 2005. p. 40-49.

BALL, Horace G. *The law of copyright and literary property*. Albany, NY: Banks and Co/Matthew Bender & CO. 1944.

BARBOSA, Fábio. *A eficácia do Direito Autoral face à sociedade da informação: uma questão de instrumentalização na obra musical*. In: BRASIL. Ministério da Cultura. *Coleção cadernos de políticas culturais: Direito Autoral*. v.1. Brasília: Ministério da Cultura, 2006. p. 356-435.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

CARBONI, Guilherme C. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2006.

CARVALHO, Carlos Eduardo Neves de. *A doutrina do “fair use” nos EUA*. In: Revista da ABPI nº 77. jul./ago. 2005. p. 50-56.

CHAVES, Antonio. *Experiência en la enseñanza del Derecho de Autor en una Universidad latino americana*. In: Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados. V. 84. nº 15. São Paulo: Vellenich, 1991. p. 33-39.

DIAS, Maurício Cozer. *A proteção de obras musicais caídas em domínio público*. In: BRASIL. Ministério da Cultura. Coleção cadernos de políticas culturais: Direito Autoral. v.1. Brasília: Ministério da Cultura, 2006. p. 19-171.

GOYANES, Marcelo Martins de Andrade. *A caracterização do dever de indenizar por violação à propriedade intelectual*. In: Revista da ABPI nº 67. nov./dez. 2003. p. 58-66.

GUEIROS JR., Nehemias. *Direito autoral no show business – A música*. Rio de Janeiro: Ed. Gryphus, 1999.

HAMES, Bruno Jorge. *O anteprojeto da lei sobre direito de autor – parte I e II*. In: Estudos Jurídicos. São Leopoldo. V. 23. n. 58. p. 63-72. maio/ago. 1990.

LEITE, Eduardo Lycurgo. *A doutrina do “fair use” delineada no direito autoral norte-americano: uma ferramenta para o ponto de equilíbrio entre a rigidez autoral e o interesse público relevante*. In: Revista de Direito Autoral, v. II, nº 04. São Paulo: Lúmen Júris, 2006.

MAEDA, Bruno Carneiro. *A cópia privada no direito autoral e o impacto do desenvolvimento tecnológico*. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2006.

MARANDOLA, Marco. *Um nuevo derecho de autor? Introducción al copyleft, acceso abierto y creative commons*. Derecho de Autor, S.L.

MORAES, Rodrigo. *A função social da propriedade intelectual na era das novas tecnologias*. In: BRASIL. Ministério da Cultura. *Coleção cadernos de políticas culturais: Direito Autoral*. v.1. Brasília: Ministério da Cultura, 2006. p. 237-353.

MORATO, Antonio Carlos; SALLES, Fernanda Mazzafera. *O direito de autor na obra musical*. In: Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. V. 6, nº 12, p. 123-46. jul/dez. 2003.

NAZO, Georgete N. *A tutela jurídica do Direito de Autor* [Coord.]. São Paulo: Saraiva, 1991.

SANTIAGO, Vanisa. *O direito de autor e o direito de remuneração*. In: Revista de Direito Autoral, V. II, ano 3. São Paulo: Lúmen Júris, 2005. p. 101-105.

_____. *O direito de autor: um direito de propriedade?* In: Revista Brasileira de Direito Comparado. Rio de Janeiro, n. 17. p. 105-12. jul./dez. 1999.



V FÓRUM DE DEBATES

**DIREITO DE AUTOR E A FUNÇÃO
SOCIAL**

VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL E SUBDESENVOLVIMENTO
AUTHOR RIGHT RAPE AND THE UNDERDEVELOPMENT

Anderson Silva Giroto⁸⁵³

Ludmilla Evelin de Faria⁸⁵⁴

Charlene Maria C. de Ávila Plaza⁸⁵⁵

Nivaldo dos Santos⁸⁵⁶

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Violação de direito autoral e crime organizado. 3. Violação de direito autoral e a arrecadação tributária. 4. Violação de direito autoral, estagnação econômica e desemprego. 5. Considerações finais. 6. Referências

RESUMO

O presente trabalho visa demonstrar de forma clara e objetiva a relação existente entre a violação de direito de autor e o subdesenvolvimento do Estado brasileiro. O Direito de Autor é compreendido como uma tutela constitucional e legal ofertada pelo nosso Ordenamento ao detentor de obra intelectual, objetivando proteger os interesses que o autor, pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica, tem sobre a sua obra. Tendo em vista os vários prejuízos de ordem social e econômica que decorrem do crime de violação de direito autoral, não há como desprezar a importância desse bem

⁸⁵³ Pesquisadora do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq); acadêmica de Direito pela Universidade Federal de Goiás-UFG; pesquisadora do Núcleo de Patentes e Transferência de Tecnologia-NUPATTE-GO-UCG; pesquisadora da Rede Ibero Americana de Propriedade Intelectual e Gestão da Inovação – RIAPIGI-GO Email: ludmillaef@gmail.com.

⁸⁵⁴ Graduado em Direito pela Universidade Católica de Goiás – UCG; pesquisador do Núcleo de Patentes e Transferência de Tecnologia do Estado de Goiás-NUPATTE-GO; pesquisador da Rede Estadual de Propriedade Intelectual e Gestão da Inovação e da Rede Ibero Americana de Propriedade Intelectual e Gestão da Inovação. E-mail: andgirotto@hotmail.com.

⁸⁵⁵ Mestre em Direito na área de Integração e Relações Empresariais pela Universidade de Ribeirão Preto/UNAERP-SP; professora da Universidade Paulista UNIP e Faculdades OBJETIVO-Goiânia-GO; pesquisadora do Núcleo de Patentes e Transferência de Tecnologia-NUPATTE-GO. E.mail: charlene_plaza@hotmail.com.

⁸⁵⁶ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC-SP; professor Doutor UFG/UCG; coordenador Geral do Núcleo de Patentes e Transferência de Tecnologia-NUPATTE-GO. E.mail: nivaldo@ucg.br.

jurídico. Por isso, este é tutelado pela Constituição da República de 1988, assim como pelas legislações penal e cível. Muito embora existam vários fatores que colaboram para que o mesmo seja subdesenvolvido, esta pesquisa discutirá apenas como a violação de direito autoral contribui para que o Estado seja reduzido à condição de subdesenvolvido. Ainda, entendemos que a relevância para a realização dessa pesquisa encontra-se pautada na idéia de que a proteção à propriedade intelectual deve prevalecer em meio a uma sociedade tomada pela contrafação de produtos originários do intelecto humano, o qual deve ser valorizado por todos e protegido pelas normas existentes na nossa legislação.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO AUTURAL; VIOLAÇÃO; SUBDESENVOLVIMENTO.

ABSTRACT

This paper intends to show clearly the relationship between the author right rape and the underdevelopment of Brazilian state. The author's right is comprehended as a legal and constitutional guardianship offered by our command to the holder of intellectual work, aiming to protect the interests that the author's, physics person scientific, artistic and literary work creater has on his work. Considering many impairments of economic and social order that GO of rape crime of authorship right, there is no way to despise the importance of this legal property. Therefore, this is ward by Republic Constitution of 1988, as well as by civil and penal legislation. Although there are many factors that collaborate to the state be underdevelopment, this research will discuss only how the author right rape contribute to the state be reduced to the condition of underdevelopment. . We still understand that the relevance for the realization of this research meet ruled on Idea that the protection to intellectual property must prevail in a society full of contrafação products native to human intellect, which must be value by everybody and protected by rules extant in our legislation.

KEY WORDS: AUTHOR RIGHT; RAPE; UNDERVELOPMENT.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Autoral é o ramo do Direito Privado que visa regular as relações jurídicas, provenientes da criação e da utilização econômica de obras intelectuais, compreendidas nas ciências, nas artes e na literatura, bem como tutelar o trabalho intelectual da pessoa física criadora.

A Constituição da República de 1988, tendo em vista a relevância que o tema representa em matéria de Propriedade Intelectual, preocupou-se em tutelar os direitos autorais através do art. 5º, incisos XXVII e XXVIII, o qual se ancora a proteção do direito do autor como um direito exclusivo, patrimonial, um monopólio de reprodução, utilização e publicação sujeito aos limites e condicionamentos constitucionais.

Acerca do direito de autor, entende o ilustre doutrinador Eduardo Pimenta, que:

Os direitos autorais são o conjunto de prerrogativas jurídicas atribuídas, com exclusividade, aos autores e titulares de direitos sobre obras intelectuais (literárias, artísticas e científicas), para opor-se a todo atentado contra estas prerrogativas exclusivas, como também os que são direitos conexos aos de autor, aos quais, para efeitos legais, aplicar-se-ão as normas relativas aos direitos de autor.⁸⁵⁷

Ainda, as legislações cível e penal também tutelam o bem jurídico em questão. A lei federal nº 9.610/1998, também conhecida como a lei dos direitos autorais (LDA), regula a referida matéria no âmbito cível, enquanto que o artigo 184 do Código Penal Brasileiro define que violar os direitos de autor e os que lhe são conexos é crime e comina a devida pena. Logo, é indiscutível a relevância do bem jurídico em questão e a preocupação da Carta Magna e das legislações cível e penal ao tutelar o mesmo.

⁸⁵⁷ PIMENTA, Eduardo. PIMENTA, Rui Caldas. Dos Crimes Contra a Propriedade Intelectual. Pág. 29

Não obstante, entendemos que o direito de autor defende não somente as obras procedentes do intelecto humano, mas também promover o desenvolvimento da produção literária, artística e científica, bem como a disseminação do conhecimento e da cultura a todos os membros de uma comunidade.

Todavia, os desdobramentos resultantes da violação dos direitos de autor vão muito além de prejuízos de cunho moral e patrimonial ao titular de obra intelectual, e aquisição de produtos de má qualidade pelo consumidor, visto que com a sua ocorrência em grande escala a segurança pública fica comprometida, pois a pirataria financia o crime organizado, assim como obsta a arrecadação tributária pelo Estado, diminui o nível de produção e competitividade das empresas – decorrendo daí redução na oferta de mão-de-obra – e, portanto, gerando vários problemas de ordem social e econômica que contribuem para o subdesenvolvimento do nosso Estado.

2. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTURAL E CRIME ORGANIZADO

Compreende-se por crime organizado como toda organização cujas atividades executadas destinam-se à obtenção de poder e lucro, violando as normas jurídicas vigentes.

A organização criminosa não se confunde com bando ou quadrilha, pois a primeira trata-se de uma união permanente, cujas características principais são a estrutura empresarial e a atividade ilícita, enquanto que o crime de bando ou quadrilha caracteriza-se pela união de mais de três pessoas por tempo limitado para um fim lícito, nesse caso, a violação de direitos autorais.

O doutrinador Abel Fernandes Gomes, em sua obra intitulada *Crime Organizado*, assim conceitua organizações criminosas:

São associações minimamente organizadas de pessoas qualificadas, sobretudo, pela busca cada vez maior de penetração social e econômica, assim como pela obtenção sempre mais ampla de poder, infiltrando-se e confundindo-se com as estruturas do poder público, não mais atuando paralelamente ao Estado ou com ele

*disputando posições, senão passando a agir livremente através dele.*⁸⁵⁸

Destarte, a Lei 9.034/1995 que fixou as diretrizes sobre a utilização de meios operacionais para prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, estendeu o seu alcance contra os direitos de autor.

De acordo com o doutrinador Luiz Antônio de Medeiros, a respeito da relação entre falsificação e crime organizado, em sua obra intitulada *A CPI da Pirataria*, compreende-se que:

*A falsificação é um dos negócios do crime organizado e, como tal, deve ser tratada. As brechas na lei de combate à pirataria têm estimulado narcotraficantes, ladrões de cargas e outros criminosos a mudarem de ramo, pois, para esses delinqüentes, a pirataria é muito mais atraente e lucrativa.*⁸⁵⁹

No entanto, dentre as ações comumente praticadas pelas organizações criminosas, podemos ressaltar o tráfico de entorpecentes, do tráfico de armas e de seres humanos e a lavagem de dinheiro – objeto da Lei 9.613/1998. No entanto, há doutrinadores que consideram, ainda, o contrabando de material radioativo, de órgãos humanos, prostituição, jogos de azar e falsificação de mercadorias – dentre elas as obras intelectuais – como sendo também condutas criminosas praticadas pelas organizações.

Acerca das atividades criminosas praticadas pelas organizações, o doutrinador Walter Fanganello Maierovitch aponta, ainda, outras atividades:

As associações de modelo mafioso, no desenvolvimento das suas atividades, atuam com dupla valência : (a) dedicam-se às atividades marcadamente criminosas, como tráfico de drogas, a exploração do lenocínio e de jogos de azar, fraudes nas concorrências públicas,

⁸⁵⁸ GOMES, Abel Fernandes. Crime Organizado. Pág. 6

⁸⁵⁹ MEDEIROS, Luiz Antônio. A CPI da Pirataria. Pág. 29.

*venda de proteção, seqüestro de pessoas, usura, etc.; (b) mas também voltam-se a outras, aparentemente lícitas, viabilizadas em face da movimentação em capital de ações, em Bolsas de Valores, empreendimentos imobiliários e turísticos.*⁸⁶⁰

Logo, não há como negar a relação estreita e perigosa entre a violação de direito autoral e o crime organizado, tendo em vista que este se mantém financeiramente, dentre as diversas atividades ilícitas mencionadas, através da falsificação de mercadorias e a venda destas – dentre elas as obras intelectuais, fonte de renda esta que compromete a segurança pública como um todo, pois, com um crime organizado forte, cada vez menos o Estado terá condições de dominá-lo e garantir à população uma sociedade plenamente segura.

Nesse sentido, compreende o doutrinador Luiz Antônio de Medeiros que:

*Além dos problemas e dos prejuízos que causa ao nosso parque industrial, a pirataria envolve questões ligadas à administração e à própria segurança do Estado, por ser uma atividade que capta dinheiro legal para financiar o que há de mais hediondo em nossa civilização: o crime organizado. Entenda-se aí, o terrorismo político, o narcotráfico, a contrafação, a prostituição em escala industrial, dentre outras mazelas.*⁸⁶¹

Portanto, adquirir um produto falsificado, qualquer que seja, seria o mesmo que comprar uma arma de fogo, por exemplo, pois o dinheiro utilizado na compra teria o mesmo fim: a manutenção do crime organizado. Ademais, o indivíduo que compra ou de qualquer forma adquire produto falsificado, perde muito mais do que

⁸⁶⁰ MAIEROVITCH, Walter Fanganello. A ética judicial no trato funcional com as associações criminosas que seguem modelo mafioso. *Justiça Penal*. Críticas e Sugestões, pág. 62.

⁸⁶¹ MEDEIROS, Luiz Antônio. A CPI da Pirataria. Pág. 37.

qualidade: perde em segurança, bem como expõe todos os outros cidadãos a uma situação de constante perigo e medo.

3. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL E A ARRECADAÇÃO TRIBUTÁRIA

O Tributo é uma das formas de transferência de riqueza para o Estado. Por intermédio do tributo, transfere-se uma parte da riqueza dos cidadãos para os cofres públicos. A entrega de riqueza para o ente tributante possui um motivo óbvio: o Estado deve cumprir e desempenhar uma série de atividades essenciais, disponibilizando-as aos seus administrados (serviços, estrutura administrativa e pessoal, obras públicas, etc), e para tanto, o Estado necessita de dinheiro, de fontes de recursos e de custeio. Uma dessas fontes é o tributo.

Ocorre que, com a contrafação de mercadorias – dentre elas as obras intelectuais, o fisco deixa de arrecadar uma grande quantidade de tributos devidos, visto que o falsificador não paga qualquer imposto ao reproduzir as mercadorias que serão posteriormente vendidas, sejam elas CD's, DVD's, remédios, software, cigarros, ou qualquer outro produto originário do intelecto humano que foi violentamente reproduzido.

Entretanto, não somente o consumidor sofre danos por causa do contrafator, este causa ao nosso Estado graves prejuízos, pois sonega impostos. Aquele dinheiro que deveria entrar nos cofres públicos e se converter em estradas, educação, saneamento básico e saúde, beneficiando grande parte dos brasileiros, deixa de existir.

A política que visa aumentar a carga tributária para diminuir o consumo só faz aumentar os casos de contrafação e contrabando, pois com uma carga tributária exorbitante, que oneram cada vez mais as empresas, o governo acaba por abrir espaço para o crescimento do contrabando e da economia marginal, uma vez que os consumidores passam a consumir os bens mais baratos em detrimento daqueles legalmente produzidos e mais caros.

A respeito da perda do Estado na arrecadação tributária em decorrência da contrafação, o doutrinador Luiz Antônio Medeiros, em sua obra intitulada *A CPI da Pirataria*, nos fornece alguns dados relevantes e que merecem ser descritos:

a) Só na indústria fonográfica a pirataria tem tirado do governo uma arrecadação de R\$ 300 milhões em impostos. O total da sonegação chega a R\$ 5,6 bilhões por ano, dinheiro este que financia, entre outras coisas, o crime organizado;

b) No setor de obras audiovisuais, a pirataria tem acarretado um prejuízo de R\$ 370 milhões. A sonegação fiscal chega a R\$ 80 milhões.

c) Na indústria de softwares, a perda em arrecadação tributária direta pelo governo, em 2002, chegou a 324 milhões de dólares.

d) Ainda, na indústria do cigarro, o governo arrecada com o mercado legal cerca de R\$ 6,8 bilhões por ano, resultado da comercialização de uma média de 98 bilhões de unidades. Atualmente, 78% do valor do cigarro corresponde a tributos e isso faz com que o cigarro ilegal custe menos da metade do valor no varejo. Em qualquer banca de camelô é possível encontrar marcas contrabandeadas da Bolívia, Uruguai e Paraguai, que custam de R\$ 0,50 a R\$ 1,00, enquanto a média de preço de um maço comercializado legalmente é de R\$ 1,40. Dessa forma, o contrafator auferem um lucro de 70%, coisa que nenhum outro setor da indústria consegue.⁸⁶²

Com isso, o fisco deixa de arrecadar vários tributos, dentre os quais podemos destacar o Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) ou o Imposto Sobre Serviços de qualquer natureza (ISS), o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), o Imposto de Renda, a Contribuição Previdenciária, etc.

Destarte, com a perda na arrecadação tributária, em virtude do comércio informal que reproduz e vende produtos falsificados, o Estado deixa de investir na própria população, visto que os tributos recolhidos devem entrar nos cofres públicos para serem aplicados em programas de relevância para a sociedade, os quais tornam-se inviabilizados caso os recursos financeiros sejam insuficientes, em decorrência de uma significativa redução na arrecadação tributária.

Não pretende-se discutir no presente estudo se o Estado tem ou não aplicado corretamente os tributos que são ordinariamente arrecadados na sociedade, e sim demonstrar que toda a população como um todo perde consideravelmente em qualidade de vida por causa da arrecadação tributária reduzida em face da reprodução e venda de produtos contrafeitos, pois, a princípio, o Estado recolhe os tributos como

⁸⁶² MEDEIROS, Luiz Antônio. A CPI da Pirataria. Pág. 32

forma de reinvestir essa riqueza em benefício à própria população, garantindo-lhe bons programas de segurança pública, educação, saúde, moradia, etc.

4. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTURAL, ESTAGNAÇÃO ECONÔMICA E DESEMPREGO

A aquisição de produtos contrafeitos faz com que as indústrias que atuam legalmente, ou seja, que fornecem empregos e pagam corretamente os impostos devidos, não vendam, visto que essas empresas que atuam neste ramo de atividade não têm como competir com os preços que são ofertados pelo comércio informal de produtos falsificados.

Assim, se a indústria legal não vende, fica sem recursos para investir no seu crescimento. Se a indústria não cresce, conseqüentemente ela irá definhando e fechar as portas, o que corresponde à uma drástica redução na oferta de mão-de-obra e ao fechamento de muitos postos de trabalho. É o desemprego, um dos principais problemas sociais que a nossa sociedade enfrenta atualmente.

A situação é de extrema complexidade, tendo em vista que envolve fatores econômicos – a redução drástica do índice de competitividade das empresas que atuam legalmente pagando impostos – e fatores sociais – a eliminação de inúmeros empregos em razão do fechamento das empresas que não conseguem se manter por causa da concorrência desleal ofertada pela pirataria.

A indústria farmacêutica mantém um quadro de pesquisadores e cientistas que levam anos para desenvolver novos medicamentos a custo de muitos milhões de dólares, a qual pode ter os seus medicamentos falsificados e vendidos em pouco tempo por um único químico sem o mínimo de especialização. Nesse caso, entendemos ser o consumidor o maior prejudicado, vez que a saúde pública é colocada em risco com esses falsos medicamentos postos à venda e que comprometem a saúde de quem os consumir.

Não obstante, o mercado audiovisual fica extremamente comprometido, pois os distribuidores legítimos de vídeos gravados ficam impedidos de entrar num mercado já ocupado. Ainda, as locadoras e os videoclubes sofrem o impacto da

concorrência desleal, aumentando gradativamente a possibilidade de diminuição de investimentos na área, de paralisação das atividades e de desemprego.

Sobre a diminuição na oferta de empregos em virtude da contrafação e da venda de mercadorias falsificadas, o doutrinador Luiz Antônio Medeiros, novamente, na sua obra intitulada *A CPI da Pirataria*, nos fornece alguns dados de extrema relevância e que serão destacadas a seguir:

- a) Na indústria fonográfica a pirataria foi responsável pela perda de 56 mil postos de trabalho nos últimos anos;
- b) A Associação Brasileira dos Fabricantes de Brinquedos (Abrinq) calcula que as indústrias do setor deixam de criar 7.200 empregos formais diretos com a invasão de cópias feitas na China;
- c) A indústria de software teve com a pirataria, somente em 2002, uma eliminação de 45 mil empregos diretos e indiretos.⁸⁶³

Sendo assim, o preço ofertado pelo comércio informal que reproduz e vende produtos contrafeitos, é extremamente baixo se comparado ao preço de mercado oferecido pelas empresas que atuam legalmente, pois aquele não paga os impostos devidos e não tem grandes custos com matéria-prima, já que esse produtos são de baixa qualidade. Dessa forma, as empresas que atuam legalmente vendem cada vez menos, definham, e, muitas vezes, fecham as portas, eliminando milhares de empregos formais, acarretando, assim, prejuízos inestimáveis de cunho econômico e social.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio do presente trabalho, concluímos que a violação de direito autoral em muito colabora para que o Estado brasileiro seja reduzido à condição de

⁸⁶³ MEDEIROS, Luiz Antônio. *A CPI da Pirataria*. Pág. 30.

subdesenvolvido, bem como que os desdobramentos que resultam em virtude dessa violação vão muito além dos prejuízos morais e patrimoniais do autor de obra intelectual, e o consumo de produtos de baixa qualidade pelas pessoas que adquirem produtos falsificados.

Entendemos que, ocorrendo a violação de direitos de autor, o Estado perde significativamente em crescimento e desenvolvimento econômico e social, elementos estes considerados essenciais para que não só o Brasil, mas qualquer outro país tenha condições de elevar o seu *status* para o de uma nação desenvolvida.

Contudo, o que se tem verificado é que a violação dos direitos autorais para fins de reprodução e venda de obras provenientes do intelecto humano, como por exemplo CD's, DVD's, software, remédios, e dentre outros, reduz o Estado brasileiro à condição de país de terceiro mundo, pois dessa violação podemos afirmar categoricamente que o crime organizado fica mais forte, o Estado perde milhões todos os anos em arrecadação tributária, as empresas perdem em competitividade e venda e, por fim, os cidadãos perdem grandes oportunidades de empregos formais.

Para a solução do problema várias providências já foram tomadas pelas nossas autoridades, dentre elas foi a implantação do Plano Nacional de Combate à Pirataria, criado em 2001, como forma de conter a indústria de falsificação, reunindo o Ministério da Justiça, a Receita Federal e a Polícia Federal, assim como a repressão à pirataria, punindo os contrafatores e banindo o comércio ilegal.

Ainda, outra providência entendemos ser apropriada e que não foi tomada é a respectiva reforma tributária, como forma de viabilizar o acesso dos produtos originais à população como um todo, através de preços mais baixos.

Por fim, acreditamos que somente as autoridades não são capazes de conter esse mal do século XXI, tendo em vista a repercussão que a pirataria traz. Entendemos que os cidadãos devem ter conhecimento de todos os malefícios que a contrafação traz no contexto econômico e social nacional, para que eles se conscientizem de que aquele que adquire produtos contrafeitos revela-se como o grande responsável pela manutenção e crescimento da pirataria.

6. REFERÊNCIAS

GOMES, Abel Fernandes. **Crime organizado**. Rio de Janeiro: Impetus, 2000;

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. **A ética judicial no trato funcional com as associações criminosas que seguem modelo mafioso**. Justiça Penal – Críticas e sugestões. n. 3. São Paulo: RT, 1995;

MEDEIROS, Luiz Antônio. **A CPI da Pirataria. Os segredos do contrabando e da falsificação no Brasil**. Volume 3. Geração Editorial, 2004;

PIMENTA, Eduardo. PIMENTA. Rui Caldas. **Dos Crimes Contra a Propriedade Intelectual**. 2º edição revista, ampliada e atualizada inclusive com a Lei 10.695/2003. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

A PESQUISA E OS DIREITOS AUTORAIS

Camilla Polonini Salgado Silva

Igor Gomes Duarte Gomide dos Santos

Letícia de Almeida Maestri⁸⁶⁴

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Análise histórica. 2.1 Históricos da propriedade intelectual e do direito de autor. 2.2 Proteções do direito de autor no ordenamento jurídico brasileiro. 3 Principais teorias acerca dos direitos autorais. 3.1 As teorias de direito público. 3.2 As teorias de direito privado. 4. Crítica aos fundamentos do direito autoral. 5 O reflexo da internet nas relações autorais. 6. Considerações finais. 7. Referências.

RESUMO: A nossa finalidade com esse trabalho é trazer à tona um tema que é objeto de muitas discussões acaloradas em todo o mundo e principalmente no campo acadêmico: os direitos autorais. Pesquisamos o reflexo desses direitos na comunidade universitária, principalmente no âmbito da pesquisa, quando se leva em consideração a ínfima relação de custos e tempo demandado para a elaboração de um trabalho, tomando-se como base a sociedade brasileira e seus abismos sociais característicos, demonstrados nos acontecimentos cotidianos, fatores os quais agravam e dão mais relevância ao questionamento. Após leitura exaustiva sobre o tema, a metodologia utilizada no trabalho foi a pesquisa histórico-bibliográfica, objetivando não só esclarecer o tema desenvolvido, apresentando seu histórico, para melhor compreensão e contextualização do tema, mas também responder ao impasse que o Estado Democrático de Direito nos levou: os direitos coletivos podem ser impostos aos individuais? Obviamente não – os direitos coletivos e individuais devem ser concomitantes para alcançar, antes de tudo, a plenitude da dignidade da pessoa humana – princípio-mor que rege o ordenamento social. Para que desse modo os direitos autorais cumpram seu

⁸⁶⁴ Bacharelandos da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia.

verdadeiro papel social, ou seja, a proteção do autor, da propriedade intelectual, e não o investimento realizado no autor. O que nós defendemos é uma modificação na maneira como se aplica os direitos autorais na sociedade atual e, de forma alguma sua extinção, visto que os mesmos são algo que grande valia para o desenvolvimento da pesquisa e, por conseguinte, da cultura da sociedade. Esperamos que o trabalho alcance os objetivos propostos e contribua de alguma forma para o crescimento jurídico acadêmico.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO AUTORAL; PESQUISA; SOCIEDADE; UNIVERSIDADE.

ABSTRACT: Our finality with this paper is to bring up a subject that is an object of many discussions heated in whole world and principally in the academic field: the copyright. We investigate the reflex of these rights in the whole university, principally in the context of the inquiry, when the lowest relation of costs is taken into account and time demanded for the preparation of a paper, taking by base the Brazilian society and his social characteristic abysses demonstrated in the daily events, factors which aggravate and give more relevance to our question. After exhaustive reading on the subject, the methodology used in the work was to inquiry bibliographical-historically, aiming to explain not only the developed subject, when his historical one is presenting, for better understanding and bringing to the context of the subject, but also to answer to the impasse that the Democratic State of Right took us: can the collective rights be imposed on the individual ones? Obviously not – the rights the collective and individual rights must be concomitant to reach, before all, the plenitude of the dignity of the human person – one of the principals rights that governs our society. In this way, the copyright carry out his true social paper, in other words, the protection of the author, of the intellectual property, and not the investment carried out in the author. What we defend is a modification in the way how is application of the copyrights in the current society and, anyway it sweats extinction, since same they are something which great value for the development of the inquiry and, consequently, of the culture of the society. We wait that the work reaches the proposed objectives and contributes in some form to the legal academic growth.

KEYWORDS: COPYRIGHT; ACADEMICAL RESEARCH; SOCIETY; UNIVERSITY

1. INTRODUÇÃO

O direito autoral é um ramo do direito civil, conceituado como conjunto de prerrogativas de ordem não patrimonial (moral) e pecuniária que a lei reconhece a todo criador de obras artísticas, literárias e científicas que tenham alguma originalidade.

Desde os primórdios da humanidade a comunicação é algo imprescindível para a sobrevivência da espécie. A escrita, bem com toda demonstração artística faz parte da cultura de cada sociedade específica.

A importância dos Direitos Autorais e sua relevância no contexto mundial, não só econômico, mas social das relações internacionais, mostra-se claramente nos dados de pesquisas de mercados feitas por agências de renome, como a BSA (*Business Software Alliance*), que prevê haver utilização de sistemas operacionais pirateados por 35% dos computadores de todo o mundo. Sua necessidade e seus benefícios são inegáveis no seio social, pois tratam de algo crucial para a evolução do ser humano.

Neste campo vasto e com grande potencial de expansão, a normatização visa regulamentar e proteger a propriedade intelectual, através de processos no âmbito civil, penal ou administrativo.

Porém, a ausência de algumas definições, a preocupação exacerbada com lucro e não com a pesquisa séria e fundamentada fazem com que proliferem condutas inadequadas neste campo, o qual é de fundamental importância para o desenvolvimento da seara intelectual da sociedade.

Nessa perspectiva, a doutrina expõe os direitos autorais sob duas teorias diametralmente opostas, a teoria de direito público e a teoria de direito privado. Esta, que se subdivide, tem como linhas gerais o monopólio absoluto e geral pelos autores, e a primeira dava ao autor a faculdade de obter o monopólio.

Esse fato leva à pergunta: se os Direitos Autorais foram capazes de financiar três séculos de evolução exponencial, no que se refere a tecnologias e pensamentos de vanguarda, estaria o mundo preparado para enfrentar a crescente pirataria e a desregulamentação?

2. ANÁLISE HISTÓRICA

2.1 HISTÓRICOS DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E DO DIREITO DE AUTOR

No direito romano, segundo Miguel Reale a autoração já era alvo de disputas, principalmente quanto à reproduções não autorizadas:

Se começa a sentir a necessidade de regras destinadas a preservar contra a ilícita exploração alheia tudo o que seja fruto do espírito inventivo de uma pessoa, vista como titular de um direito sobre o produto de sua criação.⁸⁶⁵

Na Idade Média se inicia a concessão de patentes, como um ato discricionário do soberano aos inventores. A patente, nesta época, é um monopólio de exploração concedido por tempo determinado ao súdito. Porém, para obter-se a concessão de patentes, era necessário não só conquistar a compaixão real, mas a existência material do invento, ou seja, os direitos autorais, intrinsecamente intangíveis, não eram sequer considerados.

Com o advento da Revolução Francesa, há uma mudança significativa na mentalidade acerca da propriedade intelectual, que deixa de ser um ato meramente discricionário do soberano para ser então um direito subjetivo do inventor.

O direito de autor, por sua vez, desprotegido pela legislação desde a antiguidade até meados do século XV, continua com o mesmo sistema meritocrático, no qual os autores recebem apenas o mérito, e a punição dos plagiadores, tal como o reconhecimento do trabalho dos autores, é feita apenas a nível moral.

⁸⁶⁵ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

2.2 PROTEÇÃO DO DIREITO DE AUTOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Segundo a extinta Lei nº 5.988/73, Direito Autoral era o conjunto de prerrogativas jurídicas atribuídas aos autores, cessionários e titulares de direitos conexos (p.ex. intérpretes), conceito que foi aceito pela vigente Lei 9.610/98.

Sobre a duração dos Direitos Autorais, diz a Convenção Universal sobre o Direito de Autor de 1975, da qual o Brasil foi signatário: “Artigo IV: 2- a) [...] a duração da proteção não será inferior a vinte e cinco anos, contados da data da primeira publicação” e, no mesmo artigo IV: “4 - a) Nenhum Estado Contratante será forçado a assegurar a proteção de uma obra por período superior ao fixado”.

3 PRINCIPAIS TEORIAS ACERCA DOS DIREITOS AUTORAIS

Este histórico realizado tanto no âmbito nacional quanto internacional da proteção dada ao direito de autor teve forte influência nas teorias sobre o referido direito. Estas teorias são importantes para que se possa analisar a visão atual que se tem de direito autoral.

3.1 AS TEORIAS DE DIREITO PÚBLICO

As teorias de direito público, relativas ao direito de autor, têm forte existência na Alemanha, no período anterior à Primeira Guerra Mundial. Para os pensadores desta época, o direito de autor era um reflexo do direito estatal e de suas regras de direito público.

A visão dos direitos autorais desta época difere do período anterior no sentido de que não mais era uma atividade discricionária do soberano, mas um direito subjetivo do autor. Isto significa dizer que ao autor era facultado, de acordo com sua vontade, obter o monopólio de sua obra, mas, uma vez que escolhesse por obtê-la, não seria possível ao Estado negar-lhe tal direito.

Para os franceses, o direito exclusivo de utilização dado aos autores advém da idéia de que os estudos e escritos dos autores prestam um serviço à comunidade, sendo

dever desta, como forma de agradecimento, garantir o direito exclusivo de reprodução de sua obra. Analisando esta teoria, assinala a Professora Maristela Basso⁸⁶⁶:

O fundamento [desta teoria francesa] estaria na teoria dos contratos – talvez no contrato social de Rousseau, na concessão graciosa e facultativa do antigo regime (no privilégio) ou na teoria do monopólio. Talvez esta última seja a mais indicada.

Ernest Roguin, citado por BASSO e PRONER⁸⁶⁷, por sua vez, afirmava em seus escritos de 1889 que a sociedade teria a obrigação de não fazer, que seria realizada através da abstenção de imitações. O monopólio de imitações e cópias deve se concentrar, de acordo com esta teoria, nas mãos do autor.

3.2 AS TEORIAS DE DIREITO PRIVADO

Muitos estudiosos, como Hering e Heymann, que possuem visão opostas e são citados por PRONER⁸⁶⁸, trataram do direito de autor como uma parte do direito privado. Estas classificações, entretanto, não são homogêneas, visto que parte delas observa este direito como pertencente a um novo conjunto dentro do direito privado e a outra parte, como um conjunto já existente neste ramo de estudo. Por sua vez, estas teorias subdividem o tratamento do direito de autor como direitos reais ou pessoais.

O reconhecimento dos direitos autorais como pessoais se dá através da argumentação de que, como atividade do espírito, uma obra não pode ser afastada de seu criador, seja no momento da concepção ou no da publicação.

A visão do direito de propriedade atribuída aos direitos autorais surgiu no século XVII e XVIII na Alemanha, ainda que tenha tido maior consagração na França. A propriedade intelectual teria, por esta teoria, os mesmos privilégios da propriedade

⁸⁶⁶ BASSO, Maristela. *O direito internacional da propriedade intelectual*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000. p. 29.

⁸⁶⁷ Maristela. *O direito internacional da propriedade intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 30. ; PRONER, Carol. *Propriedade intelectual: para uma outra ordem jurídica possível*. São Paulo: Cortez, 2007. p. 14.

⁸⁶⁸ PRONER, Carol. *Propriedade intelectual: para uma outra ordem jurídica possível*. São Paulo: Cortez, 2007. p. 13.

comum, tendo como uma das poucas diferenças a materialidade ou imaterialidade do bem jurídico protegido.

Há também a visão dúplice dos direitos autorais: concomitantemente reais e pessoais. Nesta concepção, a alienabilidade e temporalidade, como a fração real deste instituto, “vinculam o direito de utilizar, de fruir e de dispor da obra ou de autorizar a sua utilização por terceiros, por edição, por tradução, por execução, e outros direitos”, enquanto que a parte personalíssima é dada através de “inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade [as quais] vinculam os direitos de paternidade da obra, de publicá-la ou de mantê-la inédita, de retirá-la de circulação, de suspender a forma de utilização ou de modificá-la”.⁸⁶⁹

4. CRÍTICA AOS FUNDAMENTOS DO DIREITO AUTORAL

De acordo com os fundamentos da teoria autoral, a apropriação do conhecimento é *justa*, pois seria a retribuição da sociedade ao autor (ou inventor) como agradecimento pela sua contribuição, e, fora isso, o dinheiro recebido com a obra seria a principal motivação para o autor continuar com sua pesquisa.

Contudo, analisando o histórico do tema em questão, conclui-se que os autores, mesmo sendo principais interessados, não tiveram participação muito relevante no processo de formação dos direitos, o qual foi todo conduzido pelos livreiros e editores, ocorrido na Inglaterra, através da *Stationer's Company*, fundada em 1556.

Explicitando-se a falta de coerência dessa afirmação, mostra-se que a porcentagem sobre vendas de livro que o autor recebe varia de 6 a 10% do valor bruto. Considerando que a venda média dos livros técnicos científicos é de 1822 exemplares, e o preço médio de 38 reais⁸⁷⁰, têm-se que um pesquisador mediano recebe, por sua publicação, R\$4.155,00; dinheiro este que não é recebido em uma única parcela, imediata à publicação, mas sim no decorrer de (vários) anos.

É, ainda, de conhecimento público que uma obra científica, para ser confeccionada, necessita de um tempo árduo de pesquisa, além de gastos decorrentes desta (aquisição de material bibliográfico, pesquisas de campo, dentre outros), gastos os

⁸⁶⁹ PRONER, Carol. *Propriedade intelectual: para uma outra ordem jurídica possível*. São Paulo: Cortez, 2007. p. 13.

⁸⁷⁰ Fonte: CBL/SNEL, 2007.

quais o pesquisador por si, quase nunca tem como custeá-los. A solução encontrada por tais agentes é a busca de patrocínio para o desenvolvimento de tal atividade, oriundo quase sempre da iniciativa privada, pela sua maior rapidez e menor burocracia. Entretanto, a participação do patrocinador privado na pesquisa gera, na maioria das vezes, um vínculo entre pesquisador e patrocinador, onde este passa à categoria de detentor do resultado final da pesquisa, por mais contraditório que essa relação possa parecer, já que o trabalho intelectual do pesquisador, na prática, acaba por ser menos importante que o dinheiro investido – mesmo que o conhecimento gerado por essa pesquisa não tenha valor mensurável, haja vista que existe toda uma carga emocional envolvendo autor e obra.

Sabemos, ainda, de antemão, do abismo econômico da sociedade brasileira, vigente desde sua proclamação, e, como quase em todo trabalho, o enfoque nessa sociedade transforma todo ponto de vista do objeto trabalhado. Em uma sociedade minimamente igualitária, a proteção total aos créditos de autor se daria automaticamente, pois o direito individual (do autor) seria mais forte que o coletivo (direito à informação, ao conhecimento), que no caso, não traria muito prejuízo à sociedade, mas quando temos os abismos sociais não só brasileiros, mas latino-americanos e africanos, o direito individual ser sobreposto aos direitos coletivos, que são bastante defasados, seria gerar uma injustiça social (contrária ao próprio Direito, que, segundo Luhmann, tem como objetivo a justiça social). Deveríamos então acabar com os direitos autorais, já que estes são contra o desenvolvimento social? De maneira alguma! Se procedêssemos assim, estaríamos regredindo à Idade Média, na qual os autores deveriam contentar-se com a “honra” de ter produzido algo novo, o que seria como um “balde de água fria” nos ânimos dos pesquisadores, além de um boicote econômico internacional de grandes proporções ao Brasil.

5 O REFLEXO DA INTERNET NAS RELAÇÕES AUTORAIS

A distância entre a norma e a realidade acentua-se a partir do final do século XX, com a disseminação da internet no mundo, e a conseqüente facilidade de trocar informações, acompanhada pela impossibilidade de se regulamentar e monitorar os dados da rede, levando ao desenvolvimento do que se convencionou chamar *pirataria*,

embora, geralmente, não se busque o lucro, mas apenas a transmissão gratuita de conhecimento, principalmente nos servidores *peer-to-peer* (como *eMule*, *KaZaA*, *iMesh* e *Morpheus*), através dos quais inexistente a função de distribuidor (já que todos são servidores e clientes de arquivos) e não há praticamente interação entre os usuários do serviço.

Por ironia do destino, a filosofia da troca de arquivos pela internet se mostra intimamente ligada à filosofia dos primeiros meios fomentadores da pesquisa: as universidades. No meio acadêmico, nunca se foi motivado o interesse econômico, já que o patrocínio era puramente estatal, e havia, entre as faculdades, uma concorrência saudável pelo prestígio de ser considerada a mais importante no cenário mundial – concorrência a qual não impedia a troca de conhecimentos e experiências, algo inconcebível no mundo empresarial, em meio às cláusulas de segredo industrial e ao anseio por lucro.

Demorando-se mais no tema cibernético, analisando a lei em vigor (Lei nº 9.609/98 – A lei do Software), em seu art. 1º:

Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em tecnologia digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.⁸⁷¹

Depara-se com a total incapacidade do legislador pátrio em duas ocasiões: (a) na indefinição de software, logo no seu art. 1º, onde o legislador escolheu uma infeliz combinação de palavras, tratando um tema mutável com uma norma rígida (característico do *civil law*), delimitando a área de atuação da lei, como a exigência de técnica “digital ou análoga”, conceitos que se tornaram vazios a partir da implementação da computação quântica; e (b) no prazo de prescrição dos direitos de

⁸⁷¹ BRASIL. Lei 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre os direitos autorais concernentes ao software. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9609.htm >. Acesso em 15 jan 2008

autor e conexos específicos para os softwares, na qual surgiram dois problemas: não só freou-se as pesquisas de vanguarda na área de informática como também ignorou a faculdade de adiar a aplicação das normas do tratado oferecida aos países em desenvolvimento que viriam a formar a OMC (Organização Mundial do Comércio) pelo acordo TRIPs (em português, Acordo Relativo Aos Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio – ADPIC).

Acerca do primeiro problema, o advogado Augusto Maracini, presidente da Comissão de Informática Jurídica da OAB-SP, diz, sobre a Lei 9.609/98: “É curioso proteger por lei um software por 50 anos sendo que ele se torna obsoleto em dois, três anos”.⁸⁷²

Pegue-se, para exemplificação, o Windows 1.0 (primeiro produto da famosa linha da Microsoft, lançado em 1985) só poderá ser utilizado e comercializado livremente, em 2035. Na Wikipédia encontramos as características desse antigo sistema operacional: “Era necessário o MS-DOS 2.0, 256 KB RAM e um *hard drive*. Naquela altura, o MS-DOS só conseguia suportar 1 MB de aplicações [N.A.: apenas o Word, para um único documento de dez páginas, necessita, geralmente de 30 MB]. Era uma primeira tentativa de criar um sistema multitarefa. Nessa época, instalado em computadores XTs que tinham apenas 512Kb de memória, ocupava praticamente toda a memória disponível. Inicialmente, ele foi lançado em 4 disquetes de 360 KB cada um. [...] Permite a utilização de mouse, janelas e ícones. Nesta versão ainda não havia sobreposição de janelas.” (consultado em 30/03/2008). Só para se ter uma idéia, um outro artigo, na mesma Wikipédia, sobre o Windows Vista (último lançamento da Microsoft “Um PC equivalente [...] precisará no mínimo um processador de 1 GHz, 1 GB de memória RAM, e uma placa gráfica Aero-compatível com no mínimo 128 de memória gráfica.”. Como pode-se ver houve um salto no consumo de memória RAM, em 22 anos (1985-2007), de 512Kb para 1.024.000 Kb, ou seja, um aumento de duas mil vezes.

Agora quanto ao segundo problema, o Brasil, por ser um país em desenvolvimento, poderia adiar a positivação das normas do APDIP, assinado em 1994 por até dez anos, segundo o item 2 do art. 65, que diz o seguinte:

⁸⁷² FERREIRA, Lilian. *Entenda a polêmica sobre os emuladores*. UOL downloads. Disponível em: <<http://tecnologia.uol.com.br/downloads/ultnot/2007/10/15/ult2878u277.jhtm>> Acesso em: 16 mai 2008.

2 - Um país em desenvolvimento Membro tem direito a postergar a data de aplicação das disposições do presente Acordo, estabelecida no parágrafo 1º, por um prazo de quatro anos, com exceção dos Artigos 3, 4 e 5.⁸⁷³

E o primeiro item do art. 66:

1 - Em virtude de suas necessidades e requisitos especiais, de suas limitações econômicas, financeiras e administrativas e de sua necessidade de flexibilidade para estabelecer uma base tecnológica viável, os países de menor desenvolvimento relativo Membros **não estarão obrigados a aplicar as disposições do presente Acordo**, com exceção dos Artigos 3, 4 e 5, **durante um prazo de dez anos** contados a partir da data de aplicação estabelecida no parágrafo 1º do art.65. [grifo nosso]

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão acerca dos direitos autorais apresenta um avanço no contexto jurídico e econômico internacional. Temos, portanto, com a atual configuração legal, uma incompatibilidade entre dois princípios básicos dispostos na Constituição: o acesso à cultura e os direitos autorais; um coletivo e outro individual. A problemática que estamos inseridos, concernente ao Comércio Internacional e, principalmente as relações econômico-diplomáticas com os países desenvolvidos impediram, até hoje, um posicionamento mais forte do país a favor de uma pesquisa que fosse livre desses direitos, os quais não são, não satisfatoriamente, benéficos aos autores nem aos novos pesquisadores, tornando a pesquisa um objetivo distante de vários acadêmicos país afora, isso acarreta o empobrecimento qualitativo e quantitativo do novo pesquisador, piorando o nível das academias em termos de pesquisa – realidade essa que tende a agravar com a entrada de capital privado no financiamento dessas pesquisas. O

⁸⁷³ Os artigos 3, 4 e 5, aos quais o tratado se refere versam sobre tratados firmados anteriormente, e, portanto, não são importantes para a linha de raciocínio deste trabalho.

problema em si não é a procedência desse capital, mas sim as condições impostas para sua utilização.

Ainda há o surgimento da Internet, cuja definição não é ainda pacífica, podendo ser considerada como uma nova mídia, um novo meio de comunicação ou ainda como um meio de trocar dados – dados os quais nem sempre podem ser controlados ou moderados, pela tamanha quantidade.

Deste modo, os direitos autorais entram num impasse: fortificar a legislação para atender os interesses do capital ou liberar as obras culturais e artísticas para o domínio público? A nossa resposta, no entanto, não é nenhuma delas. Ambas carregam consigo desvantagens catastróficas; ambas são injustas. É imprescindível que a regulamentação através da legislação, porém democratizar o acesso às publicação, auxiliar à pesquisa com investimentos maciços no campo universitário, formar pesquisadores, defender o autor e não os investimentos. Não é nossa ambição com esse trabalho dar uma resposta, esgotar o tema, mas sim fomentar o livre debate.

Então, na nossa humilde opinião de acadêmicos em formação, indagamos acerca da possibilidade de que toda a pesquisa, ou melhor, todo o conhecimento científico tivesse reduzido os seus prazos de direitos autorais. Pois vivemos, antes de tudo, em um Estado Democrático de Direito Cidadão.

7. REFERÊNCIAS

ALARCÃO, Daniela Gil. *Direito Eletrônico Virtual*. 2007. 81 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2007.

BASSO, Maristela. *O direito internacional da propriedade intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BERTRAND, André. *A proteção jurídica dos programas de computador*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

BRASIL. Lei 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre os direitos autorais concernentes ao software. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9609.htm >. Acesso em 15 jan 2008

CABRAL, Plínio. *Direito autoral: dúvidas e controvérsias*. São Paulo: Harbra, 2000.

CHAVES, Antônio. In: DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. 2.ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005

FERREIRA, Ivette Senise. *A Criminalidade Informática*. In *Direito & Internet – aspectos jurídicos relevantes*. Bauru, SP: EDIRPRO, 2000.

FERREIRA, Lilian. *Entenda a polêmica sobre os emuladores*. UOL downloads. Disponível em: <<http://tecnologia.uol.com.br/downloads/ultnot/2007/10/15/ult2878u277.jhtm>> Acesso em: 16 mai 2008.

NASCIMENTO, Dassaieve de Castro. *A proteção ao software no direito brasileiro: aspectos civis da ofensa ao direito do autor*. 2003. 27f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2003.

ORRICO JR., Hugo. *Pirataria de Software*. São Paulo: Editora do Autor, 2004.

PIMENTA, Eduardo S. *Dos crimes contra a propriedade intelectual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

PIMENTEL, Luiz Otávio. *Direito industrial: as funções do direito de patentes*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

_____. *Propriedade intelectual e universidade: aspectos gerais*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIBEIRO, Elnor Rodrigues. *Propriedade intelectual de programas de computador*. 2006. 47f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

LIMITAÇÕES AO DIREITO DE AUTOR: CONSIDERAÇÕES SOBRE CÓPIA PRIVADA E A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO DE AUTOR

Eduardo Pires⁸⁷⁴

Stella Monson Tolotti⁸⁷⁵

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. Considerações gerais sobre o Direito de Autor. 3. Direito de Autor versus Direito de Acesso à Informação. 4. Limites ao Direito de Autor. 5. A Problemática da Cópia Privada. 6. O *Fair Use* como Sistema de Limitações ao Direito de Autor. 7. Considerações finais. Referências bibliográficas.

RESUMO

Na sociedade contemporânea os direitos de acesso ao conhecimento, à informação e à cultura são elementos essenciais para o desenvolvimento dos povos e da nação. Entretanto, estes direitos muitas vezes entram em conflito com o Direito de Autor, devido às restrições que este impõe à utilização das criações intelectuais em favor do criador da obra. Neste sentido, o presente texto pretende fazer uma análise dos conflitos existentes entre o Direito de Autor, que garante aos autores o direito à exclusividade sobre a utilização de suas obras e os direitos de acesso ao conhecimento, à informação e à cultura, todos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, apresentando também, breves considerações a respeito das características gerais do Direito de Autor. A análise destes conflitos será abordada tendo-se em vista a aplicação do princípio da função social do Direito de Autor. Posteriormente, contudo, sem se afastar do âmbito da função social do Direito de Autor, procurar-se-á verificar as limitações do Direito de Autor, primeiramente de forma geral e em seguida de forma mais específica, analisando

⁸⁷⁴ Graduando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, integrante do Grupo de Pesquisa em Direito de Autor, pesquisador/bolsista do Programa de Bolsa de Estudo para Atividades de Ensino.

⁸⁷⁵ Graduanda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, integrante dos Grupos de Pesquisa Parcerias Público-Privadas e Direito de Autor, pesquisadora/bolsista do Programa Unisc de Iniciação Científica.

o inciso II, do art. 46 da Lei 9.610 de 1998, quanto à problemática enfrentada, principalmente no meio acadêmico, pela limitação de “pequenos trechos” imposta à cópia privada, sem fins lucrativos.

PALAVRAS-CHAVE

Direito de Autor; Função Social; Limitações; Cópia Privada; Pequenos Trechos.

ABSTRACT

In the society contemporary the rights of access to the knowledge, the information and the culture are essential elements for the development of the people and of the nation. However, these rights for many times are in conflict with the author rights, which had to the restrictions that this imposes the use of the intellectual creations in favor of the work's creator. In this direction, the present text intends to make one analyzes of the existing conflicts between the author rights, who guarantees the right to the authors to the exclusiveness on the use of its works and the rights of access to the knowledge, the information and the culture, all basic rights constitutionally foreseen, also presenting, soon considerations regarding the general characteristics of the right of author. It analyzes it of these conflicts will be boarded having in sight the application of the principle of the social function of the right of author. Later, but, however, without if moving away from the scope of the social function of the right of author, it will look for to go deep itself the limitations of the general form, Copyright first and after that of more specific form, analyzing the interpolated proposition II, art. 46 of Law 9.610 of 1998, how much to the problematic one faced, mainly in the half academic, for the limitation of "small stretches" imposed to the private copy, without lucrative ends.

KEYWORDS

Right of Author; Social function; Limitations; Private Copies; Small Stretches.

1. Introdução

O direito de autor, pelo seu caráter *sui generis*, é tema de grandes discussões, desde sua fundamentação até suas aplicações. Ao fazer parte dos direitos intelectuais⁸⁷⁶, já é considerado de difícil definição, pois esta é uma área pouco pacificada em razão da atualidade do tema. O direito de autor divide-se em direito moral e direito patrimonial, o que estabelece, por um lado, os direitos de proteção à integridade da obra, e, de outro, as garantias de fruição dos resultados econômicos da mesma⁸⁷⁷.

Hodiernamente, verifica-se um conflito a nível constitucional entre o direito individual do autor de proteção à sua obra e o direito da sociedade ao acesso à informação, cultura e educação, de fundamental importância para o desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico da nação.

Com o intuito de atender as exigências e necessidades da sociedade, o direito do autor de monopólio sobre a utilização de suas criações deve sofrer certas restrições, buscando-se desta forma o atendimento da função social do direito de autor. Deste modo, o artigo 46 da Lei 9610 de 1998, enumera as hipóteses em que há a possibilidade de utilização de obras intelectuais sem a necessidade de autorização do autor, ou seja, trata das limitações ao direito de autor.

Contudo, do ponto de vista da função social do direito de autor, estas limitações por estarem enquadradas em um rol taxativo, em muitas ocasiões ainda servem de obstáculo aos direitos da sociedade de acesso à informação, educação e cultura. Neste sentido é que se analisará neste estudo até que ponto as limitações elencadas no artigo 46 da Lei de Direito Autorais atendem à função social do direito de autor, principalmente verificando-se os problemas e alternativas advindos da regulamentação do instituto da cópia privada e de sua limitação a “pequenos trechos”.

2. Considerações gerais sobre o Direito de Autor

⁸⁷⁶ REIS, Jorge Renato dos. *Os fundamentos teórico-constitutivos do direito de autor e a eficácia dos seus contratos no ordenamento jurídico brasileiro*. Tese de doutorado (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2003.

⁸⁷⁷ *Ibidem*.

Diretamente derivado dos direitos individuais, como resultado das discussões ocorridas em decorrência dos movimentos humanistas do século XVIII e da Revolução Francesa, o Direito de Autor, apesar de alguns autores reconhecerem traços de sua existência já na Antiguidade, tem suas raízes reconhecidas nos privilégios editoriais da Inglaterra, tendo como primeiro ato legal o Copyright Act, de 1709. Pertencente ao âmbito do Direito Privado, busca a regulação das relações jurídicas decorrentes das manifestações pessoais de criatividade e dons artísticos humanos, que podem ser economicamente utilizados⁸⁷⁸.

Os Direitos Autorais no Brasil são regulados, principalmente, pela Lei 9.610 de 1998, que veio a substituir a lei 5.988 de 1973. Esta legislação tem como objeto a proteção dos bens intelectuais de cunho literário, científico ou artístico.

Trata-se de um Direito Especial, *sui generis*, pois da análise do conteúdo do Direito de Autor, observa-se a coexistência de dois direitos autônomos, sendo estes os de cunho moral, relacionados à proteção da personalidade do criador da obra e outros de cunho patrimonial, referindo-se aos direitos de utilização econômica da obra.⁸⁷⁹

No que tange aos Direitos Morais, conforme ensina Carlos Alberto Bittar, “são os vínculos perenes que unem o criador à sua obra, para a realização da defesa de sua personalidade” e continua: “esses direitos nascem com a criação da obra, manifestando-se alguns (como o direito ao inédito) com a simples materialização, ou seja, com a sua inserção na ordem fática, e produzindo efeitos por toda a existência”.⁸⁸⁰ São direitos caracterizados fundamentalmente por serem pessoais; irrenunciáveis; impenhoráveis; perpétuos; inalienáveis; e imprescritíveis. Os Direitos Morais conferidos ao autor encontram-se elencados na Lei 9610, de 1998, no seu artigo 24.⁸⁸¹

Já os direitos patrimoniais são aqueles que dizem respeito à utilização econômica da obra, através da comunicação e publicação ao público, com o objetivo de

⁸⁷⁸ GUERREIROS JUNIOR, Nehemias. O direito autoral no show bussiness: tudo o que você precisa saber. 3. ed. Rio de Janeiro: Gryphus, 2005. p 47.

⁸⁷⁹ BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p.10.

⁸⁸⁰ Ibidem, p. 47.

⁸⁸¹ I. o de reivindicar a autoria da obra; II. o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado; III. o de conservar a obra inédita; IV. o de assegurar a integridade da obra; IV. o de modificar a obra antes ou depois de utilizada; VI. o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem; VII. o de ter acesso a exemplar único e raro da obra...

permitir que o autor obtenha benefícios econômicos pela utilização de sua obra, reconhecendo desta forma a importância do trabalho realizado e ao mesmo tempo incentivando a criação de novas obras. Estes direitos decorrem da exclusividade dada ao autor para exploração econômica de sua obra, o que representa um verdadeiro monopólio.⁸⁸²

Disso decorre que qualquer forma de utilização da obra intelectual dependerá, sempre, de consulta prévia ao seu autor, sob pena de se estar violando os Direitos de Autor, incorrendo, desta forma, em ilícito cível e penal. Os direitos patrimoniais têm como características básicas a conotação real, de propriedade, a mobilidade, podendo ser transferidos ou cedidos a terceiros, a alienabilidade, a temporariedade, que lhes prescreve uma limitação no tempo, para efeito de sua fruição, a penhorabilidade e a prescritibilidade.⁸⁸³

3. Direito de Autor versus Direito de Acesso à Informação

A tutela jurídica aos direitos de autor é reconhecida constitucionalmente através do artigo 5º da Constituição federal, quando prevê que ao autor é concedido o “direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras”⁸⁸⁴, conferindo-lhe ainda o direito de fiscalização sobre a utilização econômica das obras que criar ou em que participar da criação.⁸⁸⁵

Da mesma forma, mas em contraposição, há a previsão na Carta Magna aos direitos de acesso à informação, à cultura e à educação, previstos nos artigos 5º, inciso XIV, 215, e 205 da Constituição Federal:

“XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

⁸⁸² BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 49.

⁸⁸³ Ibidem, p. 50.

⁸⁸⁴ Constituição Federal de 1998, artigo 5º, XVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.

⁸⁸⁵ Constituição Federal de 1998, artigo 5º, XVIII, b - São assegurados, nos termos da lei: b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.

“Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”

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

Surge, neste sentido, um conflito de direitos fundamentais, de um lado o direito de autor ao monopólio sobre a utilização de sua obra e de outro lado o direito da sociedade à informação, à educação e à cultura.

Conforme destaca Aline Vitalis

verificou-se um conflito entre a necessidade do progresso da educação e da cultura como fatores fundamentais para o desenvolvimento da nação e a imperatividade da concessão da proteção legal às criações intelectuais surgidas em seu contexto, exatamente como estímulo para a produção de obras de engenho pelos respectivos nacionais. O choque de interesses é evidente: o interesse do autor (individual) volta-se para a proteção e retribuição econômica de sua obra, ao passo que o da coletividade corresponde à fruição dessa mesma obra.⁸⁸⁶

No tocante à discussão a respeito da ligação entre autor, sua obra e o interesse coletivo, há entendimentos que asseveram ser a criação intelectual fruto exclusivo do trabalho individual do autor, e por isso, cabendo a este a titularidade privativa do direito sobre a sua criação, sem sofrer qualquer forma de interferência externa. De outro lado,

⁸⁸⁶ VITALIS, Aline. A função social dos direitos autorais: uma perspectiva constitucional e os novos desafios da sociedade de informação. In: BRASIL, Ministério da Cultura. Direito autoral. Brasília: Ministério da Cultura, 2006. p. 205.

há os que entendem que o criador da obra intelectual retira da sociedade a inspiração para sua criação e que o trabalho nada seria se não existisse a humanidade, não cabendo, portanto, ao Direito de Autor caráter de direito absoluto.⁸⁸⁷

Modernamente, frente à importância que o conhecimento e até mesmo a informação representam para a sociedade, não há como se admitir a análise de um direito de autor com uma visão unitária, em que ao criador da obra intelectual é outorgada exclusividade absoluta sobre a obra. É verdade que não há como negar ao autor a tutela sobre o bem de sua criação; entretanto, essa proteção deve estar em harmonia com os direitos da sociedade, e isto, em outras palavras, significa dizer que da mesma forma que ocorre com a propriedade material, o Direito de Autor também deve cumprir sua função social.

Neste sentido Hammes preleciona: “juntamente com a aceitação do Direito de Autor, desenvolveu-se o reconhecimento de que o mesmo está sujeito igualmente a uma vinculação social. Em nome do interesse comum, o autor deve tolerar restrições aos seus direitos”.⁸⁸⁸

Há a necessidade de se proteger as criações intelectuais, propiciando ao autor retirar os proventos correspondentes da sua criação, inclusive, como meio de incentivo a produção de novas obras. Contudo, esta proteção deve sofrer restrições sempre que servir de empecilho à difusão do conhecimento e disseminação de cultura.

4. Limites ao Direito de Autor

Algumas formas de utilização das obras intelectuais não entram no âmbito da proteção dos direitos de autor; ou seja, são de uso livre, independente de autorização ou retribuição pecuniária ao autor, o que representa o interesse público, na proteção do Direito de Autor.

Como bem destaca Bittar:

[...] dessas limitações uma reveste-se de feição institucional, decorrente da própria conceituação ao Direito de Autor – quanto ao prazo de monopólio – e outras se aliam a exigências

⁸⁸⁷ Ibidem, p. 204.

⁸⁸⁸ HAMMES, Bruno Jorge. O direito de propriedade intelectual: subsídios para o ensino. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1998. p. 76/77.

de várias ordens: quanto à censura, à informação, à cultura, ao ensino e a considerações ditadas pela prevalência de direitos da coletividade.⁸⁸⁹

Com isso, há de se reconhecer a finalidade sociocultural e educativa na existência de limitações ao Direito de Autor. Entretanto, a legislação brasileira, através do artigo 46 da lei 9.610 de 1998, enumera de forma taxativa estas limitações e exceções aos Direitos Autorais, quando o mais adequado do ponto de vista da função social do direito de autor seria que houvesse um rol aberto de limitações, regido por princípios gerais de direito.

Tendo-se em vista o caráter restritivo das limitações estabelecidas pela legislação brasileira, observa-se traços de uma concepção individualista adotada pelo legislador ordinário na defesa do direito do criador da obra; o que obviamente opõe-se ao princípio da função social do Direito de Autor, pois esta clausura à letra da lei impacta negativamente no acesso à informação, à cultura e à educação.

Neste mesmo contexto Carboni entende que:

A previsão de hipóteses fechadas para a limitação dos direitos de autor na Lei 9.610/98 contraria a função social do direito de autor. É por essa razão que deveria ser debatida a regulamentação das limitações na forma de princípios gerais (tal como no *fair use* norte-americano) e não à enumeração de situações taxativas. Isso porque o princípio geral pode ser moldado pelo juiz no caso concreto, além de sobreviver mais facilmente às mudanças sociais e tecnológicas.⁸⁹⁰

Na sociedade contemporânea, a informação e o conhecimento são bens de imensurável valor, indispensáveis para o desenvolvimento da sociedade e das nações. Logo, o princípio constitucional da função social não deve se conter às limitações

⁸⁸⁹ BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 69.

⁸⁹⁰ CARBONI, Guilherme C. O direito de autor e seus desafios: os conflitos com a liberdade de expressão, o direito de acesso ao conhecimento, à informação e à cultura e o direito ao desenvolvimento tecnológico. Disponível em: < http://www.direitoacomunicacao.org.br/novo/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=80 >. Acesso em: 20 mar. 2008.

previstas na lei 9.610, que evidentemente são insuficientes para atender as finalidades sociais da utilização da propriedade intelectual.⁸⁹¹

Existem inúmeras situações em que os direitos fundamentais de acesso à informação, à cultura e à educação são negados à sociedade em prol da tutela jurídica ao Direito de Autor. Todavia, este texto se limitará à abordagem do problema da cópia privada.

5. A Problemática da Cópia Privada

Em meio às limitações previstas pelo artigo 46, da lei 9.610 de 1998, encontra-se a previsão no inciso II, de que não constitui ofensa aos direitos autorais: “a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro”.

Já a lei 5.988 de 1973, revogada pela atual lei de direitos autorais, ao tratar das limitações, trazia em seu artigo 49, inciso II a previsão sobre a cópia privada, considerando que não representava ofensa aos direitos do autor: “a reprodução, em um só exemplar, de qualquer obra, contanto que não se destine à utilização com intuito de lucro”.

Ao comparar a legislação atual com a revogada lei de 1973, verifica-se, sob a ótica da função social da propriedade intelectual, que do processo de atualização da legislação adveio, a contrário senso, um retrocesso à liberdade da sociedade na utilização da propriedade intelectual. Nota-se este fato através de dois pontos: o primeiro ponto é pertinente ao uso privado do copista, já que na lei 5.988/73 não havia qualquer limitação pessoal à utilização da cópia. O segundo ponto em que se nota um retrocesso da legislação, e se pode articular, que de forma mais relevante, é quanto à restrição da cópia a “pequenos trechos”, uma vez que a legislação anterior permitia a cópia integral da obra.⁸⁹²

⁸⁹¹ MORAES, Rodrigo. A função social da propriedade intelectual na era das novas tecnologias. In: BRASIL, Ministério da Cultura. Direito autoral. Brasília: Ministério da Cultura, 2006. p. 264.

⁸⁹² QUEIROZ, Daniel Pessoa Campello. As limitações aos direitos autorais na legislação brasileira e a questão da cópia privada. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1456, 27 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10064>>. Acesso em: 19 mar. 2008.

Portanto, a partir da Lei 9.610/98 a cópia integral de qualquer obra tutelada pelo Direito de Autor tornou-se proibida. Admite-se somente a cópia de “pequenos trechos” para uso exclusivamente pessoal do copista, sem o intuito de obtenção de lucro.

Pode-se afirmar que este dispositivo da lei de direitos autorais é inconsistente e confuso, pois de sua interpretação restam muitas dúvidas. Afinal, o que exatamente representa “pequenos trechos” de uma obra? Significa um capítulo? Deve ser mensurado em uma determinada porcentagem? Como deve ser abordado o problema dos livros esgotados?⁸⁹³

Neste sentido é procedente a crítica de Eliane Y. Abrão:

A lei 9610/98 não distingue entre livros postos à disposição do público e os retirados de circulação. Livros, discos ou obras de qualquer natureza, de grande valor histórico, cultural e científico, são muitas vezes encontrados apenas em distantes bibliotecas públicas ou acervos particulares. Essa carência na disponibilização da obra é prejudicial ao desenvolvimento das artes, ciência e cultura, que é objeto declarado dos direitos de autor. Entretanto, a solução normativa para isso não existe, necessitando esforços dos legisladores no encontro de uma fórmula satisfatória, que garanta maior acesso do público à obra, sem prejuízo de seus titulares.⁸⁹⁴

As dúvidas em relação à questão da cópia privada têm gerado muitas discussões, principalmente no meio acadêmico. A falta de objetividade da lei pertinente à definição de “pequenos trechos” é usada pela Associação Brasileira de Direitos Reprográficos (entidade representante das editoras) como meio de coibir a cópia privada, através de medidas coercitivas, tanto na esfera civil quanto penal tentando impedir a prática da cópia de livros no recinto universitário.⁸⁹⁵

⁸⁹³ MORAES, Rodrigo. A função social da propriedade intelectual na era das novas tecnologias. In: BRASIL, Ministério da Cultura. Direito autoral. Brasília: Ministério da Cultura, 2006. p. 304.

⁸⁹⁴ ABRÃO, Eliane Yachouch. Direitos de autor e direitos conexos. São Paulo: Editora do Brasil, 2002. p. 148-149.

⁸⁹⁵ QUEIROZ, Daniel Pessôa Campello. As limitações aos direitos autorais na legislação brasileira e a questão da cópia privada. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1456, 27 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10064>>. Acesso em: 19 mar. 2008.

Com o intuito de acabar com estas discussões e tentar definir o termo “pequenos trechos”, o Conselho Universitário da USP aprovou a Resolução 5.213 para regular as fotocópias nas faculdades sob sua jurisdição, optando por uma interpretação ampliativa do direito de acesso ao conhecimento.⁸⁹⁶

Conforme a resolução, cujas normas devem ser observadas em todas as instalações e órgãos da Universidade de São Paulo (USP), a limitação para a cópia privada imposta pela Lei 9610/98 de “pequenos trechos” deve ser entendida como sendo até um capítulo de um livro, bem como artigos inteiros de periódicos ou revistas científicas.

Outro ponto de fundamental importância previsto na resolução 5.213 da USP, ao qual a Lei 9.610/98 é omissa, refere-se à permissão de cópia integral de obras esgotadas sem republicação há mais de 10 anos, obras estrangeiras indisponíveis no mercado nacional, obras caídas em domínio público e nas quais conste expressa autorização para reprodução. Para que as obras, as quais há a possibilidade de cópia integral, possam ser facilmente identificadas, determina a resolução que as bibliotecas demarquem em seu acervo estas obras com sinais específicos.

Quanto às chamadas “pastas de professores” onde são disponibilizados trechos de obras para os alunos, comumente utilizadas no meio acadêmico, entretanto vigorosamente combatidas pela Associação Brasileira de Direitos Reprográficos, há na resolução 5.213 da USP a permissão da utilização deste instrumento, contanto que o material disponibilizado seja o estritamente determinado para o ministério da disciplina constante do programa da universidade, sendo permitida a cópia do material exclusivamente para os alunos inscritos na disciplina.

Nota-se que a referida resolução busca esclarecer as dúvidas oriundas da falta de objetividade da lei e da interpretação dada a esta, definindo no âmbito daquela Universidade o alcance do termo “pequenos trechos”; além disso, permitindo a cópia integral de obras de difícil acesso e ainda a utilização das “pastas de professores”.

Não obstante, há quem coloque em dúvida a validade desta regulamentação, tanto pelo argumento da falta de legitimidade da USP para regular o tema, bem como pelo fato da resolução considerar capítulos e artigos inteiros como “pequenos trechos”,

⁸⁹⁶ LAZZARINI, M.; TRETTEL, D. B.; MONCAU, L.F.M. Propriedade intelectual: perspectivas do consumidor. [S.l.] Disponível em: <http://www.direitoacomunicacao.org.br/novo/dmdocuments/arquivo.php?arquivo=Marilena%20Lazzarini%20-%20Propriedade%20intelectual_perspectiva>. Acesso em 21 de mar. de 2008.

com isso, aparentemente excedendo aos limites impostos pelo inciso II, do artigo 46 da lei 9.610 de 1998.

Como bem refere Daniel Queiroz “O fato é que a Lei 9610 de 1998 estabeleceu uma regra que, de certa forma, é impossível de ser seguida na prática. A cópia da obra para uso privado não pode, nem deve, estar limitada, notadamente quando se trata de uso privado, sem intuito de lucro, e para fins educacionais”.⁸⁹⁷

Nesse aspecto, discute-se no âmbito do Congresso Nacional, a alteração da Lei 9.610/98, para que se estabeleça nova modalidade de limitação aos direitos de autor. Trata-se do Projeto de Lei 5046 de 2005, de autoria do Deputado Antônio Carlos Mendes Thame, que alteraria o inciso I do artigo 46, acrescentando-lhe uma alínea de letra “e”, ficando, então, da seguinte forma:

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

I – a reprodução:

e) de qualquer obra, em um só exemplar, para uso exclusivo do estudante universitário, sem fins comerciais.⁸⁹⁸

O Deputado Antônio Carlos Mendes Thame, ao apresentar o projeto de lei, objetivou alcançar pelo menos duas situações em que há necessidade da cópia pelo estudante: no caso de livros de difícil acesso e quando o estudante não dispuser da verba necessária para adquirir os livros necessários a seus estudos, sendo permitido nestes casos a cópia integral da obra.⁸⁹⁹

O projeto de lei mencionado busca fazer com que os interesses individuais do autor não sirvam de obstáculo ao acesso a obras por estudantes quando se trata da

⁸⁹⁷ QUEIROZ, Daniel Pessoa Campello. As limitações aos direitos autorais na legislação brasileira e a questão da cópia privada. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1456, 27 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10064>>. Acesso em: 19 mar. 2008.

⁸⁹⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 5046/2005. Ementa: [Altera a Lei nº 9610, de 19 de fevereiro de 1998, que "Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências"]. Autor: Dep. Antônio Carlos Mendes Thame. Relator: Dep. Chico Alencar. *Parecer na Comissão de Educação e Cultura*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/295013.pdf>> Acesso em: 30 de mar. 2008.

⁸⁹⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 5046/2005. Ementa: [Altera a Lei nº 9610, de 19 de fevereiro de 1998, que "Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências"]. Autor: Dep. Antônio Carlos Mendes Thame. Relator: Dep. Chico Alencar. *Parecer na Comissão de Educação e Cultura*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/295013.pdf>> Acesso em: 30 de mar. 2008.

utilização para fins educacionais. Entretanto, não é objetivo do projeto um desrespeito generalizado aos direitos do autor, mas o que se pretende é que estes funcionem de forma integrada com os direitos à informação, cultura e educação, ou em outras palavras pode-se dizer que o intuito é de que a função social do direito de autor seja cumprida.⁹⁰⁰

Contudo, não se esgotam aqui as tentativas de se acabar com as discussões a respeito da cópia privada advindas do conflito entre os interesses dos autores e o interesse coletivo de acesso à cultura, informação e educação.

Neste sentido, a Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, entendendo que na legislação atual a regulamentação das limitações ao Direito de Autor não é satisfatória, aprovou em 20 de outubro de 2005 a resolução de nº 67, a qual propõe a alteração do art. 46 da lei 9.610 de 1998, que passaria a vigorar com o seguinte texto:

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais, a reprodução parcial ou integral, a distribuição e qualquer forma de utilização de obras intelectuais que, em função de sua natureza, atenda a dois ou mais dos seguintes princípios, respeitados os direitos morais previstos no art. 24:

I - tenha como objetivo, crítica, comentário, noticiário, educação, ensino, pesquisa, produção de prova judiciária ou administrativa, uso exclusivo de deficientes visuais em sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários, preservação ou estudo da obra, ou ainda, para demonstração à clientela em estabelecimentos comerciais, desde que estes comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização, sempre na medida justificada pelo fim a atingir;

II - sua finalidade não seja essencialmente comercial para o destinatário da reprodução e para quem se vale da distribuição e da utilização das obras intelectuais;

⁹⁰⁰ Ibidem.

III - o efeito no mercado potencial da obra seja individualmente desprezível, não acarretando prejuízo à exploração normal da obra; Parágrafo Único - A aplicação da hipótese prevista no inciso II deste artigo não se justifica somente pelo fato de o destinatário da reprodução e quem se vale da distribuição e da utilização das obras intelectuais ser empresa ou órgão público, fundação, associação ou qualquer outra entidade sem fins lucrativos;⁹⁰¹

Percebe-se que a alteração sugerida pela ABPI busca o atendimento da função social do direito de autor. O que se pretende fundamentalmente é uma alteração da característica do rol das limitações ao Direito de Autor, que passaria de uma relação taxativa de limitações a um rol aberto constituído de princípios gerais, que podem ser aplicados e moldados pelo juiz de acordo com caso concreto, nos moldes da doutrina do *fair use* de limitações, utilizado no sistema jurídico norte-americano.⁹⁰²

Consequentemente, com a mudança sugerida, acredita-se que se resolveriam as questões referentes à cópia privada de obras, mesmo que integral, para fins acadêmicos, tendo-se em vista que este tipo de utilização, devido a suas características, se encaixaria dentro das limitações estabelecidas pelo artigo 46, conforme sugerido pela ABPI, não constituindo deste modo violação aos direitos de autor.

6. O *Fair Use* como Sistema de Limitações ao Direito de Autor

Enquanto nos países que adotam o sistema de Direito Autoral derivado da Europa Continental (como no caso do Brasil), conhecido como *Droit d' Ateur*, se estabelecem casos de limitações ao direito de autor de forma taxativa, averigua-se, a contrário senso, no sistema do copyright americano, que as limitações decorrem de uma cláusula geral, denominada de *fair use* ou “uso justo”.

⁹⁰¹ ABPI. Associação Brasileira de Propriedade Industrial. Resolução número 67 de 20 de outubro de 2005. Disponível em <<http://www.abpi.org.br/bibliotecas.asp?idiomas=Portugu%EA&secao=Resolu%E7%F5es%20da%20ABPI&codigo=3&resolucao=2>>. Acesso em: 03 abr. 2008.

⁹⁰² Ibidem

Nas palavras de Adolfo, o *fair use* “é uma típica cláusula geral, de caráter valorativo, não se constituindo as condutas por ela qualificadas como infração do Direito Autoral”.⁹⁰³

Deste modo, pode-se afirmar que o sistema do *fair use* admite a utilização de forma legal e gratuita de obras de terceiros, protegidas pelo *copyright*, desde que com finalidades de crítica, comentário, noticiário de fatos, ensino, entre outras, consideradas utilizações “justas”.⁹⁰⁴

Neste sentido, portanto, o acusado de praticar um ilícito contra do direito de autor tem a possibilidade de provar que a sua utilização de obra alheia ocorreu de forma justa descaracterizando, desta forma, a violação ao direito autoral. O *fair use* trata-se, na realidade, de cláusula geral aberta, cuja aplicação se dá preponderantemente ao caso concreto, “onde é possível encontrar a manutenção do recurso à equidade como base, ao menos suplementar, do funcionamento do sistema”.⁹⁰⁵

Para que se reconheça a utilização de uma obra de terceiro como “justa”, ou seja, para que seja alcançada pelo *fair use*, é necessário que tal utilização seja analisada sob o viés de quatro critérios estipulados pelo United States Code, em seu título 17, seção 107.⁹⁰⁶

Os critérios são: o propósito e natureza do uso; a natureza da obra; quantidade e qualidade de utilização, relacionada à obra global; e consequência da utilização no mercado potencial da obra.⁹⁰⁷

A respeito do propósito e da natureza do uso, o que deve ser verificado é se a utilização da obra se deu para fins comerciais ou para fins educacionais onde não há o intuito de obtenção de lucro. Isso não significa que se o fim do uso for comercial estará

⁹⁰³ ADOLFO, Luis Gonzaga Silva. Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação. P. 147....

⁹⁰⁴ GALVÃO, Helder, Direito de Propriedade Intelectual. Disponível em: http://www.puc-rio.br/ensinopesq/ccpg/pibic/relatorio_resumo2006/Resumos%202006/CCS/DIR-OK/Helder%20Galv%E3o.pdf. Acesso em: 20 mai. 2008.

⁹⁰⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. O fair use no direito autoral. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 365, nº99.P. 76

⁹⁰⁶ QUEIROZ, Daniel Pessoa Campello. As limitações aos direitos autorais na legislação brasileira e a questão da cópia privada. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1456, 27 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10064>>. Acesso em: 19 mar. 2008.

⁹⁰⁷ Ibidem.

se afastando a possibilidade do *fair use*; entretanto, é muito mais provável ser aceita como *fair use* uma utilização que tiver propósitos não-comerciais.⁹⁰⁸

Quanto à natureza da obra, averigua-se o nível de criatividade implícita nas obras protegidas pelo direito de autor. Assim, quanto mais criativa for a obra, maior será a proteção recebida.⁹⁰⁹

Sobre o critério da quantidade e qualidade de utilização, relacionada à obra global, para verificar se o uso é justo ou não, deve-se fazer uma análise sob dois aspectos, quais sejam, o aspecto quantitativo e o aspecto qualitativo da utilização da obra. Normalmente, uma cópia integral de uma obra não é considerada como “*fair use*”. Já quando a obra não é reproduzida na íntegra, deve-se considerar o aspecto qualitativo, ou seja, se o trecho utilizado, mesmo que pequeno, possa ser considerado a essência da obra; ou seja, a caracterização do *fair use* depende da importância da parte usada.⁹¹⁰

E, por fim, tem-se o critério das consequências da utilização no mercado potencial da obra, em que deve ser considerado o impacto no mercado decorrente da utilização da obra. Nesse sentido é contemplada pelo *fair use*, a utilização que não impactar negativamente no mercado ou ainda, em um possível mercado do detentor do *copyright*. Em suma, é possível dizer que o uso é considerado justo quando não acarretar prejuízo ao possuidor do *copyright*.⁹¹¹

Através destas breves considerações a respeito do *fair use*, percebe-se que a anteriormente referida sugestão de alteração do texto do artigo 46 da Lei 9610 de 1998, elaborada pela ABPI, através de sua resolução de número 67, tem ligação direta com o *fair use*, tendo-se em vista que tal entidade busca, através desta sugestão, a substituição do rol taxativo de limitações ao direito de autor por um rol aberto, baseado em princípios ou cláusulas gerais, da mesma forma que ocorre no sistema norte-americano.

7. Considerações finais

⁹⁰⁸ ADOLFO, Luis Gonzaga Silva. Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008. P. 147.

⁹⁰⁹ Ibidem. P.148.

⁹¹⁰ ADOLFO, Luis Gonzaga Silva. Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008. P. 149.

⁹¹¹ Ibidem. P. 149-50.

A Constituição Federal Brasileira garante de um lado a proteção ao autor sobre sua criação intelectual e de outro garante à sociedade os direitos de acesso à informação, cultura e educação. No entanto, nem a Carta Magna e nem mesmo a legislação pátria sobre direitos autorais dispõem de mecanismos para solução desse conflito de interesses, devendo, portanto, no caso concreto ser resolvido este choque de interesses através da ponderação e da aplicação do princípio da função social do direito de autor.

As limitações e exceções ao direito de autor contidas na lei 9610/98 são fundamentadas no interesse social, todavia este rol de limitações da forma em que se encontra, vem a contrariar o princípio da função social do direito de autor, por se tratar de um rol taxativo, que prevê hipóteses fechadas e que não são suficientes para atender às necessidades da sociedade ao acesso às obras intelectuais. Por isso é que se entende haver a necessidade de uma alteração na característica deste rol de limitações, assim como sugere a ABPI, com a utilização de princípios gerais de direito que podem ser aplicados pelo juiz de acordo com o caso concreto.

A restrição imposta pela lei de direitos autorais de “pequenos trechos” à cópia privada, além de confusa pode ser considerada como um entrave ao acesso à informação, cultura e educação, principalmente quando se analisa o âmbito acadêmico.

A cópia, sem o intuito de obtenção de lucro, para uso particular e principalmente quando servir para uso acadêmico não pode ser considerada como um ato ilícito. Não se pode permitir, à luz da função social do direito de autor, que se restrinja o acesso à informação, cultura e educação, assim considerados como bens maiores da sociedade, em função do caráter econômico do direito de autor.

Referências bibliográficas

ABRÃO, Eliane Yachouch. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

ABPI. *Associação Brasileira de Propriedade Industrial. Resolução número 67 de 20 de outubro de 2005*. Disponível em <<http://www.abpi.org.br/bibliotecas.asp?idiomas=Portugu%EA&secao=Resolu%E7%F5es%20da%20ABPI&codigo=3&resolucao=2>>.

Acesso em: 03 abr. 2008.

ADOLFO, Luis Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O fair use no direito autoral*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 365, nº 99 p.73-83, jan./fev. 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 5046/2005*. Altera a Lei nº 9610, de 19 de fevereiro de 1998, que Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/295013.pdf>>. Acesso em: 30 de mar. 2008.

CARBONI, Guilherme C. *O direito de autor e seus desafios: os conflitos com a liberdade de expressão, o direito de acesso ao conhecimento, à informação e à cultura e o direito ao desenvolvimento tecnológico*. Disponível em: < http://www.direitoacomunicacao.org.br/novo/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=80>. Acesso em: 20 mar. 2008.

CARBONI, Guilherme C. *Conflitos entre Direito de Autor e Direito de Acesso ao Conhecimento, à Cultura e à Informação*. Disponível: < <http://reposcom.portcom.intercom.org.br/dspace/bitstream/1904/16840/1/R2512-1.pdf>> Acesso em: 27 mar. 2008.

GUERREIROS JUNIOR, Nehemias. *O direito autoral no show bussiness: tudo o que você precisa saber*. 3. ed. Rio de Janeiro: Gryphus, 2005.

HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de propriedade intelectual: subsídios para o ensino*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1998.

LAZZARINI, M.; TRETTEL, D. B.; MONCAU, L.F.M. *Propriedade intelectual: perspectivas do consumidor*. [S.l.] Disponível em: <http://www.direitoacomunicacao.org.br/novo/dmdocuments/arquivo.php?arquivo=Marilena%20Lazzarini%20-%20Propriedade%20intelectual_perspectiva>. Acesso em 21 de mar. de 2008.

MORAES, Rodrigo. *A função social da propriedade intelectual na era das novas tecnologias*. In: BRASIL, Ministério da Cultura. *Direito autoral*. Brasília: Ministério da Cultura, 2006

QUEIROZ, Daniel Pessôa Campello. *As limitações aos direitos autorais na legislação brasileira e a questão da cópia privada*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1456, 27 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10064>>. Acesso em: 19 mar. 2008.

VITALIS, Aline. *A função social dos direitos autorais: uma perspectiva constitucional e os novos desafios da sociedade de informação*. In: BRASIL, Ministério da Cultura. *Direito autoral*. Brasília: Ministério da Cultura, 2006.

**DIREITOS DO AUTOR E REVOLUÇÃO DIGITAL: DA PROIBIÇÃO DE
DISPONIBILIZAÇÃO DE OBRAS PROTEGIDAS POR DIREITOS AUTORAIS
NA INTERNET *VERSUS* A NECESSIDADE DE DIFUNDIR A CULTURA**

Elisandro Machado⁹¹²

Danielle Soncini Bonella⁹¹³

Luana Hundertmarck Minato⁹¹⁴

Wagner A. Hundertmarck Pompéo⁹¹⁵

SUMÁRIO: Introdução. 1 – Da legislação autoral. 1.1 – Da existência de previsão legal para violação de direitos autorais na internet. 1.2 – Quantificação do dano material e moral. 2- Da necessidade de medidas que possibilitem difundir a cultura sem lesar os autores. 3- Considerações finais. 4- Referências bibliográficas.

RESUMO: A internet, criada na década de 60, transformou-se durante os anos 90 na principal ferramenta de comunicação da atualidade. A popularização da rede mundial de computadores está provocando uma grande revolução na sociedade atual. Sendo o Brasil um expoente da utilização dos meios de comunicação eletrônicos, torna-se imprescindível a utilização dos mecanismos jurídicos existentes buscando regulamentar este espaço aparentemente incontrolável. Neste sentido, o presente artigo se propõe a debater as mudanças ocorridas com a revolução digital no âmbito da legislação autoral, buscando estabelecer diretrizes teóricas com vistas a melhor utilização do espaço cibernético, no que tange à postagem de vídeos, trechos de obras, bem como músicas.

⁹¹² Acadêmico do 7º Semestre do Curso de Direito da Faculdade Metodista de Santa Maria – RS – elisandro82@gmail.com.

⁹¹³ Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e mestranda em Direito, Área de Concentração em Políticas Públicas, Linha de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social, na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Santa Cruz-RS, professora titular das disciplinas de Direito Tributário e Direito Administrativo da FAMES- Faculdade Metodista de Santa Maria – Santa Maria-RS
daniellebonella@gmail.com

⁹¹⁴ Acadêmica do 7º Semestre do Curso de Direito da Faculdade Metodista de Santa Maria – RS
luana.minato@hotmail.com

⁹¹⁵ Acadêmico do 7º Semestre do Curso de Direito da Faculdade Metodista de Santa Maria – RS
wagnerpompeo@hotmail.com

Busca, ainda, demonstrar que a rede mundial de computadores não só pode como deve ser um espaço público, mas que obedeça a legislação vigente. Por meio de uma análise criteriosa pretende-se demonstrar que, sendo os direitos de utilização da obra inerentes ao autor, ou privilégio de quem por ele estiver autorizado, torna-se necessário a observação da legislação autoral vigente também com relação às obras postadas via rede mundial de computadores. Neste viés, pretende-se ainda adentrar no mérito da quantificação do ressarcimento referente ao dano, tanto material quanto moral, àqueles que tiverem suas obras postadas indevidamente em meio eletrônico, bem como propor uma solução que permita aos usuários continuar tendo acesso às obras sem lesar sobremaneira os autores.

PALAVRAS CHAVE: Revolução Digital, Internet, Direitos Autorais, Dano Moral e Material, Acesso à Cultura.

ABSTRACT: The Internet, created in the decade, 60, has become over the years 90 the main tool of communication of today. The popularization of the global network of computers is causing a major revolution in society today. As the Brazil an exponent of the use of electronic means of communication, it is essential to use the existing legal mechanisms seeking regulatory this seemingly uncontrollable space. Accordingly, this article aims to discuss the changes with the digital revolution under the copyright law, seeking to establish theoretical guidelines aimed at better use of cyberspace, with regard to the post of videos, excerpts of works, and songs. Search, also show that the worldwide network of computers not only can but should be a public space, but complying with the law. Through a careful review seeks to demonstrate that, and the rights of use of the work related to the author, or privilege of who he is authorized, it is necessary to the observation of existing copyright legislation also with regard to works posted via network world of computers. In this bias, it is still enter the merits of the quantum of compensation for the damage, both material as morally, those who have their works posted unduly electronic, and propose a solution that enables users continue to access the works without prejudicing particularly the authors.

KEYWORDS: Digital Revolution, Internet, Copyrights, moral and material damage, access to culture.

INTRODUÇÃO

Difícil definir os limites aos quais devemos nos ater em se tratando de revolução digital. Nem bem se popularizou o compartilhamento de arquivos via internet já fomos surpreendidos com o You Tube. Este site, com pouco mais de um ano de criação foi vendido para a empresa Google pela espantosa cifra de 1,65 bilhão de dólares. Só para ter uma idéia, o valor pago pelo Google é o mesmo que a Sadia ofereceu, em 2006, pela Perdigão. Criado pelos amigos Steve Chen e Chad Hurley o site se propõe a ser um espaço para compartilhamento de vídeos, como uma imensa comunidade em que os usuários podem postar seus vídeos caseiros. Não é o único no mercado, já que MySpace, Yahoo!Vídeo, MSN Vídeo, Google Vídeo, Aol Vídeo, iFilm, Metacafe, RooTV e Grouper surgiram, senão antes, simultaneamente.

No entanto, o You Tube hoje é responsável por mais de 50% das visualizações correspondentes a este mercado. A popularização trouxe alguns problemas já que é difícil controlar o conteúdo postado por milhões de usuários. Como exemplo podemos citar o caso da modelo Daniella Ciccarelli que, após ter um vídeo seu e de seu namorado divulgado no site, entrou na justiça e deixou mais de 1 milhão de usuários sem poder utilizar o site por mais de 24 horas. Esse é apenas um exemplo dos problemas que a proliferação do compartilhamento de informações via Web está provocando. Outro exemplo são as milhares de músicas, filmes, bem como obras literárias baixados diariamente sem que se pague um centavo em direitos autorais.

A chamada rede mundial de computadores está intimamente ligada à veiculação de informações nos sites, sendo que a facilidade com que se publica informações, bem como a falta de fiscalização são os grandes atrativos deste meio de comunicação, que rapidamente se transformou no mais importante do século.

Com relação à disponibilização de arquivos MP3 em *websites*, seja para mera execução de uma obra, seja possibilitando que os usuários reproduzam determinado arquivo para si, também causa dúvida quanto à legalidade. Tais questões foram

recentemente discutidas em juízo nos Estados Unidos, assim como a questão da divulgação de vídeos na internet.

O Brasil é responsável por grande parte do acesso e utilização de sites como Orkut, You Tube, e programas de compartilhamento como Kazza e Emule e, portanto, é necessário que os doutrinadores pátrios voltem seus olhos para esse meio de acesso à informação, que cresce em velocidade espantosa. A legislação brasileira é reticente quanto à regulamentação do espaço cibernético, apesar do país ter se mostrado um dos expoentes da utilização do espaço digital. Na esteira deste crescimento o presente trabalho pretende abordar os problemas relacionados à Revolução Digital, tendo como delimitação temática a questão dos direitos autorais, e sua conseqüente violação via espaço cibernético.

Os chamados direitos do autor estão previstos, na legislação brasileira, tanto constitucional quanto infraconstitucionalmente. Assim, o artigo 5º da CF, bem como a Lei nº. 9.610/98, ou lei dos Direitos Autorais, são analisados criteriosamente na presente obra, através de uma perspectiva crítica, analisando-se o reflexo das referidas legislações nas relações relacionadas ao meio cibernético.

1 – Da Legislação Autoral:

1.1 – Da Existência de Previsão Legal Para Violação de Direitos Autorais na Internet:

A legislação brasileira protege amplamente o direito sobre as criações intelectuais explicitando, no art. 5º, IX⁹¹⁶ de nossa Magna Carta, o Princípio da Liberdade de Expressão, bem como o direito constitucional que o mesmo art. 5, XXVII⁹¹⁷, cria sobre a utilização, publicação, ou reprodução das obras, seja por quais meios forem.

No Brasil, a propriedade intelectual pode ser dividida entre Propriedade Industrial, a qual protege o direito dos inventores (patentes das invenções, marcas e expressões de propagandas, etc), regradas pela Lei de Propriedade Intelectual – LPI (lei

⁹¹⁶ IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

⁹¹⁷ XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

nº 9.279/96), e o Direito Autoral, regulado pela Lei dos Direitos Autorais e Lei do Software.

A Lei Autoral, objeto da presente análise, é a Lei nº. Lei 9.610/98, e regulamenta as novas diretrizes para direitos autorais em âmbito nacional expondo, em seus artigos 5º e 7º, o que são criações intelectuais legalmente protegidas, bem como estipulando os meios de divulgação considerados pela referida disciplina legal. Verifica-se que quando a supracitada lei refere, em seu Art. 7º, que **“São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”**, explícito está que aí também se enquadram as obras intelectuais divulgadas por meios eletrônicos, como a internet.

Os artigos 101 a 110 da lei 9610/98 estipulam as sanções civis previstas àqueles que violarem os preceitos do referido diploma legal. Dentre as sanções enumeradas destaca-se a possibilidade de destruição do material considerado ilegal, bem como os casos em que é possível a taxação por perdas e danos ocasionados pela conduta ilícita. Ressalte-se que as sanções citadas são aplicadas sem prejuízo das penas cabíveis.

Assim, se a legislação brasileira protege os direitos dos autores que divulgam suas obras por meios eletrônicos, certamente deve ser protegido também aquele autor que tem sua obra veiculada por meio da internet sem que receba nada pela utilização de sua criação.

Perfeitamente cabível, então, a ação intentada com vistas a requerer indenização por dano decorrente de violação de direitos autorais em publicação divulgada na rede mundial de computadores. PLINIO CABRALL⁹¹⁸ brilhantemente expõe que a ampliação dos meios de comunicação não pode, de maneira alguma, resultar em elemento disseminador da violação dos direitos dos autores. Entende ele que o espaço cibernético, apesar de aparentemente livre e incontrolável, passa por portas delimitadas, e controláveis, a exemplo dos provedores. A este posicionamento também se aliam os autores JOÃO WILLINGTON e JAURY N. DE OLIVEIRA⁹¹⁹ aduzindo que o espaço cibernético deve obedecer às regras de cada país, bem como das convenções internacionais, no que tange à questão dos direitos autorais.

⁹¹⁸ *A Nova Lei de Direitos Autorais*, 1998, Ed. Sagra Luzzatto.

⁹¹⁹ *“O uso de uma obra qualquer na Internet que seja protegida pela legislação de copyright estará formalmente sujeita às regras de cada país e aos acordos e Convenções Internacionais”*

1.2 – Quantificação do dano material e moral.

A responsabilidade civil designa a obrigação de reparar o dano ou de ressarcir o dano, quando injustamente causado a outrem. Revela-se, assim, ou melhor, resulta da ofensa ou da violação de direito, que redundam em dano ou prejuízo a outrem.

O direito autoral, na visão de Antonio Chaves, é um conjunto de prerrogativas de ordem não patrimonial e de ordem pecuniária que a lei reconhece aos criadores bem como a seus sucessores, de obras intelectuais de alguma originalidade, com relação à sua criação, bem como a seu posterior aproveitamento.

Podemos verificar que a indenização decorrente de violação de direito autoral comporta dois aspectos: a ocorrência de dano material e a existência de lesão moral. O dano material ocorre quando o autor deixa de auferir vantagem que lhe seria de direito, devido à conduta do agente que viola o direito autoral. Já a lesão moral, difícil de ser auferida, ocorre quando o sujeito ativo do dano comete alguma conduta que viole o exposto no artigo 24 da Lei 9.610/98.

O dano material é fácil de ser quantificado, visto que obedece as regras da legislação vigente, que aduz que a indenização por dano material é proporcional ao dano efetivamente comprovado. Assim também a Lei 9.610/98, em seu artigo 103, refere que ***“Quem editar obra literária, artística ou científica, sem autorização do titular, perderá para este os exemplares que se apreenderem e pagar-lhe-á o preço dos que tiver vendido”***. Logicamente, o valor é referente ao número de exemplares multiplicado por seu valor. Caso não seja possível se conhecer o número de exemplares, o parágrafo único do mesmo artigo refere que o transgressor pagará o valor de três mil exemplares, além dos apreendidos.

Em se tratando de obra divulgada por meio eletrônico, no entanto, a problemática de se quantificar a lesão material é maior. Isto porque até mesmo para se verificar o número de *downloads* de determinada obra se torna, senão impossível, deveras difícil. Logo, é necessário encontrar maneira singular de se medir a lesão material ao autor de obra divulgada sem autorização, via Web. A maneira paliativa de se quantificar a lesão moral é utilizar o exposto no parágrafo único do art. 103 da Lei

9.610/98, qual seja, utilizar como parâmetro o valor de 3 (três) mil exemplares, o que se torna no mínimo positivo para o autor.

Quanto à indenização moral independe de prova, e ocorre quando qualquer dos direitos elencados no artigo 24 da Lei 9.610/98 é violado. O arbitramento é feito pelo juiz, como ocorre em qualquer indenização por danos morais. Ressalte-se que esse arbitramento deve respeitar o já pacificado na jurisprudência. Ou seja, o valor da indenização moral não deve ser tão irrisório a ponto de tornar-se ínfimo para o agente violador, e nem tão grande que configure enriquecimento ilícito.

IVES GANDRA MARTINS⁹²⁰ considera relevantes alguns aspectos, os quais devem ser analisados pelos julgadores, quando da valoração da indenização por dano moral, quais sejam: **extensão do dano; situação patrimonial e imagem do lesado; situação patrimonial do ofensor; intenção do autor do dano**. Ressalte-se ainda que os direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis, e que, por ser direito pessoal, não há que se falar em dano moral à pessoa jurídica.

A lei 9.610/98, em seu artigo 29, prevê os casos em que é necessária a autorização do autor para a utilização da obra, sendo tal artigo refere que as divulgações parciais ou integrais e a utilização direta ou indireta de qualquer obra literária, artística ou científica, é direito legal do autor, ou de quem por ele estiver autorizado. Aquele que violar tais dispositivos poderá ser sujeito passivo de ação judicial com vistas a indenizar o autor da obra.

Ressalte-se que a referida autorização deve ser por escrito. Ainda, o direito autoral, no aspecto moral, é personalíssimo, irrenunciável e imprescritível, podendo ser reclamado ao judiciário a qualquer tempo, não podendo ser, ainda, penhorado, por sua característica própria de inalienabilidade, e impossibilidade de quantificar pecuniariamente o valor do direito.

O Brasil é signatário de várias convenções sobre direitos do autor e direitos conexos aos direitos autorais. As principais são a Convenção de Berna, a Convenção de Roma e a Convenção Universal. O sistema de direitos autorais possibilita, através das convenções internacionais, uma proteção extraterritorial, garantindo aos autores os seus direitos mesmo fora de seu território. Para isto é necessário que o país em que ela é

⁹²⁰ *Ives Gandra da Silva Martins, renomado jurista brasileiro com reconhecimento internacional, é professor emérito das universidades Mackenzie, Paulista e da ECEME – Escola de Comando do Estado Maior do Exército.*

buscada seja signatário de uma convenção sobre o assunto que preveja e efetive destes direitos.

Podemos citar o ensinamento de DEISE FABIANA LANGE, que aduz que, com a Convenção de Berna, suprimiu-se qualquer formalidade para a aquisição de direito de proteção legal à criação. Assim, basta que a obra seja gerada no intelecto, sem a necessidade de qualquer registro ou depósito, para que o autor possua direitos sobre sua obra⁹²¹. Nesse sentido são significativas as palavras de Bruno Jorge Hammes: ***“Deixe o autor criar, ao invés de matá-lo com burocracia”***⁹²².

No entanto, para que a obra mereça proteção é necessário que ela seja exteriorizada de alguma forma. Assim, a simples idéia, conjectura ou pensamento que nem ao menos foi exposto não estará no âmbito de proteção da legislação. Em se tratando de violação de direitos autorais na internet tal problemática não se impõe, em regra, pois para ser divulgada uma determinada obra ela já deve existir no chamado “mundo real”.

Logo, percebe-se a existência de legislação aplicável à espécie, qual seja, a violação de direitos do autor via espaços digitais. Sendo assim, embasado na legislação infra e constitucional, bem como nos tratados dos quais o Brasil é signatário, perfeitamente possível punir àqueles que violem os direitos tanto dos autores quanto de quem por eles deter o direito de uso das obras. No entanto, pela premente necessidade de difundir a cultura, tais punições somente devem ser utilizadas em casos extremos, sendo necessário estabelecer medidas que possibilitem o acesso às obras por meios cibernéticos a custo mais barato.

⁹²¹ *“Mencione-se também que, com o advento da Convenção de Berna, suprimiu-se a necessidade de qualquer formalidade para que o autor de uma obra intelectual receba a efetiva proteção do Direito Autoral. Basta tão somente o ato da criação. Isto equivale a dizer que não se exige qualquer espécie de registro ou depósito para que o autor tenha direitos autorais sobre sua obra. Tais providências serão tomadas apenas como presunção juris tantum que o autor seja o seu titular, e não, ato constitutivo de direito autoral.”*

⁹²² *O Impacto da Tecnologia Digital sobre o Direito de Autor e Conexos, Editora Unisinos, 1996, São Leopoldo- RS, págs. 21/22*

2- Da necessidade de medidas que possibilitem difundir a cultura sem lesar os autores.

A maioria das obras postadas na internet são clipes musicais, trechos de filmes, de seriados, ou episódios de TV, material que claramente está protegido pela legislação autoral. Assim, a tendência natural é o aumento de ações judiciais buscando indenização por quebra de direito autoral.

Já não são raras as demandas intentadas contra as empresas que autorizam a divulgação de vídeos ou músicas protegidos por direitos autorais na internet. Entre as demandas que ganharam maior projeção, cita-se o caso da empresa Viacom, que opera canais como a MTV, e processou o Google em março de 2007, na Corte Distrital do Distrito Sul de Nova York, alegando infração de direitos autorais no YouTube e buscando indenização de 1 bilhão de dólares.

No mesmo sentido, a Fox, canal de televisão americano, processou o YouTube pela presença de episódios de "Os Simpsons" e "24 horas" no site. Os conglomerados News Corp, Sony, NBC Universal, Time Warner e Walt Disney também se insurgiram ao Google em relação aos direitos autorais. Ainda, em recente decisão, a [Justiça mandou Google e YouTube retirarem do ar trechos de "Pelé Eterno"](#).

Curiosamente, foi durante uma das audiências do embate jurídico entre Google e Viacom que um dos defensores da empresa ré disse ao juiz que a companhia trabalha "intensamente" em uma tecnologia de reconhecimento de vídeo, o que possibilitaria verificar antes mesmo da postagem do vídeo se tal obra é protegida por direitos autorais. Segundo o profissional, o sistema contará com uma sofisticada tecnologia de impressão digital usada pelo FBI, que permitirá o bloqueio de materiais copiados ilegalmente. No entanto, tal afirmação foi feita em julho de 2007 e até hoje as demandas envolvendo violação dos direitos autorais continuam ocorrendo.

Os arquivos em formato MP3 não representam, por si só, nenhuma violação a direitos autorais, sendo apenas um novo formato de gravação de obras musicais que possibilita o armazenamento de um grande número de músicas utilizando pouca memória.

No entanto, a forma de utilização e exploração de arquivos MP3 na Internet pode configurar violação a direitos de autor ou direitos conexos, conforme a análise

concreta de cada caso. A gravação de uma obra musical em arquivo MP3 enquadra-se na definição legal de "reprodução", que nos termos do artigo 5º da Lei nº 9.610/98 é "***a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido***".

Assim, a gravação e o armazenamento de uma obra musical em formato MP3, quando não autorizados pelo autor ou detentor de direitos, pode constituir violação de direito do autor, de acordo com a Lei nº 9.610/98.

Importante salientar que a utilização dos meios eletrônicos para publicação de obras possibilita que a cultura mundial atinja índices nunca vistos. Hoje é possível assistir um episódio do seriado Lost, no Brasil, apenas 8 horas após ele ter sido exibido nos Estados Unidos. Assim também um show exibido no Japão estará postado no You Tube, certamente, em poucos dias, ou o último livro de Dan Brown será disponibilizado via compartilhamento pelo Emule antes mesmo de ser traduzido. Corolário lógico é percebermos que é positiva para a sociedade a facilidade com que se tem acesso à informação.

Sendo assim, como podemos exigir que se proíba a veiculação de obras via internet, já que esta manobra resta positiva para a sociedade? Logicamente, a solução passa pela facilitação do acesso à informação sem, no entanto, que os direitos dos autores sejam lesados. Isto se consegue estabelecendo acordos entre portais divulgadores de tais obras e os detentores de direitos autorais, possibilitando o acesso à informação e o ressarcimento financeiro daqueles que utilizaram seu tempo no nobre ofício de criar.

Certamente, com o alcance que tem a rede mundial de computadores, mesmo o autor recebendo um valor menor por obra divulgada, ainda será mais lucrativo do que se somente oferecesse suas obras por meios físicos. As sanções impostas àqueles que violam os direitos do autor devem ser severas, desde que se possibilite o acesso à cultura com custos menores do que os praticados atualmente.

3 – Considerações finais

Percebe-se, portanto, que a obra intelectual veiculada por qualquer modo, até mesmo através da rede mundial de computadores, está protegida legalmente pela legislação autoral. Assim, o titular do direito que se sentir lesado poderá pleitear indenização por dano material e moral. Ainda, o detentor dos direitos faz jus à indenização material por lesão que venha a sofrer em virtude de violação de direitos dos quais é legítimo possuidor. Ressalte-se que não se falar em indenização por dano moral em se tratando de simples detentor de direitos, visto que a legislação aplicável protege apenas o autor quanto aos direitos morais.

A problemática relacionada ao dano moral reside na questão da veiculação de obras caseiras, ou até mesmo patenteadas, em espaços cibernéticos, como é exemplo dos milhões de sites que publicam trechos de livros, filmes, músicas. A legislação brasileira é clara ao estabelecer que todo aquele que for lesado em direito sobre obra intelectual de sua autoria poderá requerer indenização material e moral.

A rede mundial de computadores vem operando uma verdadeira revolução na história da comunicação, e pode-se dizer que a informação tornou-se de domínio público. Com esta nova situação o homem deve encontrar meios de resolver as questões que surgem a cada nova situação.

Neste sentido, a postagem de obras via Web deve obedecer aos mesmos mecanismos legais que a publicação no chamado “mundo não virtual”. No entanto, a utilização dos espaços cibernéticos para publicar ou divulgar obras, é de suma importância para se difundir a cultura.

Sendo assim, é necessário não só o estabelecimento e utilização de sanções civis e penais cabíveis para quem viola os direitos do autor via internet; torna-se necessário também um esforço concentrado entre os portais que são utilizados para postagem das referidas obras, e as entidades como gravadoras, canais de televisão e editoras de livros, possibilitando a disponibilização via internet das obras por um custo menor. Tal medida é necessária para que a cultura continue a ser difundida, como nos dias atuais, sem que o autor seja desencorajado a exercer sua criatividade, com receio de não receber nada por sua obra. Aos poucos começamos a perceber a conexão profunda existente entre tecnologia, acesso à informação, e crescimento econômico.

4 – Referências bibliográficas

WILLINGTON, J. e DE OLIVEIRA, JAURY N." A Nova Lei Brasileira de Direitos Autorais, 1999, Ed. Lúmen Júris

Site <http://www.jurisway.org.br>

CASTRO, LINCOLN ANTÔNIO DE. Noções Sobre Direito Autoral. Jus Navigandi.

CHAVES, Antonio. Direitos de Autor. In: Enciclopédia Saraiva do Direito. Nº.. 26.1995

LEI Nº 9.610, DE 19 DE FEVEREIRO DE 1998, - Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.

SILVEIRA, Newton. A propriedade intelectual e as novas leis autorais. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRUNO, Marcos Gomes da Silva; BLUM, Renato Opice. A Internet e os direitos autorais . Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 50, abr. 2001.

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E O ACESSO AO CONHECIMENTO

Kacrine Rodrigues Dias⁹²³

Jardel Luiz Vettorato⁹²⁴

SUMÁRIO: Introdução. 1. Contexto histórico dos direitos autorais. 2. Direito autoral visto como propriedade. 3. Função social, cooperação, interesse público *versus* direito autoral. 3.1 princípios inseridos ao direito autoral frente aos novos desafios da realidade telemática. Considerações finais. Referências.

RESUMO

O presente artigo busca estabelecer os pontos conflitantes existentes entre a excessiva proteção aos direitos autorais e a necessidade de a propriedade intelectual exercer de fato a sua verdadeira função social e isso, levando-se em consideração um ambiente, como a internet, que além de permitir a livre manifestação do pensamento também pode funcionar como importante ferramenta de acesso à cultura e ao conhecimento.

Quando há a criação de um novo ambiente, o surgimento de novas tecnologias e uma preocupação cada vez mais social voltada para a disseminação do conhecimento, certos preceitos legais do ordenamento vigente acabam por se tornarem obsoletos e seguem na contramão do objetivo evolutivo da sociedade. Oportunizando-se liberdade de acesso a materiais que são originariamente protegidos pela sistemática da propriedade intelectual, deve ser ressaltado a preocupação existente com o desenvolvimento social e econômico da sociedade.

Desta forma, defende-se no presente texto que antes de se utilizar da lei específica para o tratamento dos direitos autorais, deve-se primar pela visão constitucional que preza pelo interesse público coletivo e para o desenvolvimento do

⁹²³ Estudante de Graduação do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria(UFSM) - RS

⁹²⁴ Estudante de Graduação do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM) - RS

contingente humano como pessoa protegida pelos preceitos fundamentais expressos na Carta Constitucional de 1988 e não simplesmente como ferramenta de trabalho.

PALAVRAS CHAVES: PROPRIEDADE INTELECTUAL; FUNÇÃO SOCIAL; DIREITOS DO AUTOR; COOPERAÇÃO; INTERESSE PÚBLICO.

RESUMEN

Este artículo tiene por objeto establecer los puntos de conflicto entre la excesiva protección de los derechos de autor y la necesidad de propiedad intelectual embarcarse en hecho en su verdadera función social y que, teniendo en cuenta un entorno que permita la libre expresión de pensamiento, como la internet, también puede actuar como un instrumento importante para el acceso a la cultura y el conocimiento.

Cuando hay la creación de un nuevo entorno, la aparición de nuevas tecnologías y una cada vez más centrado en la difusión social del conocimiento, determinados preceptos jurídicos de la actual planificación llegan a ser obsoletos y seguir de contramão del objetivo evolutivo de la sociedad. Oportunizando a la libertad de acceso a los materiales que están protegidos originalmente por la sistemática de la propiedad intelectual, hay que subrayar la preocupación existente con el desarrollo social y económico de la sociedad..

Por lo tanto, es en este texto antes de que la ley se utiliza específicamente para el tratamiento de los derechos de autor, debería ser prioridad para la visión constitucional que los valores colectivos y de interés público para el desarrollo de la persona humana como protegidos por los preceptos fundamentales expresada en la Carta Constitucional de 1988 e, no simplemente como una herramienta de trabajo.

PALABRAS CLAVE.: PROPIEDAD INTELECTUAL; FUNCIÓN FUNCIÓN SOCIAL; DERECHOS DE AUTOR; COOPERACIÓN; INTERÉS PÚBLICO.

INTRODUÇÃO

Ao contrário do que era preconizado há séculos atrás, a riqueza das Nações não mensuradas tão somente no seu poderio econômico, mas também no acesso ao conhecimento e às tecnologias de informação que são disponibilizadas a sua população.

Além disso, passou-se a ter uma visão mais abrangente daquilo que é considerado como propriedade, buscando-se prezar pela importância desta frente a sociedade e a sua implicação na vida cultural da mesma.

A criatividade humana frente à estagnação do Direito quando confrontado aos novos anseios da sociedade, fez com que essas novas ferramentas se adaptassem ao Direito de tal forma que atingisse os preceitos constitucionais baseados na valoração do coletivo. O que era simplesmente considerado como “meu” passou a ser objeto de interesse coletivo.

Para um melhor entendimento desse processo de transição, deve-se levar em consideração os aspectos históricos do conceito de propriedade, assim como as primeiras tentativas de proteção do direito autoral, até a necessidade atual que é a de exercício por parte da propriedade intelectual da função social e as formas colaborativas que foram criadas para que tal princípio constitucional definitivamente começasse a ser concretizado.

1. CONTEXTO HISTÓRICO DOS DIREITOS AUTORAIS

A Idade Média caracterizou-se principalmente pelo surgimento das grandes extensões de terra, concentradas na figura de um único senhorio. A riqueza de um feudo era mensurada conforme a sua extensão e conforme a influência e poder do senhor feudal sobre seus vassalos.

Nesta época, o conhecimento era monopólio da Igreja, sendo repassado somente para quem possuía condições de pagar pelo mesmo. Foi nessa época que surgiram as primeiras Universidades, sendo que a primeira foi a Escola de Direito da Bolonha.

Na verdade, o surgimento das Universidades esteve estritamente ligado a revitalização do comércio e ressurgimento das cidades. Ressalte-se que nessa época, com o ideário “cosmopolita” de expansão da fé, maquilado pelo interesse

eminentemente econômico de expansão de poder, deu-se início ao movimento das Cruzadas, o que ocasionou um grande desenvolvimento do comércio, das cidades e o surgimento de inúmeros grupos sociais interessados em auferir lucros frente a nova forma de economia. Surgiu aí a burguesia.

No século XIV, com o intuito de rechaçar o monopólio da cultura e do conhecimento que era exercido pela Igreja Católica, adveio o tempo da Renascença. Esta nova era se caracterizou principalmente sob o ponto de vista de dois aspectos: o advento da visão antropocentrista do homem, ou seja, passou-se a posicionar o ser humano como centro das atenções, indagações e preocupações por parte dos pensadores e, do ponto de vista econômico-cultural, salienta-se as riquezas que passaram a ser acumuladas pela burguesia, camada social esta que passou a financiar a produção das obras de escritores e artistas.

Por certo que, tendo em vista o poderio econômico dos mecenas, não era simplesmente a difusão cultural que eles pretendiam, mas sim, como todo bom burguês, a ascensão social. Foi nessa época, que Johannes Gutenberg (1445), revolucionou o processo de produção de livros, permitindo a difusão das idéias humanistas para um número cada vez maior de pessoas.

Lembre-se ainda, que inúmeros são os artistas, de reconhecimento atual inestimável para a cultura mundial, que morreram na mais profunda miséria material, pois não obtinham o verdadeiro reconhecimento sobre suas obras, uma vez que de fato auferia os lucros da fama, eram os patrocinadores das obras.

Apesar de datar do século XV a invenção que proporcionou uma maior disponibilização das obras, somente no início do século XVIII, passou-se a proteger o direito daqueles que através da criatividade e conhecimento, eram capazes de disseminar idéias organizadas na forma de obras literárias. Na Inglaterra, através do Ato da Rainha Ana, passou-se a conceber o direito do autor como um privilégio. Este ato, não considerava a obra como objeto diretamente ligado à personalidade do autor, sendo tão somente uma concessão, um ato de benevolência concedido pela Coroa.

Não obstante isso, a lei beneficiava somente a classe dos livreiros que comercializava as obras. Os autores continuavam sentindo fome e sendo acometidos pelas mais diversas moléstias, pois os editores e livreiros continuavam se aproveitando as situações de ignorância comercial dos mesmos. Isto se dava principalmente quando

aos autores cediam os direitos patrimoniais de suas obras para os editores/livreiros, para melhor comercializarem as obras, e sendo assim, de fato, serem agraciados com o benefício do lucro. Tal fato, só foi apresentado com a relevância merecida na época da Revolução Francesa, que passou a reconhecer o viés patrimonial inerente ao direito autoral. O moral ainda não era levado em consideração.

*“O conteúdo moral somente começou a despontar no século XIX, sendo construído pela jurisprudência. O autoralista italiano Piola Caselli foi o autor da introdução do direito moral no texto da Convenção de Berna (art. 6 bis), revisada em Roma, em 1928. Essa Convenção consiste no primeiro e mais importante instrumento internacional versando sobre Direito Autoral. Assinada na capital da Suíça, em 1886, ainda está em vigor nos dias atuais.”*⁹²⁵

O Código Civil revogado, também não reconhecia o valor moral às obras, uma vez que, permitia a cessão completa da autoria das obras, o que pode ser considerado como verdadeira aberração jurídica, uma vez que direitos de personalidade são indisponíveis, inalienáveis e estão estritamente ligados aos processo de criação dos autores.

O autor, quando se encontra no seu momento de criação, reveste sua obra de todos os sentimentos que o atormentam naquele singular momento de criação. São amores, tristezas, temores, experiências que tornam a obra de importância ímpar. É a capacidade do ser humano de se emocionar e de reagir das mais diversas formas a cada fator externo que o torna um ser complexo. E quando ele é capaz de exteriorizar suas vivências, experiências e dramas em obras, sejam literárias, sejam musicais, ou através de uma pintura, é inadmissível a celebração de um contrato onde o autor dispõe de ter seu nome vinculado àquela obra de importância ímpar.

O saudoso mestre Clóvis Bevilacqua, compartilha do mesmo pensamento, quando exterioriza em sua obra o seguinte ensinamento:

O que se contesta é que o autor possa despojar-se dessa irradiação da sua personalidade, que se manifesta vínculo indestrutível entre o seu espírito e a obra, que ele criou. E contesta-se, não somente em nome da lógica jurídica, violentada por essa construção, como, também, por motivos de ordem moral, que, aliás, não escaparam ao ilustre parlamentar brasileiro. Afastou-se, porém, pensando melhor

⁹²⁵ MORAES, Rodrigo. A função social da propriedade intelectual na era das novas tecnologias. Disponível em < <http://www.cultura.gov.br/site/?cat=1351>>, p.255

*favorecer algum pobre diabo de talento, que consiga viver à custa da “ vaidade”, ridícula sem dúvida, mas não injurídica do incapaz, que quer passar como autor. Não será injurídica essa vaidade, mas, igualmente, não deve o direito fomentar a mistificação do público.*⁹²⁶

O artigo 667 facultou ao autor a cessão gratuita ou onerosa de sua autoria. O retrocesso do Código Civil de 1916 trouxe conseqüências malélicas para o Direito Autoral. Por muito tempo foi permitida a compra de autoria, o que deu ensejo à proliferação da nefasta prática dos “compositores”⁹²⁷.

Notoriamente reconhecido o retrocesso subjetivo reconhecido ao autor pelo ordenamento jurídico vigente à época, com o advento da Constituição Federal de 88 e a Lei nº. 9.610/98, passou-se a compartilhar do ideário da teoria dualista que reconhece os direitos de ordem moral e de ordem material dos direitos autorais.⁹²⁸ Com isso, passou-se a reconhecer o autor como protagonista da história cultural da sociedade, punindo diretamente aqueles que por algum motivo causam danos de ordem subjetiva ao autor, sem contudo preterir os danos de ordem patrimonial.

2. DIREITO AUTORAL VISTO COMO PROPRIEDADE

Reconhecida a duplicidade da natureza jurídica do direito autoral, torna-se de bom alvitre ressaltar o caráter patrimonial que incide diretamente sobre este ramo do direito, o qual permite ao autor ser ressarcido dos danos de ordem material que por ventura tenha sofrido. O Direito Autoral está inserido dentro de uma conceituação geral que é o da propriedade intelectual, que reflete a prerrogativa de uso exclusivo e de

⁹²⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil Comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Livraria Francisco Alves, 1923, p. 203-204, v. III.

⁹²⁷ Vide cit. 1.

⁹²⁸ “Art. 24. São direitos morais do autor: (I) o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra; (II) - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra; (III) o de conservar a obra inédita; (IV) - o de assegurar a integridade; (IV) da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra; (V) - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada; (VI) - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem; (VII) - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.”

aufferir vantagens econômicas em virtude da criação de obras de ordem literária, musical, artística, entre outras. A noção de propriedade intelectual permite ao detentor da criatividade, receber uma contraprestação da sociedade e do Estado em virtude da disposição do seu trabalho criativo. Conclui-se portanto, que o conceito de propriedade, liga-se ao viés econômico do conceito dúplice do direito autoral.

A ideologia da propriedade intelectual, segundo o jurista Túlio Vianna *“remonta, pois, às origens do sistema capitalista, quando, por pressão dos autores de obras intelectuais, toma-se por propriedade um ente incorpóreo que em rigor é “trabalho intelectual”*.

*“A propriedade é, e sempre foi, um instituto jurídico caracterizado fundamentalmente pelo direito de usar, gozar e dispor com exclusividade da coisa. No direito de propriedade, encontram-se integrados os direitos de ser usada a coisa conforme os desejos da pessoa a quem pertence (jus utendi ou direito de uso); o de fruir e gozar a coisa (jus fruendi), tirando dela todas as utilidades (proveitos, benefícios e frutos) que dela possam ser produzidas, e o de dispor dela, transformando-a, consumindo-a, alienando-a (jus abutendi), segundo as necessidades ou a vontade demonstrada.”*⁹²⁹

Tem-se ainda, que existe o preenchimento dos requisitos do art. 1.228, do Código Civil, onde “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha” e que encontra consonância com a legislação específica (Lei nº 9.610), em seu art. 28, que dispõe: Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica, e que por isso, justifica-se portanto a inserção dos direitos autorais no grande conceito de propriedade.

A conceituação da propriedade, remetendo ainda ao direito romano, era visto como direito absoluto, uma vez que não comportava limites ou restrições. Ainda em Roma, passou-se a flexibilização dessa noção absoluta, para o pensamento de que o direito sobre a propriedade devia ser exercido conforme as razões do Direito, segundo Lucas Hayne Dantas Barreto⁹³⁰, vislumbra-se ainda nessa época as primeiras noções de função social da propriedade.

⁹²⁹VIANNA, Túlio. A Ideologia da Propriedade Intelectual: a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais de autor ., p. 3.

⁹³⁰ BARRETO, Lucas Hayne Dantas. Função Social da Propriedade: análise histórica. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7164>.

Com a Revolução Francesa, passou-se a conceber a propriedade como um direito natural, mas não mais ilimitado. Nessa época, passou-se a reconhecer o direito de paternidade do autor com a sua obra, quando então o mesmo estaria protegido moralmente e patrimonialmente.

Pode-se concluir que foi a partir da valoração do autor e não do livreiro e do editor que realmente passou-se a reconhecer o valor de propriedade às idéias e à criatividade dos responsáveis pela revolução cultural pela qual o mundo passou e tem passado.

Atualmente, com a realidade de um mundo sem fronteiras e com o advento da Constituição Federal de 1988, passou-se a pensar na função social que deveria exercer a propriedade, não limitando, obviamente, esse novo paradigma social à questão imóvel. O pensar coletivo preteriu o individualismo e a nova situação global trouxe a tona uma nova problemática: Até que ponto, a limitação da disseminação cultural imposta pela Lei nº 9.610 é capaz de atingir o acesso à cultura e ao conhecimento necessário para o desenvolvimento da sociedade? Não estariam as regras impostas pelo *copyright* anglo-saxão demasiadamente em contradição com os novos princípios vigentes, frente a liberdade pessoal e de expressão tão concretizados na nova sociedade de informação?

Deve-se salientar, que não se pretende que caiam por terra todas as prerrogativas que tão custosamente ao longo da história da humanidade foram cedidas aos autores, mas sim, deve-se primar pelo equilíbrio de interesses que norteiam o ordenamento jurídico vigente. Até porque, aquilo que é criado pelo autor, possui características individuais intrínsecas às experiências daquele determinado indivíduo. O autor reveste sua obra de todas as peculiaridades necessárias para torná-la única, e por isso, ele possui a prerrogativa de chamá-la de sua. Porém, essa prerrogativa não deve obstruir o desenvolvimento do interesse maior que é o interesse coletivo.

Como bem assevera Ronaldo Lemos, em sua obra *Direito, Tecnologia e Cultura*, “o direito da propriedade intelectual tem como um de seus objetivos assegurar o retorno de capital do autor/inventor, bem como incentivar desenvolvimento tecnológico futuro. No entanto, muitas vezes, acaba criando monopólios privados e ineficiências que a análise jurídica tradicional não consegue considerar.”

O privilégio de ser considerado o “dono da obra”, porém, não reveste a propriedade de caráter absoluto, como outrora revestia, quando ao autor era permitido tomar as mais nefastas atitudes e se utilizar da força bruta para proteger o seu interesse social. A mais Suprema Corte do país compartilha dessa valoração social quando emite o seguinte entendimento:

“O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII).” (ADI 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 4-4-02, DJ de 23-4-04).

Acredita-se que se deve inserir na conceituação tão em voga da nova função da propriedade, a importância da propriedade intelectual que atualmente é de extrema importância para o desenvolvimento social que se busca atingir. Este novo ideário social deve acompanhar aos anseios da sociedade em busca de um fim comum que é o pleno desenvolvimento social e econômico.

O interesse social e a coletividade devem ser vistos como fim e não simplesmente como objeto de consumo das criações emanadas do autor. Quando se propõe tal ponto de vista, busca-se a disseminação do conceito de cooperação. Busca-se uma nova forma de pensar, onde se parte do eu, para o nosso. O sentido da palavra propriedade não é mais algo absoluto, mas um objeto em busca da sua função social e em prol do interesse público.

3. FUNÇÃO SOCIAL, COOPERAÇÃO, INTERESSE PÚBLICO *versus* DIREITO AUTORAL.

“Uma mudança deixa sempre o caminho aplainado para a edificação de outra” (Maquiavel)

As formas de descentralização da propriedade, que permitem um acesso livre ao conhecimento permitem uma maior interação cultural. O conceito de propriedade intelectual e o direito ao acesso, estão estritamente ligados porém, em caminhos opostos. No entanto, negar o interesse da coletividade, e a oportunidade de acesso à cultura, que tem se disseminado tanto no meio cibernético quanto no ambiente

real, por meio de uma legislação tão restritiva e individualista é uma forma de retroceder às formas mais medievais de monopólio do conhecimento.

Conforme preceitua o trabalho realizado por Fábio Barbosa⁹³¹ “*Nos dias atuais, ter conhecimento é de inestimável importância. Seu domínio gera superação de desigualdades, educação, cultura, criação de emprego qualificado, bem-estar. O reflexo proporcionado pelo domínio do conhecimento é direto nos sistemas econômico e político. A soberania e a autonomia dos países passam mundialmente por uma nova leitura, e sua manutenção – que é essencial – depende nitidamente do conhecimento, da educação e do desenvolvimento científico e tecnológico.*”

Deve ser ressaltado também que para a UNESCO, *o futuro da humanidade mostra-se cada vez mais condicionado à produção, à distribuição e ao uso equitativo do conhecimento, em uma sociedade global.*

Conforme destaca Flávia Piovesan⁹³² “*a proteção ao direito à propriedade intelectual não pode inviabilizar e comprometer o dever dos Estados-partes de respeitar, proteger e implementar os direitos econômicos, sociais e culturais assegurados pelo mesmo Pacto*”⁹³³.

Levando-se em consideração essa preocupação social existente em torno da sociedade de informação que surgiu com o desenvolvimento tecnológico, e principalmente, buscando desenvolver a mesma culturalmente, próprio se torna, afirmar que esse novo ambiente ao qual o direito precisa se adaptar deve ser regido pelos princípios da cooperação e do interesse público, principalmente no que diz respeito ao novo ideal que circunda o conceito de propriedade conforme preceitua Hely Lopes Meirelles, citando George Ripert, extraído do texto de Aline Vitalis.

“A nossa Constituição assegura o direito de propriedade, mesmo porque é um direito individual por excelência, do qual resulta a prosperidade dos povos livres. Mas a propriedade há muito deixou de ser exclusivamente o direito subjetivo do proprietário para se transformar na função social do detentor da riqueza, na expressão feliz de Duguit. É um direito individual, mas um direito individual condicionado ao bem-estar da comunidade. É uma projeção da personalidade humana

⁹³¹ PEREIRA, Fábio Barbosa. A eficácia do direito autoral face à sociedade da informação: uma questão de instrumentalização na obra musical. p. 368.

⁹³² Direitos Humanos e Propriedade Intelectual. Disponível em <<http://www.culturalivre.org.br>>

⁹³³ Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em sua Recomendação Geral n.12

e seu complemento necessário, mas nem por isso a propriedade privada é intocável. Admite limitações ao seu uso e restrições ao seu conteúdo em benefício da comunidade”

De acordo com o entendimento de Fábio Konder Comparato⁹³⁴, a função social da propriedade, no texto constitucional, é apresentada como imposição do dever positivo de uma adequada utilização dos bens, em proveito da coletividade.

Augusto Teizen Jr⁹³⁵ expõe sabiamente o seu entendimento, afirmando que a noção de função social da propriedade, relaciona-se com a capacidade produtiva da propriedade, trata-se do poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo.

Pensar que a função social acima mencionada trata tão somente de extensões fundiárias que cumprem ou não o seu fim social é ter uma visão linear, limitada e medieval acerca do ordenamento jurídico. Em tempo de necessária cooperação entre as Nações, não é somente o equilíbrio a nível material e monetário, entre os habitantes das mesmas, como forma de índice de desenvolvimento externo, que se deve buscar atingir como meta primordial. A criatividade, a cultura, e o acesso às mesmas devem ser disponibilizados à população⁹³⁶.

Os Direitos Autorais, como estão estritamente ligados ao poder de criação e à disseminação cultural devem servir, e não se sobrepor, aos direitos humanos básicos referentes à educação, ao conhecimento, à informação e à vida cultural, direitos estes presentes não só nos instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos e liberdades fundamentais, mas também na Constituição da maioria dos países do mundo.⁹³⁷

3.1 PRINCÍPIOS INSERIDOS AO DIREITO AUTORAL FRENTE AOS NOVOS DESAFIOS DA REALIDADE TELEMÁTICA.

⁹³⁴ Estado, empresa e função social. RT, São Paulo: RT, n. 72, p.38-46, out.

⁹³⁵ A função social no Código Civil. RT, São Paulo: RT, pg 153.

⁹³⁶ Deve-se destacar, na sociedade da informação, a constatação de que o valor de uma empresa é representado não pelos seus bens tangíveis, mas pelos intangíveis: pessoas, idéias, conhecimento, tecnologia, marcas, patentes, segredos de indústria e de negócios, software, dentre outros.

⁹³⁷ Estudos sobre direitos autorais, acesso à cultura e novas tecnologias. Ministério da Cultura. Brasília. pg. 11. Disponível em <<http://www.cultura.gov.br>>

Torna-se de bom alvitre, importar do Direito Ambiental, de caráter difuso, o conceito acerca do Princípio da Cooperação, que conforme preceitua a Constituição Federal, é dever da coletividade e do Poder Público o dever de defender o meio ambiente e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.⁹³⁸

Em um primeiro momento, pode mostrar-se equivocado a transposição do conceito do princípio da cooperação, para uma área tão civilística quanto o Direito Autoral. Porém, quando se pensa que a disseminação cultural e do conhecimento é um interesse coletivo, e que a necessidade de sobreposição deste interesse sobre o individual torna-se necessário, tem-se como correto pensar de tal forma.

Para elucidar essa perspectiva de cooperação frente ao direito autoral, pertinente se mostra as colocações de Ronaldo Lemos, no que se refere ao que ele chama de *transformação construtiva da propriedade intelectual*⁹³⁹, citando o movimento do software livre como intróito das diversas formas colaborativas de produção.

Partindo dessa idéia, hoje o sistema operacional Linux, é considerado por muitos programadores como superior ao sistema criado pela Microsoft, uma vez que o seu desenvolvimento não tem um intuito econômico, mas sim, qualitativo. Busca-se criar um programa bom o suficiente, para quebrar o monopólio econômico criado pela detentora da marca Windows a ponto de facilitar o acesso da população à tecnologia e ao conhecimento.

O avanço foi tanto, que até mesmo as máquinas que passaram a ser vendidas com esse sistema operacional instalado em seu disco rígido, passaram a ter preços mais acessíveis para a população. Partiu-se de uma idéia colaborativa, para um fim de inclusão social, que sem algum objetivo econômico, passou a favorecer grande parte da sociedade.

Nas palavras de Ronaldo Lemos, grande idealizador deste sistema colaborativo no Brasil “*Muitos (agentes) fazem isso porque consideram esta atividade divertida, outros o fazem porque acreditam estar retribuindo conhecimento à sociedade, e outros ainda porque passam a se sentir parte de uma iniciativa global, que*

⁹³⁸ Toshio Mukai. Temas atuais de Direito Urbanístico e Ambiental. Editora Fórum. Belo Horizonte. Pg. 170.

⁹³⁹ LEMOS, Ronaldo. Direito, Tecnologia e Cultura. Obra disponível na íntegra no site <<http://www.overmundo.com.br/banco/livro-direito-tecnologia-e-cultura-ronaldo-lemos>>

pode beneficiar diretamente centenas de milhares de pessoas, senão a humanidade como um todo.”.

Outro exemplo bastante pertinente, desse modo colaborativo é a wikipédia, enciclopédia interativa, que conta com a colaboração de internautas detentores de algum conhecimento sobre um caso histórico, geográfico, técnico específico e que tenham o intuito de repassar para a coletividade esse determinado conhecimento. E como a criatividade brasileira não poderia ser relegada a segundo plano, criou-se também, um “mapa mundi” interativo que tem como objetivo mapear o crime no país. Todas as pessoas que porventura tenham sido assaltadas podem colaborar, pontuando no mapa a localização da ocorrência do crime.

A partir da idéia do princípio cooperativo e colaborativo, atinge-se o princípio do Interesse Público que conjuga essa nova forma de pensar: se a cultura, a educação e o acesso à informação foram elevados a garantias constitucionais após a Carta Magna de 88, é correto privar a coletividade do acesso às mesmas em detrimento de interesses individuais? A atual sistemática do direito autoral não é demasiadamente protecionista a ponto de dificultar o acesso da população às obras? Não deveria o ente Estatal primar pelo desenvolvimento das formas colaborativas de acesso ao conhecimento e à informação, como forma de aprimoramento do fator humano nacional?

As respostas para as indagações poderiam se encontrar de forma clara no próprio texto constitucional, quando em seu terceiro capítulo art. 205 afirma ser o Estado responsável pela educação, e que esta deve acontecer com a **colaboração** da sociedade⁹⁴⁰, porém, há contradições quando seguindo o conteúdo constitucional nos deparamos com os seguintes artigos: artigo 206, inciso II, que “o ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber”; art. 208, inciso V, garante que o Estado é o responsável pelo “acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um”; art. 215 afirma que o Estado garantirá o acesso às fontes da cultura nacional e que apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. No artigo 216, incisos I, III e IV, considera as “formas de

⁹⁴⁰ Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

expressão”, “as criações científicas, artísticas e tecnológicas” e as “obras, (...) documentos, (...) destinados às manifestações artístico-culturais” como constituintes do patrimônio cultural brasileiro, que tem seu acesso garantido pelo artigo anterior. Torna-se latente, a dificuldade de se equilibrar os interesses coletivos com os do autor.

Por isso, deve haver uma conjugação de interesses, em busca do fim comum que o acesso à cultura e ao conhecimento. Repete-se com isso, que esse objetivo deve surgir a partir da idéia de colaboração e cooperação. E essas idéias já se encontram presentes no mundo cibernético o qual não encontra barreiras para a disseminação do conhecimento. As informações tramitam em velocidades até duas décadas inimagináveis, e anos-luz a frente das legislações. Existe um ambiente propício à liberdade de expressão e para livre circulação de informações.

Este “boom” cultural tem como causa direta as políticas governamentais de inclusão digital, está-se permitindo um maior acesso ao mundo tecnológico. Porém, toda essa liberdade, trouxe a tona a problemática do controle dos direitos autorais e a ilegalidade de muito material que “circula pela rede”. Justamente porque na rede não há propriedade, mas tão somente a função social. É a partir dessa função social do livre acesso, que hoje se permite medir a riqueza das nações. O poder econômico deve estar conjugado com o poder de conhecimento que essa nação possui, e não se deve limitar o pensamento ao número de patentes registradas no país durante um ano, ou determinada época, mas sim, na capacidade de seu corpo populacional de ter acesso, assimilar e responder de forma crítica àquele conteúdo que a ele está sendo disponibilizado.

Ademais, a grande discussão hoje pode ser centralizada na grande disparidade existente entre os países com acesso à informação e os destituídos da mesma. O que torna um grande fator de grande relevância para efeitos de participação no mercado global, conforme denota Aline Vitalis, em seu trabalho *“A função social dos direitos autorais: uma perspectiva constitucional e os novos desafios da sociedade de informação”*

Para embasar sociologicamente essa nova percepção de direitos autorais, deve-se ressaltar ainda o pensamento de Hegel *que apregoava que o homem não existe sozinho. Em sua teoria, cada ser humano individualmente é síntese histórica*

de toda a humanidade, não existindo, destarte, conhecimento de um único indivíduo, mas esse indivíduo é livre e sua criatividade deve ser valorizada.

Não se pretende acabar com o instituto dos direitos autorais, correta é a necessidade de proteção outorgada àqueles que dispõem da criatividade como forma de laboro, no entanto, deve-se buscar uma flexibilização e uma motivação social para a inserção das formas colaborativas de criação. De forma que se permita o livre acesso às obras em alguns casos e o aprimoramento das mesmas como por exemplo no caso dos programas de computador, que são protegidos pelo instituto dos direitos autorais.

Grande questão que merece respaldo são os artigos e obras de cunho científico, literário e cultural, que, na maioria das vezes, em virtude dos valores agregados que são cobrados, e devem ser pagos a editora, a livraria, a gráfica e ao autor da obra, quando encontram no final desta cadeia o consumidor (o estudante, enfim, o indivíduo em busca do conhecimento), torna-se caro e inviável de ser adquirido pelas formas “legais”, sendo que muitas vezes, estudantes são obrigados a recorrer à formas alternativas de acesso às obras, como por exemplo, reproduzindo-as integralmente, ou muitas vezes, realizando o “download” das mesmas, já que inúmeras são as obras disponibilizadas na íntegra na rede, e que ainda não são consideradas como domínio público

A Lei nº 9.610/98, em seu art. 46, inc. II, somente permite a cópia de pequenos trechos, para uso privado, sem intuito de lucro. A cópia integral somente é aceita mediante autorização do autor, no entanto, quando existe a mediação das editoras entre o consumidor e o autor, tal benesse torna-se praticamente impossível.

De outra feita, o art. 24, inciso IV da supracitada lei, assegura a integridade da obra, opondo modificações ou a prática de atos que possam prejudicar a imagem do autor. Porém, quando essas modificações puderem ser inseridas de forma a melhorar a obra e o seu conteúdo, também estará o indivíduo agindo às sombras da lei?

Não obstante isso, é de se considerar exagerado o tempo de proteção ao direito autoral, já que protege a obra durante o período de setenta anos após a morte do autor, quando, por exemplo, nos países desenvolvidos como os Estados Unidos, o prazo para que a obra seja reconhecida como de domínio público, e sendo assim, ser disponibilizada, por exemplo, nos meios virtuais, através de e-books, começa a fluir a partir da publicação da obra.

Afinal, se o direito autoral se reveste de caráter personalíssimo, inalienável e intransmissível, por que prorrogar por tanto tempo essa proteção exacerbada? Setenta anos após a morte do autor, se hoje se sabe que as editoras continuam lucrando exacerbadamente sobre a venda das obras?

Acredita-se que seria demasiada ousadia requerer uma mudança legislativa no prazo protecional, uma vez que são inúmeros os países que compartilham destes prazos, considerados, repito, ao meu ver, exacerbados. Contudo, acredita-se que o Direito não deve buscar simplesmente ser a boca morta e fria do Congresso Nacional, mas sim, primar pelo busca da harmonia social, e como os consagrados autores da Literatura Nacional e Mundial, ser criativo, a ponto de se adaptar aos novos paradigmas que se formam.

Para o mundo do direito autoral já pode-se afirmar que surgiu a primeira forma de adaptação que são as chamadas licenças Creative Commons, que nada mais são que *instrumentos jurídicos para que um autor, um criador ou uma entidade diga de modo claro e preciso, para as pessoas em geral, que uma determinada obra intelectual sua é livre para distribuição, cópia e utilização. Essas licenças criam uma alternativa ao direito da propriedade intelectual tradicional, fundada de baixo para cima, isto é, em vez de criadas por lei, elas se fundamentam no exercício das prerrogativas que cada indivíduo tem, como autor, de permitir o acesso às suas obras e a seus trabalhos, autorizando que outros possam utilizá-los e criar sobre eles*⁹⁴¹.

Na mesma obra, ainda merece respaldo a seguinte colocação pela pertinência e pela simplicidade como foi exposta: *“Um dos principais problemas do direito autoral “clássico” é que ele funciona como um grande “NÃO!”. É comum encontrar, em obras autorais exploradas economicamente, a inscrição “Todos os Direitos Reservados” (ou “All Rights Reserved”). Isso quer dizer que, se alguém pretende utilizar aquela obra, tem de pedir autorização prévia a seu autor ou detentor de direitos.*”⁹⁴²

Essas licenças não buscam preterir a legislação vigente, mas sim adaptar a mesma a cada caso. Ademais, elas são uma alternativa às diretrizes negativas da lei, quando permitem a livre manipulação, distribuição, compartilhamento e replicação dos conteúdos das obras. Ademais deve-se ousar dizer que a utilização de tais

⁹⁴¹ Lemos, Ronaldo. Direito, Tecnologia e Cultura. Pág. 83.

⁹⁴² Vide cit. 17.

licenças em muito beneficiam os autores, já que suas obras poderão atingir às mais diversas camadas da sociedade e não apenas aos que podem pagar pelo acesso as mesmas.

Inúmeros são os exemplos das formas colaborativas e cooperativas que buscam facilitar o acesso da população à cultura, como por exemplo, o Projeto Gutenberg⁹⁴³ que consiste em uma biblioteca virtual que possui na íntegra o conteúdo de obras que constam em domínio público ou obras que tiveram seus direitos cedidos pelos autores; há ainda a nova cultura de utilização de software livre que permite que haja um aprimoramento do programa baseado no princípio da colaboração; diversos sítios na internet que disponibilizam material de palestras e seminários em prol do livre acesso ao conhecimento, e até mesmo, como na cidade de Santa Maria – RS, existe a Cooperativa de Estudantes de Santa Maria – Cesma - que através dessa forma de organização societária busca fornecer aos estudantes associados, descontos extremamente consideráveis nos preços quando na aquisição das obras.

De singular importância se torna a posição de Sérgio Vieira Branco Júnior em sua inovadora obra⁹⁴⁴ sobre as formas colaborativas, que assevera que “*o que existe é, a rigor, o avesso do conceito de autor: o direito do autor fica em segundo plano e muitos participam de obras colaborativas*” e mais adiante⁹⁴⁵ “*As obras colaborativas podem vir a ser, a rigor, a efetivação, dentro do campo de direitos autorais, do disposto no art. 4º, I, de nossa Constituição Federal, que objetiva a construção de uma sociedade mais solidária, que entende por liberdade de expressão, a ajuda mútua e o compartilhamento de conhecimento podem **valer mais do que a preservação de direitos autorais, muitas vezes, de pouco espectro.*** (grifo nosso)

Como já dito anteriormente, essas formas cooperativas, colaborativas, fundadas no interesse público não ferem a legislação específica do direito autoral, muito pelo contrário, ela preconiza o disposto na Constituição Federal e faz com que o Direito se adapte às novas dimensões que as fronteiras (se é que ainda existem) tomaram.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁹⁴³ <<http://www.gutenberg.org>>

⁹⁴⁴ BRANCO, Sérgio Vieira. Direitos autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias. Cit., p. 171

⁹⁴⁵ BRANCO, Sérgio Vieira. Direitos autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias. Cit., p. 173

A sociedade e as suas necessidades evoluíram de tal forma frente ao avanço tecnológico que o Direito ainda engatinha na busca da adaptação à nova realidade. A propriedade não é mais vista como algo absoluto, embora alguns artigos do novel Código Civil exponham que sim. A constituição prima pelo interesse coletivo, mas a Legislação Autoral, em certos pontos, pretere esse interesse público. No entanto, como possuímos uma das Constituições mais evoluídas entre as Nações, devemos prezar pela visão constitucional do todo.

É através dessa proposta de preocupação em prol do interesse público que as novas legislações e adaptações legais devem primar. O Direito, como principal instrumento de acesso da população pela busca da efetiva justiça deve buscar se adaptar a nova realidade social e não simplesmente negar a existência dessas necessidades alegando o confronto direto entre o interesse e a lei.

Os indivíduos em busca de conhecimento e cultura não querem as restrições e imposições dispostas nas legislações específicas, mas sim, a efetivação das garantias dispostas no texto supremo da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

ABRÃO. Direitos de Autor e Direitos Conexos. 1ª edição. São Paulo. Editora do Brasil. 2002.

BARRETO, Lucas Hayne Dantas. Função Social da Propriedade: análise histórica. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7164>>. Acesso em 14 de maio de 2008.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil Comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Livraria Francisco Alves, 1923, p. 203-204, v. III.

BRANCO, Sérgio Vieira. Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias. 1ª edição. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007.

LEMOS, Ronaldo. Direito, Tecnologia e Cultura. Obra disponível na íntegra no site <<http://www.overmundo.com.br/banco/livro-direito-tecnologia-e-cultura-ronaldo-lemos>>. Download em: 15 de abril de 2008.

MORAES, Rodrigo. A função social da propriedade intelectual na era das novas tecnologias. Disponível em <<http://www.rodrigomoraes.adv.br/monografia.pdf>>. Acesso em: 02 de maio de 2008.

PEREIRA, Fábio Barbosa. A eficácia do direito autoral face à sociedade da informação: uma questão de instrumentalização na obra musical. Disponível em <http://www.cultura.gov.br/site/?cat=1351>

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Propriedade Intelectual. Disponível em <http://www.culturalivre.org.br>. Acesso em 04 de maio de 2008.

TEIZEN, Augusto Geraldo. A função social no Código Civil. 1ª edição. São Paulo. Ed. Revisto dos Tribunais. 2004.

VIANNA, Túlio. A Ideologia da Propriedade Intelectual: a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais de autor., p. 3. Disponível em http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/8625/4/A_ideologia_da_propriedade_intelectual.pdf> Acesso em 04 de abril de 2008.

VITALIS, Aline. A eficácia do direito autoral frente à sociedade de informação. Disponível em <<http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/02/caderno-politicas-culturais-direitos-autorais.pdf>> Acesso em 28 de abril de 2008.

PROTEÇÃO AUTORAL DE PERSONAGENS NA ERA DA INFORMAÇÃO

Carolina Tinoco Ramos⁹⁴⁶

André Andrade⁹⁴⁷

SUMÁRIO: Introdução. 1 – Proteção na legislação e doutrina brasileiras. 2 - Uma questão de terminologia. 3 - Personagens são obras?. 4 - Teste de derivação. 5 - Teste do plágio. Considerações finais. Referências.

RESUMO

O presente texto aborda a questão da proteção autoral de personagens, em separado da proteção conferida às histórias de que participam. O desenvolvimento das tecnologias da informação contribui para a difusão do conhecimento e cria novas formas de utilização das obras, incluindo as personagens, que passam a ser objeto de vários usos que acabam por sair do controle de seus autores originais. A pesquisa realizada no Capítulo 1 demonstra que este não é um tema comumente tratado, tanto na doutrina quanto na jurisprudência brasileira. E ainda que o pouco tratamento dado não apresenta um consenso entre os autores. O Capítulo 2 trabalha a terminologia, definindo os conceitos de *personagem*, *imagem de personagem*, *personagem-constructo* e *personagem-idéia*, a partir dos quais será feita a análise da proteção autoral. O Capítulo 3 aborda a classificação da personagem como obra a partir do conjunto de características que formam sua essência e apresenta exemplos de personagens que, de acordo com a análise promovida pelos autores, são ou não protegidos por direito autoral de forma autônoma em relação às obras em que originalmente se inserem. Os Capítulos 4 e 5 apresentam duas modalidades de teste para verificar se determinada personagem

⁹⁴⁶ Mestranda pela UERJ em Direito Internacional e Integração Econômica; Bolsista da FAPERJ; Graduada em Direito pela UCAM.

⁹⁴⁷ Coordenador Acadêmico do CEAPE/UCAM; Coordenador da Pós Graduação em Direito Empresarial da UCAM Master; Professor de Direito Autoral e Direito de Software do PPGD/UCAM; Professor de Direito Autoral da UCAM/Centro; Mestre em Filosofia pela UGF; Pós Graduado em Propriedade Intelectual pela UNISA; Pós Graduado em E-business pela FGV; Graduado em Direito pela UERJ; e Graduado em Economia pela UFRJ.

pode ser objeto de proteção autoral, baseados em dois institutos de direito autoral: obras derivadas e plágio. Examinar a possibilidade de se criar obra derivada a partir da personagem ou da mesma ser plagiada são algumas das muitas formas de se concluir, com maior exatidão, se ela é ou não objeto de proteção autoral. A conclusão do trabalho apresenta a indicação de que, embora seja possível esta proteção em alguns casos, a mesma deve ser concedida criteriosamente, sendo indevida sua generalização.

PALAVRAS CHAVES: DIREITO AUTORAL; PROTEÇÃO; OBRA; PERSONAGEM.

ABSTRACT

This paper discusses the copyright protection of characters, detached from stories which they are in, and in an independent way. The development of information technologies helps knowledge spread and creates new ways of using works protected by copyright, including the characters which are used in so many ways that the authors are having more difficulties to control it. In chapter 1, the research shows that this issue is not commonly faced by the commentators and the case law in Brazil. And, even the little attention given, shows that commentators have different points of view. Chapter 2 shows the terminology, defining the concepts of *character*, *image of character*, *character-construct* and *character-idea*, that will be the basis of the copyright protection analysis. Chapter 3 presents the characters classification using the set of their core characteristics and shows examples of characters which are, in an independent way from the stories, protected and non-protected by copyright in accordance with the authors analysis. Chapters 4 and 5 presents two kinds of tests to verify if a given character is protected by copyright, using the concepts of derivative works and plagiarism. To exam if the character is able to be turned into a derivative work or to be plagiarized are some of the many ways of concluding, with accuracy, if it is protected or not by copyright. At the conclusion, it is shown that even if in some cases characters are protected by copyright, it should not be turned into a rule, so the analysis has to be made observing the concrete case.

KEYWORDS: COPYRIGHT; PROTECTION; WORKS; CHARACTERS.

INTRODUÇÃO

Nosso imaginário está repleto de personagens que passamos a conhecer através de obras de ficção, cada qual envolvido em um universo próprio, parecido ou não com aquele em que vivemos. As histórias pelas quais as personagens nos guiam são obras protegidas por direito autoral? Sim, sem dúvida, desde que contenham originalidade suficiente.

E as personagens que nos encantam e com as quais criamos relações duradouras, seja ao longo de um único livro ou anos de uma série de TV? São elas, separadas das histórias, obras protegidas por direito autoral? Ou seriam personagens meras idéias, não havendo, assim, proteção para elas?

O presente artigo analisa a proteção de personagens pelo direito autoral no Brasil, tema controverso que muitas vezes não mereceu melhor atenção da doutrina e que raramente é tratado nos tribunais. Contudo, com o desenvolvimento das tecnologias da informação e o barateamento das tecnologias de produção de conteúdo, cada vez mais as personagens tendem a escapar ao controle de seus criadores. Exemplo disso é o “Harry Potter Lexicon” ou “Dicionário Harry Potter”, criado e mantido online por Steven Wander Ark, e cuja utilização em formato impresso pela RDR Books motivou reação da criadora da personagem, J. K. Rowling, e da Warner Brother. A popularização das tecnologias de vídeo, incluindo gravação, armazenamento e transmissão, abriu caminho para um novo fenômeno: filmes de baixo orçamento criados em torno de personagens pré-existentes e de grande notoriedade, como os filmes das sagas Guerra nas Estrelas⁹⁴⁸ e Jornada nas Estrelas, em geral feitos por fãs⁹⁴⁹. Tal situação levanta uma pergunta que procuramos responder parcialmente:

(...)que elementos estão presentes nos filmes que permitem uma identificação imediata como pertencentes ao universo de *Guerra nas Estrelas*? Se há um conjunto de personagens, histórias e situações que são de propriedade de George Lucas, de quais trechos deles esses filmes se apropriam para contar suas histórias? (TIETZMANN, 2003, p. 62)

⁹⁴⁸ Os fãs de Guerra nas Estrelas são talvez a referência mais notória.

⁹⁴⁹ Também denominados *fanfiction*.

Tais filmes vêm, através dos sites de compartilhamento⁹⁵⁰, obtendo grande audiência e sucesso e, até mesmo, elogio por parte dos criadores originais. Contudo, esse uso por parte dos fãs, em geral incentivado pelos próprios criadores e detentores dos direitos autorais como forma de divulgação de seus produtos, pode se transformar em ameaça ao próprio negócio quando sua apresentação se aprimora a ponto de competir com os originais. E multiplicam-se as oportunidades de conflitos, pelo que a difusão das tecnologias da informação, por si só, justifica maior atenção à questão da proteção da personagem:

As realizações dos fãs de *Guerra nas Estrelas* são um fruto da sinergia tecnológica do tempo presente, onde não apenas os computadores pessoais ganham espaço como ferramentas para a realização, mas também a internet transmitida por canais de mais capacidade que a linha telefônica discada permite o incipiente (mas decisivo) surgimento de uma distribuição de filmes ponto-a-ponto, pautada pelos interesses individuais de cada um dos internautas. (TIETZMANN, 2003, p. 63)

1 – PROTEÇÃO NA LEGISLAÇÃO E DOUTRINA BRASILEIRAS

No Brasil, não há consenso a respeito da questão da proteção autoral a personagens. A própria Lei n.º 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais – LDA) apresenta, tanto para o que é protegido quanto para o que não é, apenas um rol exemplificativo. Como a personagem não está incluída em nenhuma das listas, a questão é deixada para a interpretação sistemática da lei pela doutrina e pela jurisprudência. Contudo, nem a doutrina tem desenvolvido o tema, nem os tribunais têm se ocupado do assunto, posto que as controvérsias e as ações judiciais ainda são raras.

Outra dificuldade encontrada é que o inciso VIII do artigo 7º da LDA determina expressamente que “obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética” são protegidas por direito autoral. Isso faz com que, muitas vezes, se confunda o desenho da personagem (imagem da personagem) com a personagem em si.

⁹⁵⁰ Uma busca no You Tube com o termo ‘star wars’ retorna mais de 200 mil vídeos ali disponibilizados.

Quando se trata de personagens, deve-se ter em mente a construção de um ser fictício que irá desenvolver relações e comportamentos. E será dessas personagens⁹⁵¹ que o presente artigo se ocupará.

Dentre os doutrinadores que se posicionam no sentido de proteção de personagens encontra-se Antônio Chaves:

O fato de alguém se apropriar de personagens criados por outrem, para, sem a indispensável licença, utilizá-los em outras histórias, para finalidades diferentes, ou mesmo para degradá-los para a propaganda de produtos comerciais, não constitui apenas ilícito civil: pode caracterizar verdadeiro crime, em casos que se apresentam cada vez com maior frequência. (CHAVES, 1987, p. 188)

Já entre os que se posicionam contrariamente à proteção de personagens encontra-se Eliane Abrão:

E há, finalmente, um campo de verdadeira imunidade a qualquer proteção de caráter autoral: é o das idéias, dos conceitos, dos métodos, dos sistemas, dos cálculos. O resultado material dessas idéias, métodos, etc., isto é, sua expressão fixada em base corpórea, concreta, palpável é que é protegido pela lei autoral e não as idéias, os métodos, os cálculos em si. Exemplifica-se: o livro de ensino de matemática é de criação de determinado autor, mas não os cálculos embutidos em cada exercício. O direito autoral não cobre qualquer idéia ou conceito existente por detrás da obra criada nem qualquer personagem nele retratado (in Circular 45, Copyright Office, EUA). (ABRÃO, s.d.)

⁹⁵¹ “Personagem: [Do fr. *personnage*.] *S. f. e m.* 1. Pessoa notável, eminente, importante; personalidade, pessoa. 2. Cada um dos papéis que figuram numa peça teatral ou filme, e que devem ser encarnados por um ator ou uma atriz; figura dramática. 3. P. ext. Cada uma das pessoas que figuram em uma narrativa, romance, poema ou acontecimento. 4. P. ext. ser humano representado em uma obra de arte.” (FERREIRA, 1999).

Por este ser um tema que pouco chega aos tribunais, há apenas uma decisão⁹⁵², do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que aborda a questão e que acaba por reconhecer a proteção de personagens por direito autoral, no caso a personagem ‘Harry Potter’:

A autora escreveu as obras literárias centradas no personagem “Harry Potter”, seus companheiros e professores de uma escola inglesa bruxaria. Isso é fato notório (artigo 334, inciso I, do CPC).

A empresa produtora de espetáculos teatrais – Jotaelle Ltda. – organizou a peça “Harry Potter – o aprendiz de feiticeiro” (ut - fls.36), inclusive convocando candidatos à representação do personagem principal (fls.32 e 38). Depois de um contato dos advogados da escritora, o nome “Harry Potter” foi retirado dos cartazes de propaganda (fls.99/100).

Contudo, a produtora manteve, nos anúncios do espetáculo teatral, todas as características físicas dos personagens, bem como o enredo básico da história dos jovens aprendizes de magia negra. Isso está bem claro nos documentos juntados pela primeira apelante (Jotaelle Ltda.), quando de sua contestação.

O fato de o roteiro da apresentação teatral afastar-se da versão dos livros da autora-apelada não exclui a existência de plágio. As características físicas dos personagens são iguais, bem como os figurinos e até o título “Aprendiz de feiticeiro” que neste contexto, evidenciam a violação de direitos autorais. A Lei Federal 9610, de 19 de fevereiro de 1998, protege o autor das adaptações de suas obras (artigo 29, inciso III) com o intuito de garantir-lhe a integridade (artigo 24, IV).

A divulgação da peça (fls.32, 36, 38 e 50) está demonstrada inclusive pela documentação trazida com a contestação da

⁹⁵² Outras decisões a respeito de proteção de personagens foram encontradas: STJ, Resp 19866/RS, Min. Rel. Jesus Costa Lima, Quinta Turma, julgado em 04/05/1992, DJ 18/05/1992, p. 6988; e TJES, AgI 035.06.900077-2, Des. Rel. Rômulo Taddei, Terceira Câmara Cível, julgado em 16/05/2006, DJ 29/05/2006. Entretanto tratavam da imagem das personagens e não das personagens em si e, portanto, não foram consideradas.

Jotaelle Ltda. (fls.99 e 100). O simples confronto entre o anúncio de um filme autorizado (fls.39) e os cartazes da peça produzida pela primeira apelante evidencia a violação aos direitos autorais. Isso tem como consequência a obrigação de indenizar, conforme artigo 186 da Lei Federal 9610.

(TJRJ, ApC 2008.001.05609, Des. Rel. Bernardo Moreira Garcez Neto, Décima Câmara Cível, julgado em 02/04/2008, DJ 28/04/2008, p. 29)

2 - UMA QUESTÃO DE TERMINOLOGIA

Sendo personagens constructos⁹⁵³ da imaginação, deve-se levar em conta o grau de complexidade desse constructo para se poder determinar se ele pode ou não ser considerado como obra protegida por direito autoral. Por sua vez, o que é uma obra artística ou literária⁹⁵⁴ senão também um constructo? José de Oliveira Ascensão assim conceitua obra:

Essa criação do espírito não é a idéia pura, como seja a verdade filosófica, a captação dum estado de espírito, a visão dum princípio estético e assim por diante.

A criação do espírito, desde o início, está associada necessariamente à forma. É uma idéia formal; deverá revestir-se de uma forma, que é a essência da obra.

Pode não haver nada, no plano das idéias substantivas, e todavia haver obra literária ou artística. O Compêndio de Filosofia 100% nulo como contributo científico não deixa por isso de ser obra literária. O desenvolvimento formal dum tema clássico pode ou não trazer nenhuma acessão à problemática básica. Na música ou na pintura não há que indagar de

⁹⁵³ “Constructo: [Do lat. constructu, part. pass. de construere, pelo ingl. construct.] S. m. 1. Aquilo que é elaborado ou sintetizado com base em dados simples” (FERREIRA, 1999).

⁹⁵⁴ Preferimos dizer somente obras artísticas e literárias por concordamos com Ascensão que: “As obras, nas suas formas, são sempre literárias ou artísticas. Podem é provir do domínio literário, científico ou artístico, o que é realidade diferente. A obra científica não é a teoria, é a forma literária (e eventualmente artística) que a exprime” (ASCENSÃO, 1997. p.37).

nenhuma idéia que não seja a idéia estética como antevisão da forma. (ASCENÇÃO, 1997, p. 37)

Antes de se adentrar propriamente na questão, importante reforçar a diferença entre a personagem e a imagem da personagem, à qual já nos referimos no Capítulo 1. A personagem é toda a construção complexa de forma física, comportamento, temperamento, forma de se relacionar, enfim, é a colocação de características humanas – humanização – de algo que pode ou não ter forma humana. Um bruxo como ‘Harry Potter’ possui forma humana, assim como a ‘Capitu’ de Machado de Assis. Mas nada impede que uma personagem seja um animal como ‘Simba’, o ‘Rei Leão’ ou ‘Dumbo’, o elefantinho, todos retratados em desenhos animados da Disney; ou até mesmo uma pedra, como a personagem ‘Dona Pedra’ de Maurício de Sousa. O que importa é que determinada personagem possua características psíquicas humanas, ou seja, que possua emoções, conflitos, problemas, alegrias, desafios etc.

Por outro lado, a imagem da personagem é a figura, o desenho pelo qual ela é representada. Por exemplo, a Figura 1 é apenas a imagem da personagem ‘Mickey’ e a Figura 2 é apenas a imagem da personagem ‘Mônica’. Ou seja, ‘Mickey’ é uma personagem que possui diversas características e, entre elas, essa imagem. ‘Mônica’, por exemplo, é uma menina temperamental, mandona, gorducha, dentuça, muito forte, que só usa vestidos vermelhos, que não se desgruda de seu coelho de pelúcia chamado ‘Sansão’, que tem muitos amiguinhos, que possui complexos pelo fato de outras crianças viverem debochando dela, que bate nos meninos com o coelho de pelúcia, que possui um cachorro chamado ‘Monicão’, e, além de tudo isso, possui essa imagem. Contudo, a imagem não é uma característica obrigatória da personagem. Aquelas personagens cuja existência se limita às obras literárias, como ‘Capitu’ de Machado de Assis e ‘Miss Marple’ de Agatha Christie, não possuem uma imagem pictórica, apenas uma representação visual que desenvolvemos, internamente, a partir das descrições contidas no texto⁹⁵⁵.

⁹⁵⁵ Ambas as personagens aqui mencionadas já tiveram suas histórias transformadas em filmes. Com certeza, seus autores não imaginaram suas criações com as feições dos atores que um dia vieram a interpretá-las.



Figura 1 – Imagem do ‘Mickey’



Figura 2 – Imagem da ‘Mônica’

Portanto, quando se fala em personagem protegida por direito autoral deve-se ter em mente o conjunto de características dessa personagem (esta é a obra), e não apenas sua imagem ou seu nome. Até porque, a imagem de uma personagem é indiscutivelmente protegida por direito autoral, na condição de desenho (art. 7º, inciso VIII, da LDA), enquanto que o nome de uma personagem (art. 8º, inciso VI, da LDA) só é protegido em associação com a obra.

De modo a deixar essa diferença bem clara: qualquer um pode montar uma peça de teatro com uma personagem chamada ‘Mônica’, pois este nome, isoladamente, não possui qualquer proteção. No entanto, não poderia montá-la com uma personagem que se chame ‘Carla’ e que possua todas as outras características da personagem ‘Mônica’. É essa a personagem como constructo: o conjunto de todas as características de uma personagem, tais como seu modo de se comportar, de se vestir, de se relacionar com outros, de agir de determinada maneira perante determinadas condições, seus sentimentos, suas características físicas etc.; tudo isso de forma independente de sua imagem e seu nome, sem, contudo, deixar de se considerar sua imagem e seu nome como características.

A partir desse ponto será adotada a nomenclatura *personagens-constructos* para as que aqui defendemos que devem receber o tratamento de obras e *personagens-idéias* para as que, como o próprio nome diz, não passam de meras idéias, não merecendo, portanto, proteção. Essa forma de classificação segue a mesma linha de raciocínio da nomenclatura literária apresentada por Antonio Candido em “A personagem de ficção”:

Em nossos dias, Forster retomou a distinção de modo sugestivo e mais amplo, falando pitorescamente em “personagens planas” (flat characters) e “personagens esféricas” (round characters):
“As personagens planas eram chamadas de temperamentos (humors) no século XVII, e são por vezes chamadas tipos, por

vezes caricaturas. Na sua forma mais pura, são construídas em torno de uma única idéia ou qualidade; quando há mais de um fator neles, temos o começo de uma curva em direção à esfera. (...) Permanecem inalteradas no espírito porque não mudam com as circunstâncias”.

As “personagens esféricas” não são claramente definidas por Forster, mas concluímos que as suas características se reduzem essencialmente ao fato de terem três, e não duas dimensões; de serem, portanto, organizadas com maior complexidade e, em conseqüência, capazes de nos surpreender. “A prova de uma personagem esférica é a sua capacidade de nos surpreender de maneira convincente. Se nunca surpreende, é plana. Se não convence, é plana com pretensão a esférica. Ela traz em si a imprevisibilidade da vida, - traz a vida dentro das páginas de um livro.” (...) Decorre que “as personagens planas não constituem, em si, realizações tão altas como as esféricas, e que rendem mais quando cômicas. Uma personagem plana séria ou trágica arrisca tornar-se aborrecida.” (CANDIDO, 2007. p. 62)

Entretanto, deixamos de adotar a nomenclatura literária, posto que a mesma não apresenta o grau de precisão necessária. Mesmo na literatura encontramos outras nomenclaturas que são passíveis de confusão⁹⁵⁶. Portanto, justifica-se assim a adoção da terminologia *personagens-constructos* e *personagens-idéias*.

3 - PERSONAGENS SÃO OBRAS?

⁹⁵⁶ Antonio Candido ainda apresenta a distinção entre personagens de costumes e personagens de natureza: “As ‘personagens de costumes’ são, portanto, apresentadas por meio de traços distintivos, fortemente escolhidos e marcados; por meio, em suma, de tudo aquilo que os distingue vistos de fora. Estes traços são fixados de uma vez para sempre, e cada vez que a personagem surge na ação, basta invocar um deles. (...) As ‘personagens de natureza’ são apresentadas, além dos traços superficiais, pelo seu modo íntimo de ser, e isto impede que tenham a regularidade dos outros. Não são imediatamente identificáveis, e o autor precisa, a cada mudança do seu modo de ser, lançar mão de uma caracterização diferente, geralmente analítica, não pitoresca.” (CANDIDO, 2007, p. 119).

É a partir da análise do conjunto de características que se pode determinar se uma personagem possui ou não proteção por direito autoral. Em outras palavras, se a personagem chega a ser um construto ou se é mera idéia.

A primeira análise que deve ser feita é se determinada personagem manteria sua identidade (o tal conjunto de características) mesmo após ser retirada de seu contexto de ficção, como foi feito com a personagem ‘Mônica’ no Capítulo 2. Para isso, usaremos como exemplo a personagem ‘Harry Potter’. ‘Harry Potter’ é um pré-adolescente órfão que vive com os tios e um dia descobre que tem poderes mágicos, sendo convidado para estudar em um colégio de bruxos. Porém, apesar da magia, ‘Harry Potter’ possui características muito humanas, como conflitos de rejeição mesclados com a vontade de ser aceito, curiosidade, insegurança, ciúme, raiva, amor etc (ARK, s.d.). A personagem ‘Harry Potter’ não é completamente dependente de seu ambiente ficcional para ser reconhecido como tal. Poder-se-ia construir uma história de ‘Harry Potter’ em pleno Rio de Janeiro, mantendo-se todas as características da personagem. ‘Harry Potter’ poderia, por exemplo, tomar banho de mar, ir ao Cristo Redentor, passear de bondinho no Pão de Açúcar e, mesmo assim, continuar sendo o ‘Harry Potter’, com todas suas características apontadas, apesar de não estar inserido no contexto habitual ou cercado das outras personagens que fazem parte da ficção dos livros de J.K. Rowling. O mesmo se poderia falar da personagem ‘Batman’ cujas características notórias não desapareceriam se ele for colocado em um contexto fora de Gotham City⁹⁵⁷. Essas três personagens, portanto, não são somente meras idéias, elas formam um constructo. E são esses tipos de personagens-constructos que ora se defende serem objetos de direito autoral.

O mesmo não acontece com ‘Barney Thompson’, o nada memorável gerente do hotel em que se hospeda o casal protagonista do filme ‘Uma linda mulher’, ‘Edward Lewis’ e ‘Vivian Ward’ interpretadas por respectivamente por [Richard Gere](#) e [Julia Roberts](#). ‘Thompson’ possui características de um estereótipo de gerente de hotel e, apesar de ter uma participação relativamente expressiva no filme, não possui nenhuma característica marcante o suficiente que impeça que qualquer outra personagem que represente um gerente de hotel seja parecido com ele. ‘Thompson’ não passa de mera idéia. Em geral, as personagens principais, principalmente protagonista e antagonista,

⁹⁵⁷ O que veio a ocorrer em diversas histórias da personagem.

são personagens-constructo, enquanto que aquelas personagens que aparecem somente em alguns momentos, para dar suporte à história e ao contexto ficcional são meras idéias. Exemplos de personagens-idéias são os taxistas, os cocheiros, os lojistas, os transeuntes, ou seja, todos aqueles que apenas permitem a construção de um contexto para a história e que, se retirados de tal, perdem totalmente sua caracterização, bem como sua retirada não descaracteriza a história em si. No exemplo de ‘Thompson’: colocado em outro contexto, como gerente de hotel em outro filme ou em outra situação qualquer, não será possível reconhecer o mesmo ‘Thompson’; substituindo-se ‘Thompson’ por outro gerente qualquer, mantém-se a história do filme sem prejuízo para o enredo.

4 - TESTE DE DERIVAÇÃO

Para que a personagem-constructo seja considerada obra literária protegida por direito autoral, dela tem que ser possível criar obras derivadas. Ainda que tal conceito possa, à primeira vista, parecer estranho, é possível uma obra derivada de personagem e o universo da ficção está repleto de exemplos. As personagens “Looney Tunes” possuem vários exemplos de personagens derivadas de outras cuja existência lhes antecede, mantidas suas características principais, ainda que sejam, por sua vez, inseridos em contextos e enredos novos. Exemplos desses são a personagem ‘Perninha’, versão (derivação) mais jovem da personagem ‘Perna Longa’, e ‘Plucky’, personagem derivada de ‘Patolino’⁹⁵⁸. Essas derivações das personagens “Looney Tunes” da Warner Brothers chamam-se “Tiny Toons” e são a versão adolescente das primeiras, que já se encontravam em fase adulta.

Cabe ressaltar que não se trata de mera derivação das imagens das personagens e sim das personagens como um todo. Por exemplo, o ‘Plucky’ tem as características físicas de ‘Patolino’ e ainda a mesma voz de pato rouco, o mesmo tipo desajeitado, não possui muita credibilidade junto com os amigos etc. Já o ‘Perninha’ anda como o ‘Pernalonga’, faz piadinhas sarcásticas como ele, (quase) sempre se dá bem, é popular etc. (PINTO, s.d.). Essas personagens foram criadas de um jeito tal que facilmente percebe-se que suas caracterizações são as mesmas. Porém, ‘Pernalonga’ e

⁹⁵⁸ Uma lista de personagens derivadas pode ser encontrada em PINTO (2001).

‘Patolino’, comparativamente, mostram-se como personagens com características mais maduras, pois, mesmo que façam algumas trapalhadas, eles encaram as adversidades com mais segurança. Já as personagens ‘Perninha’ e ‘Plucky’ são psiquicamente mais instáveis, mais inseguros, características facilmente reconhecíveis em adolescentes, havendo inclusive cenas dos desenhos animados que as personagens adultas do “Looney Tunes” aparecem para ajudar, ensinar ou até mesmo repreender as do “Tiny Toons”, que acabam por admirá-los. Ora, ‘Pernalonga’ é a mesma personagem que ‘Perninha’? Definitivamente não. Um foi inspirado no outro e possui características bem marcantes do outro, mas são personagens diferentes, com comportamentos marcadamente diferentes. Diferenças baseadas principalmente na fase de cada um deles: adulta e adolescente. E o mais importante de tudo: ‘Perninha’ é obra intelectual nova que resulta da transformação da obra ‘Pernalonga’, coadunando com a definição de obra derivada dada pela LDA (art. 5º, VIII, g).

Poderia alguém criar ‘Perninha’ sem autorização expressa do titular de direitos autorais do ‘Pernalonga’? Se considerarmos a personagem-constructo ‘Pernalonga’ obra protegida por direito autoral, parece claro que criações dela derivadas dependem de autorização do autor ou eventual titular dos direitos autorais⁹⁵⁹.

5 - TESTE DO PLÁGIO

Outro teste que precisa ser feito para determinar se a personagem pode ser objeto de proteção por direito autoral diz respeito ao plágio. Pode uma personagem ser plagiada?

Essa pergunta encontra resposta no caso concreto julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que tinha por objeto a disputa sobre a possibilidade ou não de se montar uma peça teatral com uma protagonista com as características da personagem ‘Harry Potter’, à revelia de autorização por parte da autora J.K. Rowling⁹⁶⁰. Tendo tomado conhecimento do fato, a autora, através de seus advogados, entrou em contato com a produtora, que retirou o nome ‘Harry Potter’ dos cartazes de propaganda, de forma que a peça passou a se chamar “Aprendiz de feiticeiro”.

⁹⁵⁹ Contudo, exemplos de *fanfiction* dos personagens Tiny Toon podem ser encontrados em <<http://members.tripod.com/renebunny/ah101.html>>.

⁹⁶⁰ TJRJ, ApC 2008.001.05609, Des. Rel. Bernardo Moreira Garcez Neto, Décima Câmara Cível, julgado em 02/04/2008, DJ 28/04/2008, p. 29, citado anteriormente.

manteve todas as características físicas e todo o figurino de ‘Harry Potter’, de modo que a Décima Câmara Cível entendeu que houve plágio da personagem ‘Harry Potter’, conforme evidencia o seguinte trecho do acórdão: “Tenha-se em conta que o plágio ocorreu apenas na utilização das características dos personagens como chamariz de público” (TJRJ, ApC 2008.001.05609, Des. Rel. Bernardo Moreira Garcez Neto, Décima Câmara Cível, julgado em 02/04/2008, DJ 28/04/2008, p. 6)

Segundo Richard Posner (2007), o plagiário é capaz de escrever um livro inserindo passagens inteiras de outros autores, sem identificar a autoria delas. E, mesmo sendo inseridas pequenas passagens de diferentes trabalhos, trata-se de um caso de plágio e infração contrária às normas de direitos autorais⁹⁶¹. Também José de Oliveira Ascensão assim define o plágio:

Plágio não é a cópia servil; é mais insidioso, porque se apodera da essência criadora da obra sob veste ou forma diferente. Por isso se distinguem a usurpação e a contrafação. Na usurpação apresenta-se sob próprio nome a obra alheia. A contrafação permitiria já abranger os casos em que a obra não é simplesmente reproduzida mas retocada, de maneira a parecer obra nova. (ASCENÇÃO, 1997, p. 34)

Desta forma, fazendo analogia para a questão da personagem, tirar “passagens” de uma personagem (no sentido suas características essenciais) também configura plágio. Neste caso concreto, a produtora utilizou características da personagem ‘Harry Potter’ sem identificar a autoria de J.K. Rowling, de forma que o plágio foi configurado. Isso não significa que se a produtora tivesse identificado a autoria de J.K. Rowling poderia utilizar a personagem protagonista ‘Harry Potter’. E, sendo a personagem uma obra totalmente dependente de um conjunto de características identificáveis, caso se retire suas características predominantes, a personagem perde sua identidade (essência) e, conseqüentemente, seu caráter de obra derivada. Em outras

⁹⁶¹ “But fair user is assumed to use quotation marks and credit the source; he is not a plagiarist. I thus disagree that there can be ‘fair use’ when the copier is passing off the copied passage as his on. The fair-use right is an exception to copyright, which normally prohibits the unauthorized publication of copyrighted work, and why should the exception shelter plagiarists? The plagiarist does not play fair. Were there such an exception, one could write a book consisting entirely of unacknowledged passages from other writers, provided one took only a small amount from each work; in fact it would be a case of both plagiarism and copyright infringement.” (POSNER, 2007)

palavras, se a produtora retirasse características suficientes para se configurar o *fair use* de pequenos trechos, estaria, inevitavelmente, descaracterizando a personagem.

Desta forma, não é aplicável o *fair use* de pequenos trechos às personagens-constructo pois, a partir do momento em que deixa de haver a identificação, não há que se falar em *fair use*, por total inexistência de obra derivada; restando apenas características soltas que não passam de meras idéias e que, portanto, não são protegidas por direito autoral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através dos testes propostos é possível analisar, no caso concreto, a possibilidade de proteção de personagem como obra autoral. Mas é importante deixar claro que em momento algum se defende, aqui, que todas as personagens sejam obras e, portanto, merecedoras de tal proteção. Esta proteção deve ser conferida tão somente as que designamos como constructos, ou seja, as personagens esféricas de que trata Antonio Candido. Assim mesmo, é preciso considerar o instituto da originalidade, o qual deve permear todos os tipos de obras, sejam elas quais forem, para que a proteção por direito autoral seja obtida. Uma personagem-constructo que não possua originalidade não goza da proteção⁹⁶².

Os testes aqui propostos independem do meio pelo qual a personagem se torna disponível ao público. As novas modalidades de publicação disponíveis à partir do uso intensivo de ferramentas de tecnologia da informação não se situam fora deste escopo.

Por fim, deve-se ter em mente que para se chegar à conclusão se uma personagem é ou não protegida por direito autoral o melhor caminho ainda é da análise factual. Trata-se de uma análise trabalhosa, mas não é preciso ser o Super-Homem para fazê-lo.

REFERÊNCIAS

⁹⁶² Isto pode ser exemplificado através dos “stock character”, ou seja, personagens estereotipadas das quais fala Posner: “If, however, the plot clearly is generic, the character clearly a stock character, the historical facts already known, the arrangement of the work familiar or inevitable (for example, a historical account arranged chronologically), and any scientific or other abstracted ideas already familiar to the intended readership, there is no infringement.” (POSNER, 2007, p. 13)

ABRÃO, E. **O que é propriedade imaterial. A disciplina: Seu conteúdo e limites.** Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/1177>>. Acesso em 26 mai. 2008.

ARK, S. W. **The Harry Potter Lexicon.** Disponível em: <<http://www.hp-lexicon.info/wizards/harry.html>>. Acesso em 27 mai. 2008.

ASCENSÃO, J. O. **Direito autoral.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. 762 p.

CANDIDO, A.; GOMES, P. E. S.; PRADO, D. A.; ROSENFELD, A. **A personagem de ficção.** São Paulo: Perspectiva, 2007. 123 p.

CHAVES, A. **Direito do autor: princípios fundamentais.** Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 538.

FERREIRA, A. B. de H. **Dicionário Aurélio eletrônico: século XXI.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira/Lexicon Informática, 1999.

Pinto, L. M. **Tiny Toons Adventures FAQ.** Versão 2.5, mai. 2001. Disponível em: <<http://members.tripod.com/renebunny/faq.html>>. Acesso em 29 mai. 2008.

Pinto, L. M. **Guia de personagens.** Disponível em: <<http://members.tripod.com/renebunny/person.html>>. Acesso em 29 mai. 2008.

NERY, L. **Batman: a trajetória.** Disponível em: <<http://www.batmanatrajetoria.hpg.ig.com.br>>. Acesso em 26 mai. 2008.

POSNER, R. A. **The little book of plagiarism.** New York: Pantheon Books, 2007. 118 p.

TIETZMANN, R. Dois caras numa garagem: o cinema alternativo dos fãs de Guerra nas Estrelas. **Sessões do Imaginário**, n.9, mai. 2003. Porto Alegre: FAMECOS/PUC. p. 61-65.

VI FÓRUM DE DEBATES

DIREITO DE AUTOR E NOVAS TECNOLOGIAS



DIREITO AUTORAL E DESENVOLVIMENTO: UMA ANÁLISE ECONÔMICA⁹⁶³

Patrícia de Oliveira Areas⁹⁶⁴

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento e instituição. 3. Análise econômica do direito autoral. 3.1. Propriedade intelectual e propriedade material. 3.2. Interpretação dos direitos de autor conforme sua análise econômica. 4. Direito autoral: uma instituição para o desenvolvimento. 5. Referências bibliográficas.

RESUMO

O objetivo do presente artigo é analisar economicamente o papel do direito autoral no processo do desenvolvimento. Para tanto, tem-se como conceito de desenvolvimento a acepção ampla de Amartya Sen, que o trata como liberdade. Assim, um país só será desenvolvido se proporcionar que seus cidadãos tenham a liberdade de participar da sociedade, fomentando suas capacidades e melhorando, de forma abrangente, os vários aspectos que envolvem o desenvolvimento. O direito autoral, neste âmbito, é a instituição (regra do jogo) que pode ser um instrumento desta liberdade almejada, desde que tenha como parâmetro para suas disposições os seguintes elementos: regras claras; tratamento equitativo aos cidadãos; necessidade de participação democrática e eficiência do judiciário (Barral). Para comprovar esta acepção, utiliza-se a análise econômica de Landes e Posner que trata o direito autoral como uma ferramenta legal para controlar as externalidades geradas pela criação do bem público (obra intelectual), que por si só não é escassa. A lei cria uma escassez artificial, o que proporciona um ganho de bem-estar para a sociedade, como um todo. Contudo, há que se ter em conta

⁹⁶³ “O presente trabalho foi realizado com apoio do CNPq, Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – Brasil”.

⁹⁶⁴ Advogada, especialista em Direito Civil e Processual Civil e Direito e Negócios Internacionais, Mestre e Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, na área de concentração em Relações Internacionais. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Propriedade Intelectual, Transferência de Tecnologia e Inovação da UFSC, pesquisadora e consultora *ad hoc* do Departamento de Propriedade Intelectual e Núcleo de Inovação Tecnológica da UFSC.

que esta instituição tem seu nível ótimo de proteção garantido por limitações legais aos direitos de seus titulares, o que proporciona um acesso adequado ao conhecimento e à informação. É justamente a criação de regras de direito autoral claras, justas e em níveis adequados que permite ser este um importante instrumento de desenvolvimento como liberdade, nas várias acepções deste processo: social, econômica, humana, institucional e sustentável.

PALAVRAS CHAVES: PROPRIEDADE INTELECTUAL, DIREITO AUTORAL, DESENVOLVIMENTO, ANÁLISE ECONÔMICA

ABSTRACT

The aim of this article is to examine, from an economics perspective, the role of copyright rules in the process of development. Development itself is understood here as freedom, following Amartya Sen's broad definition. Thus, a country can only be developed if it provides that citizens are able to participate in society, promoting their capabilities and improving the various aspects involving the development. The copyright, in this context, is the institution (rule of the game) that can be an instrument of this desired freedom, if it has its provisions as a parameter for the following: clear rules; equitable treatment to citizens; democratic participation and efficiency the judiciary (Barral). To prove this hypothesis, this article takes advantage of the economic analysis of Landes and Posner, who sees copyright law as a tool to control the externalities generated by the creation of public good (intellectual work), which alone is not scarce. The law creates an artificial shortage, which offers a gain in welfare for society as a whole. However, it must be taken into account that this institution has its optimal level of protection guaranteed by legal limitations of the owner's rights, which provides adequate access to knowledge and information. It is the establishment of clear and fair rules and appropriate levels of protection that allows copyrights to be an important instrument of development as freedom, in the various meanings of this process: social, economic, human, institutional and sustainable.

KEY WORDS: INTELLECTUAL PROPERTY, COPYRIGHT, DEVELOPMENT, ECONOMIC ANALYSIS

1. Introdução

O ambiente econômico, político e social do mundo vêm se transformando consideravelmente nas últimas décadas. Fala-se, inclusive, em uma nova era, a era digital⁹⁶⁵. O fato é que a informação, o conhecimento, os bens intangíveis têm se tornado os principais fatores de geração de riqueza nos mais diversos países.

Vê-se esta realidade, por exemplo, nos próprios dados relacionados à indústria pelo mundo. Enquanto os países membros da Organização para Cooperação do Desenvolvimento Econômico (OCDE)⁹⁶⁶ investem, em média, 2,2% do seu PIB em atividades de Pesquisa e Desenvolvimento (P&D), o Brasil investiu 1%. Ainda, há que se considerar que destes 1%, 0,6% são provenientes do governo e 0,4% do setor privado, ao passo que dos 2,2% investidos pelos países da OCDE, 1,4% são relativos à indústria e apenas 0,6% provém do governo (dados de 2000).⁹⁶⁷ Este investimento nos países desenvolvidos parte, principalmente, do setor privado, o que é demonstrado pelo *ranking* das empresas que mais investem em P&D. Entre as cinco primeiras estão: Pfizer (EUA); Ford Motor (EUA); Johnson & Johnson (EUA); Microsoft (EUA) e DaimlerCrysler (Alemanha).⁹⁶⁸

Neste ambiente, a propriedade intelectual é o grande fator de proteção jurídica do ativo intangível e o principal fator de concorrência entre as empresas.

⁹⁶⁵ Veja-se: ALDRICH, Douglas F. *Dominando o mercado digital*. Trad. Maria Withaker Ribeiro Nolf e Marisa do Nascimento Paro. São Paulo: Makron Books, 2000, para quem a tecnologia se tornou dominante com o advento da economia digital, sendo a informação o direcionador do valor e da criação de riqueza. Desta forma, a tecnologia da informação “se torna a chave do sucesso num número crescente de indústrias”.

⁹⁶⁶ Atualmente a OCDE conta com 30 membros, sendo eles: Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, República Tcheca, Dinamarca, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Islândia, Irlanda, Itália, Japão, Coréia, Luxemburgo, México, Holanda, Nova Zelândia, Noruega, Polônia, Portugal, Eslováquia, Espanha, Suécia, Suíça, Turquia, Reino Unido, Estados Unidos. (OCDE, 2008. Disponível em: http://www.oecd.org/document/58/0,3343,en_2649_34483_1889402_1_1_1_1,00.html. Acesso em: 25/2/2008).

⁹⁶⁷ Dados baseados em pesquisa publicada pela Inovação Unicamp, 2005. AMORIM-BORHER, Maria Beatriz; AVILA, Jorge; CASTRO, Ana Célia; CHAMAS, Claudia Inês; PAULINO, Sergio. Ensino e Pesquisa em Propriedade Intelectual no Brasil. *Revista Brasileira de Inovação*, Rio de Janeiro (RJ), 6 (2), p.281-310, julho/dezembro 2007. Disponível em: <http://www.finep.gov.br/revista_brasileira_inovacao/decima_segunda_edicao/Ensino_e_Pesquisa_em_Propriedade_Intelectual_no_Brasil.pdf>. Acesso em 25 fev 2008.

⁹⁶⁸ BERR, Department for business, enterprise & regulatory reform, *Ranking of the top 1,250 global companies by R&D investment*. Dados retirados da Inovação Unicamp. Disponível em: <<http://www.inovacao.unicamp.br/report/InvestimentoP&D071114.pdf>>. Acesso em 25 fev. 2008.

Conseqüentemente, é que diferencia os países desenvolvidos dos em desenvolvimento e dos menos desenvolvidos.

Esta dissimilitude econômica, social e política não envolve somente a tecnologia, mas também a indústria cultural⁹⁶⁹. Um exemplo disso é a situação das grandes empresas que controlam boa parte da cultura de massa do mundo: General Electric (EUA), ATT-Liberty Media (EUA), Disney (EUA), Time-Warner (EUA), Viacom (EUA), News Corporation (EUA), TCI (EUA), DreamWorks SKG (de Spielberg), Sony (Japão), Seagram (Canadá), Bertelsmann AG (Alemanha), Pearson PLC (Grã-Bretanha), Philips (Holanda). No cinema também não é diferente, algumas poucas empresas controlam a maior parte da distribuição cinematográfica do mundo: Disney-Capital Cities, Paramount (Viacom), Columbia-TriStar (Sony), MGM (Turner)-Warner Bros. (Time-Warner), MCA-Universal (Matsushita). A indústria fonográfica tem as seguintes corporações como destaque: Time Warner (Columbia, WEA, Sam Woody), Sony (CBS), Bertelsmann (RCA, BMG), Philips (PolyGram, Decca, Deutsche Grammophon), Seagram (MCA-Universal) y Capitol-EMI.⁹⁷⁰

Este “monopólio”⁹⁷¹ intelectual também tem sido alvo de críticas e movimentos da sociedade civil em prol do acesso ao conhecimento sem restrições. Veja-se exemplo disso o próprio movimento do software livre⁹⁷², *copy left*⁹⁷³, ou *creative commons*⁹⁷⁴.

⁹⁶⁹ Termo originariamente utilizado por Theodor Wiesengrund-Adorno, que, juntamente com Horkheimer (escola de Frankfurt), desenvolveu-o para demonstrar a “transformação da mercadoria em cultura e da cultura em mercadoria”. Veja-se: BARBOSA, Marisa Geralda. Algumas considerações acerca da indústria cultural: suas potencialidades politizadoras e reprodutoras. *Revista Urutágua*, n. 5, jan./fev./mar, 2004. Disponível em: <http://www.urutagua.uem.br//005/14soc_barbosa.htm>. Acesso em: 25 fev. 2008.

⁹⁷⁰ REMEDI, Gustavo. *Oligopólio Global*: - industria cultural global - mass media. Disponível em: <<http://www.henciclopedia.org.uy/autores/Remedi/Oligopolio%20Global.htm>>. Acesso em: 13 abr. 2004.

⁹⁷¹ Termo utilizado por Boldrin & Levine, criticando o sistema da propriedade intelectual. BOLDRIN, LEVINE. *Against intellectual monopoly*. 2 jan. 2008. Disponível em: <<http://levine.sscnet.ucla.edu/general/intellectual/againstfinal.htm>>. Acesso em 24 fev. 2008.

⁹⁷² Movimento criado para promover direitos aos usuários para usar, estudar, copiar, modificar e distribuir modificado programas de computador. Ele surgiu com a *Free Software Foundation*, criada em 1985. Veja-se: <<http://www.softwarelivre.org/>>; <<http://www.fsf.org/>>. COSTA, Marcos, MARACINI, Augusto Tavares Rosa. *Primeiras linhas sobre o software livre*, 17 set. 2003. Disponível em: <<http://www.internetlegal.com.br/artigos>>. Acesso em 21 out. 2004.

⁹⁷³ Termo popularizado Richard Stallman, criador do software livre da *Free Software Foundation*, referindo-se às obras que tenham proteção por copyright, ou seja, estejam em domínio público. Veja-se: GNU, *O que é copyleft*. 20 mai. 2005. Disponível em: <<http://www.gnu.org/copyleft/copyleft.pt.html>>. Acesso em: 25 fev 2008.

⁹⁷⁴ Seguindo a mesma filosofia do software livre e do *copyleft*, o *creative commons* foi criado por Lawrence Lessig e tem como objetivo disponibilizar alguns direitos de autor. Assim, ele seria um intermédio entre o *copyright* (todos os direitos reservados) e o domínio público. Veja-se: <<http://creativecommons.org/about/>>. Acesso em 25 fev. 2008.

Questiona-se, assim, a viabilidade da propriedade intelectual como instrumento de desenvolvimento ou se ela, na realidade, apenas existe para perpetuar a situação de dependência informacional, de conhecimento e tecnológica que os países em desenvolvimento e menos desenvolvidos têm em relação aos países desenvolvidos.

É com base nesta problemática que o presente artigo foi medrado, tendo como proposta a análise econômica do direito autoral, baseado na teoria de Posner, comparando-a a teoria de desenvolvimento como liberdade de Amartya Sen. Ainda utiliza-se a teoria institucionalista de Douglas North, juntamente com a análise realizada por Welber Barral.

Portanto, para atingir tal objetivo, inicia-se analisando o conceito de desenvolvimento utilizado, destacando a importância das instituições como instrumento para este fim. Em seguida, descreve-se a análise econômica feita por Landes e Posner do direito autoral, justificando a necessidade de sua existência. E, por fim, examina-se como o direito autoral, segundo Posner, pode ser um instrumento para o desenvolvimento, conforme Sen.

2. Desenvolvimento e instituição

Muito já se discutiu e se discute a respeito do desenvolvimento e se realmente é um objetivo a ser alcançado por todos os países.⁹⁷⁵ Contudo, para o decorrer do presente artigo adota-se o conceito de desenvolvimento elaborado por Amartya Sen, o qual o trata como liberdade. Desta forma, o país só será desenvolvido se possibilitar que seus cidadãos tenham a liberdade de participar da sociedade, fomentando suas capacidades e melhorando, de forma abrangente, os vários aspectos que envolvem o desenvolvimento, quais sejam: econômico, social, humano, institucional e sustentável.⁹⁷⁶

Desta forma, o conceito de desenvolvimento vai além do crescimento econômico, sendo um processo e um fim. Este processo de desenvolvimento deve afetar vários setores da sociedade propiciando a expansão das liberdades humanas. Sen destaca de forma clara seu objetivo ao tratá-lo como liberdade:

⁹⁷⁵ Pode-se destacar vários autores neste tema: Adam Smith, Celso Furtado, Karl Marx, Raúl Prebisch, dentre outros.

⁹⁷⁶ Aspectos destacados por Welber Barral nos encontros sobre desenvolvimento em Amartya Sen do Seminário de Pesquisa Direito e Desenvolvimento, no Programa de Doutorado CPGD/UFSC, ministrado pelo Prof. Dr. Welber Barral e Viviane Ventura (setembro a dezembro de 2006).

Procuramos demonstrar [...] que o desenvolvimento pode ser visto como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam. O enfoque nas liberdades humanas contrasta com visões mais restritas de desenvolvimento, como as que identificam desenvolvimento com crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB), aumentando rendas pessoais, industrialização, avanço tecnológico ou modernização social. O crescimento do PNB ou das rendas individuais obviamente pode ser muito importante como um *meio* de expandir as liberdades desfrutadas pelos membros da sociedade. Mas as liberdades dependem também de outros determinantes, como as disposições sociais e econômicas (por exemplo, os serviços de educação e saúde) e os direitos civis, (por exemplo, a liberdade de participar de discussões e averiguações públicas).⁹⁷⁷

Para se atingir este objetivo, deve-se ter em vista as liberdades instrumentais tratadas por Sen, que devem ser exercidas pelos sujeitos. São elas: liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora. Partindo dessas premissas, o desenvolvimento só acontecerá se as principais fontes de privação de liberdade forem removidas, quais sejam: “pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos, intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos”.⁹⁷⁸

É importante, ainda, que cada cidadão assuma a sua “condição de agente”, ou seja, é uma “relação de mão dupla”, onde não só se permite que cada qual exerça suas liberdades, mas que o exerçam de forma responsável e consciente de seu papel na sociedade e no processo de desenvolvimento. O desenvolvimento tratado por Sen considera as liberdades dos indivíduos como os elementos constitutivos básicos, sendo que se deve atentar para as “capacidades [...] das pessoas de levar o tipo de vida que elas valorizam – e com razão.” Tais “capacidades podem ser aumentadas pela política pública, mas também, por outro lado, a direção da política pública pode ser influenciada pelo uso efetivo das capacidades participativas do povo”. Capacidade, na concepção de Sen, é aquilo que o indivíduo possui que o permite fazer algo, como educação, saúde,

⁹⁷⁷ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 17.

⁹⁷⁸ SEN, 2000. p. 55, 18.

emprego. Tais capacidades, mais precisamente as privações ou não a estas capacidades, vão servir como sistema de avaliação do desenvolvimento. Portanto, esta abordagem múltipla do desenvolvimento está respaldada por esta noção de liberdade e capacidade.

Para Sen, “essas questões relacionam-se estreitamente à necessidade de equilibrar o papel do governo – e de outras instituições políticas e sociais – com o funcionamento dos mercados”⁹⁷⁹ Em outra obra, Sen destaca a importância dessa abordagem múltipla nos seguintes termos: “apesar de possuímos conceitos separados de desenvolvimento econômico, desenvolvimento jurídico, etc., podemos ainda nos interessar pelo processo de desenvolvimento como um todo”.⁹⁸⁰

Portanto, neste âmbito o governo, as instituições e, dentre elas, a lei e as políticas adotadas, assumem papel fundamental. É o que se verifica a partir dos ensinamentos de Douglas North e Welber Barral. Instituições, segundo North, são regras aplicadas à sociedade, sejam elas diretas ou indiretas, tais como: leis, normas morais, ideologias, etc. Para ele “as instituições reduzem a incerteza pelo fato que proporcionam uma estrutura à vida diária”. Elas não podem ser confundidas com os organismos, que são os corpos políticos, econômicos, sociais, órgãos educativos, que criam limitações, regras para a sociedade e influenciam o marco institucional, mas não podem ser considerados como instrumentos de desenvolvimento, em si. A função deles, primordialmente, é de agentes do intercâmbio institucional. Assim, o que eles fazem é influenciar as regras do jogo para que a sociedade possa se desenvolver por meio delas.⁹⁸¹

Barral, por sua vez, faz a junção dos conceitos trabalhados por Sen e North, destacando a importância do direito, como instituição que é, para o desenvolvimento visto como liberdade. Ele defende que o direito deve auxiliar no desenvolvimento e não ser um empecilho, trazendo alguns elementos importantes para tanto: regras claras e previsíveis; tratamento equitativo aos cidadãos; necessidade de participação democrática; eficiência do judiciário. Para ele, o que atrapalha a estrutura regulamentar

⁹⁷⁹ SEN, 2000, p. 33, 151.

⁹⁸⁰ SEN, Amartya. Reforma jurídica e reforma judicial no processo de desenvolvimento. In: BARRAL, Welber (org.). *Direito e desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005. p. 17.

⁹⁸¹ NORTH, 2001, p. 14-15. (Las instituciones reducen la incertidumbre por el hecho de que proporcionan una estructura a la vida diaria [...] [...] el acento en este análisis recae en las instituciones que son las normas subyacentes del juego e el acento en las organizaciones (y en sus empresarios) recae primordialmente en su papel como agentes del cambio institucional; [...].

são: custos de transação; insegurança jurídica; comprometimento com o planejamento; falta de transparência e liberdade.⁹⁸²

Assim, o direito autoral, como instituição que é, pode auxiliar no processo de desenvolvimento como liberdade. Inclusive, ele está intimamente ligado a este processo, já que é justamente entre a dicotomia incentivo à produção intelectual e acesso ao conhecimento que se encontra as normas de proteção das obras intelectuais. Com base nestas premissas de desenvolvimento e o papel que as instituições têm neste processo é que se analisa, economicamente, o papel do direito autoral na sociedade.

3. Análise econômica do direito autoral

O direito autoral é o instituto que permite que o criador de uma obra intelectual detenha exclusividade sobre sua criação durante um determinado tempo. Esta proteção existe em vários países, incluindo o Brasil.⁹⁸³ Existem duas visões sobre os direitos provenientes da produção intelectual de uma obra: direito autoral e o *copyright*.⁹⁸⁴ O primeiro é o adotado pelo sistema continental europeu e surge posteriormente ao *copyright*. O Brasil adota a proteção por direito autoral que, mais do que o direito a cópia ou a reprodução da obra, protege a atividade criadora.⁹⁸⁵ Já o sistema anglo-americano, o *copyright*, visa a proteção do privilégio de reprodução da obra, não sendo tão evidente esta característica da personalidade do autor, ou seus direitos morais.⁹⁸⁶ Portanto, o direito de autor protege a criações expressas, por qualquer meio ou suporte, que exista ou se invente no futuro (art. 7º, LDA). A expressão da idéia é requisito para que ocorra esta proteção, não bastando simplesmente a existência de uma idéia.

⁹⁸² BARRAL, 2005, p. 43; 54.

⁹⁸³ Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998 (Lei de Programa de Computador); Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 (Lei de Direitos Autorais - LDA).

⁹⁸⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*, 2. ed. 2. tir., Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 4.

⁹⁸⁵ Daí a concepção de direitos morais do autor, onde se tutela a própria personalidade do criador da obra intelectual. Veja-se: GONZALEZ LOPEZ, Marisela. *El derecho moral del autor em la ley española de propiedad intelectual*. Madri: Marcial Pons, 1993.

⁹⁸⁶ Apesar de não se próprio do sistema anglo-americano de proteção dos direitos dos autores a tutela dos direitos morais, eles se encontram abrangidos, por exemplo, no *Visual Artists Rights Act*, que garante aos criadores de artes visuais o direito à integridade da obra e a atribuição da autoria. Essa visão também é respaldada por algumas decisões jurisprudenciais. Veja-se: LANDES, Willian M.; POSNER, Richard A. *La estructura económica del Derecho de propiedad intelectual e industrial*. Trad. Victor Manuel Sánchez Álvarez, Madri: Fundación Cultural del Notariado, 2006. p. 351 e seq.

Contudo, é justamente esta exclusividade criada para o autor que é alvo de críticas (como já destacado na introdução). Daí o problema central tratado no presente artigo: até que ponto o instituto de direito autoral ou *copyright* fomentam um bem-estar social, gerando desenvolvimento como liberdade. Em outros termos: proteger as obras concedendo exclusividade por um determinado tempo incentiva ou atrapalha a produção intelectual e isto, por sua vez, auxilia ou atrapalha o processo de desenvolvimento.

Para responder a este problema utiliza-se a posição adotada por Landes e Posner, os quais, após analisarem os custos e externalidades geradas pelo direito de autor, concluem que um instituto de propriedade intelectual é importante para corrigir as distorções que comportam a criação, definição e aplicação dos direitos de propriedade. Contudo, este nível de proteção não pode ser elevado, tendo em vista que isto inibiria a produção intelectual de obras novas, sejam elas em direito autoral, sejam em propriedade intelectual.⁹⁸⁷ Destaca-se assim alguns pontos analisados pelos autores:

3.1. Propriedade intelectual e propriedade material

Ao começar a análise da propriedade intelectual, estes dois autores defendem que a regulação desta deve se aproximar da propriedade material. Destaca-se, entretanto, que entendimento doutrinário a respeito da natureza jurídica da propriedade intelectual seja no sentido de um ramo autônomo, *sui generis*,⁹⁸⁸ diferente do direito da propriedade. Landes e Posner defendem que os dois têm o mesmo fundamento econômico. Desta forma, uma análise econômica do direito autoral tem que passar pelos mesmos princípios de a mesma análise da propriedade material. Para justificar esta posição, os autores utilizam-se de conceitos econômicos empregados na fundamentação da propriedade material na análise da propriedade intelectual e, especificamente, do direito autoral.

Uma primeira analogia feita é relacionada aos benefícios da propriedade, os quais podem ser aplicáveis à propriedade intelectual, quais sejam: estáticos e dinâmicos. Os primeiros são aqueles provenientes do fato de que a propriedade gera um maior

⁹⁸⁷ LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *La estructura económica del Derecho de propiedad intelectual e industrial*. Trad. Victor Manuel Sánchez Álvarez, Madri: Fundación Cultural del Notariado, 2006. p. 545 et seq.

⁹⁸⁸ Sobre assunto veja-se: LIPSZYC, Délia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Reimp, Buenos Aires / Ginebra: Zavalia / Cerlalc / Unesco, 2006. p. 12 et seq.

cuidado e uma maior produtividade sobre o bem. Da mesma forma que um pasto destinado a gados terá maior produtividade se for cuidado por seu proprietário do que se fosse um bem público a ser cuidado por todos, a propriedade intelectual também poderá trazer estes benefícios. Os benefícios estáticos são claros por reduzirem as distorções causadas pelas externalidades⁹⁸⁹ de congestão, ou seja, o excesso de uso público da propriedade poderá gerar uma superexploração. Estas externalidades serão mais acentuadas nas propriedades materiais por serem bens tangíveis, ou seja, escassos, justificando com isso os benefícios estáticos. Apesar da propriedade intelectual ser um bem público⁹⁹⁰, não escasso por natureza, os benefícios estáticos serão obtidos pelo uso mais racional da obra a partir da escassez artificial criada por meio de lei – propriedade intelectual. Esta característica de exclusão artificial, entretanto, não pode ser tão absoluta quanto o é a propriedade material, justificando a existência da doutrina do *fair use*.^{991 992}

O outro benefício seria o dinâmico que é proveniente da titularidade do proprietário. Ou seja, o titular de propriedade intelectual tem a legitimidade de impedir que outros usem, gozem ou disponham de sua obra sem seu consentimento, o que pode

⁹⁸⁹ Externalidades são os efeitos que o ato de uma pessoa provoca no bem-estar de um terceiro que não participa dessa ação. Estas externalidades podem ser positivas (quanto o efeito traz benefícios ao terceiro) ou negativas (quando o efeito causa prejuízos). Uma dessas externalidades são as próprias falhas de mercado. (MANKIN, N. Gregory. *Introdução à economia*. Trad. Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005. p. 204.)

⁹⁹⁰ Entende-se por bem público aquele que não é excludente nem rival, ou seja, o fato de alguém usar o bem público não impede que outro o use ao mesmo tempo. É próprio da característica dos bens imateriais que, diferentemente dos bens materiais, não impedem o uso simultâneo do mesmo. (MANKIN, 2005, P. 225).

⁹⁹¹ Doutrina existente no sistema do *copyright* que visa colocar limitações aos direitos dos autores em benefício de alguns princípios básicos (sobre assunto veja-se: LANDES; POSNER, 2006, p. 195 et seq). No Brasil poderia ser equiparada às limitações constantes do art. 46 da LDA e 6º da Lei de Programa de Computador. Contudo, no direito autoral estas limitações são específicas enquanto na doutrina do *fair use* tem-se que se observar se o ato exercido sobre a obra protegida sem o consentimento do autor supriu os quatro fatores seguintes: a) se o propósito ou o caráter do uso é de natureza comercial ou educacional sem fins lucrativos; b) a natureza do trabalho copiado; c) a quantidade e proporcionalidade da parte copiada com relação ao todo; d) o efeito deste uso no mercado potencial ou relativo ao valor do trabalho sob direito de autor. [“the purpose and character of the use, including whether such use is of commercial nature or is for nonprofit educational purposes; the nature of the copyrighted work; amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work”]. (*US Copyright Act, Section 107*. Disponível em: <<http://www.copyright.gov/title17/92chap1.html#107>>. Acesso em: 25 fev 2008.

⁹⁹² É justamente neste ponto que se insere a questão do custo social gerado pelas externalidades da propriedade intelectual e o nível ótimo de proteção que, não obstante o custo social, possa gerar um bem-estar social. Os autores utilizam-se do Teorema de Coase para explicar a existência do custo social por meio de externalidades negativas e a possibilidade de se reduzir as mesmas por meio de negociações entre privados, não excluindo a intervenção estatal com o objetivo de criar um bem-estar social. Veja-se: LANDES; POSNER, 2005, p. 34; MANKIN, 2005, p. 194 et seq; 210.

ser feito mediante retribuição pecuniária. Em virtude desta possibilidade, o autor poderá ter a retribuição pelo investimento na criação da obra.⁹⁹³

Com relação aos custos, os autores também equiparam a propriedade intelectual ao sistema de propriedade, principalmente no que se refere aos custos de transação⁹⁹⁴. Para eles o custo de transação quando se refere a negociação envolvendo bens intangíveis, protegidos por propriedade intelectual, são bem mais elevados quando comparados a bens tangíveis, principalmente em virtude da dificuldade de se definir os bens imateriais. Nos termos dos autores: “estes direitos são difíceis de definir; se o original é um objeto definido, visível e tangível, o que denominamos ‘o desenho’ não é [...]”. É justamente no custo de transação que está uma das principais hipóteses levantadas: quanto maior o custo de transação, mais flexível deverá ser os direitos de propriedade sobre o bem intangível.

Com relação a busca de rendimentos, que é o segundo custo do sistema econômico da propriedade, está muito relacionado com a propriedade intelectual, tendo em vista que os bens intangíveis são públicos, não escassos, e estão por ser inventados ou criados. Desta forma, cria-se uma corrida em investimentos na criação de bens passíveis de proteção por propriedade intelectual.

O terceiro tipo de custo, que é o de proteção, também costuma ser alto quando se envolve bens intangíveis, também em virtude de ser um bem público.⁹⁹⁵

É justamente nesta questão dos custos gerados pela propriedade intelectual, baseado na análise econômica da propriedade, que está a tensão entre incentivo e acesso⁹⁹⁶. É o maior alvo de críticas em favor do domínio público, questionando o valor social deste instituto protetor dos bens intangíveis. Ou seja, a partir do momento em que se cria uma escassez artificial (exclusividade) para bens públicos (intangíveis), diminui-se o acesso aos mesmos (custo social). Um dos fundamentos das críticas baseadas em análise econômica, conforme relatam os autores, está fundamentada na proporção elevada que existe entre custos fixos e custos marginais⁹⁹⁷. Em outras palavras, se o

⁹⁹³ LANDES; POSNER, 2005, p. 22-26.

⁹⁹⁴ São os custos que incorrem no processo de negociação entre as partes. (MANKIN, 2005, p. 211).

⁹⁹⁵ LANDES; POSNER, 2005, p. 28 [Estos derechos son difíciles de definir; si bien el original es un objeto definido, visible y tangible, lo que denominamos ‘el dibujo’ no lo es [...]]; 546; 30; 31.

⁹⁹⁶ Esta justificativa da propriedade intelectual, segundo os autores, é o argumento utilizado por Arnold Plant, o que será contestado por Landes e Posner.

⁹⁹⁷ São aqueles custos que não variam com a quantidade produzida. (MANKIN, 2005, p. 276). No caso do direito autoral, estes seriam os custos de expressão da obra. Os custos variáveis são aqueles que

autor não tem custo por permitir o acesso a sua obra por terceiros (por ser um bem público), não teria razão de criar uma lei que impediria este acesso. Contudo, conforme descreve os autores, esta cobrança pelo uso do bem público gera incentivos para a criação de mais obras intelectuais (busca de riquezas), o que pode fomentar um resultado socialmente eficiente (bem-estar).⁹⁹⁸ Desta forma, independente da existência ou não de custos marginais, há que se pagar pelos custos fixos gerados ao autor, o que, caso não seja feito pela propriedade intelectual, deverá ser financiado pelo Estado ou por outros financiadores. Nas palavras dos autores:

No caso de que os custos fixos da propriedade intelectual – os custos em que se incorre antes da primeira venda – sejam muito reduzidos, na ausência de direitos de propriedade intelectual, ou não se produzirá propriedade intelectual [pagamento pela obra] ou o Estado deveria financiá-la mediante um sistema de subvenções ou remunerações a escritores e inventores (dizemos “deveria” e não “deverá” porque é possível que existam fontes de financiamento alternativas, como o patrocínio e o mecenato privado).⁹⁹⁹

Cabe destacar, como observado pelos autores, que este sistema de financiamento pelo Estado ou vias alternativas pode gerar uma politização da decisão relacionada a quem efetuar o pagamento, o que, além do mais, não resolveria o problema do acesso, “isto é, o efeito de uma distribuição ineficiente como resultado de um preço superior ao custo marginal”¹⁰⁰⁰

É justamente este o ponto da análise econômica de Landes e Posner, eles defendem que a função dos direitos de autor não está em fomentar o incentivo aos

mudam na medida que a quantidade produzida varia; comparando com o direito autoral, seriam os custos de produção da obra (impressão, encadernação, cópias, distribuição, etc.). Já o custo marginal é aquele que é decorrente da produção de uma unidade a mais do que normalmente é produzido. Este ponto será melhor trabalhado no item 3.2. É difícil visualizar um custo marginal quando se refere à produção de uma obra intelectual (excluindo os custos de produção).

⁹⁹⁸ LANDES; POSNER, 2005, p. 34.

⁹⁹⁹ LANDES; POSNER, 2005, p. 38. [En caso de que los costes fijos de la propiedad intelectual – los costes en que incurre antes de la primera venta – sean muy elevados, los costes marginales muy escasos, y, por tanto, los costes de copia reducidos, en ausencia de derechos de propiedad intelectual o bien no se producirá propiedad intelectual o bien el Estado debería financiarla mediante un sistema de subvenciones y remuneraciones a escritores e inventores (decimos “debería” y no “deberá” porque es posible que existan fuentes de financiación alternativas, como el patrocínio y el mecenazgo privados)].

¹⁰⁰⁰ LANDES; POSNER, 2005, p. 38.

autores e, com isso, aumentar o número de obras realizadas. Eles afirmam que a justificativa do direito de autor está justamente em controlar as externalidades existentes pelo fato de se lidar com bens públicos e, com isso, gerar um nível ótimo de proteção diminuindo o custo social e aumentando o bem estar. É o que se demonstra a seguir.

3.2. Interpretação dos direitos de autor conforme sua análise econômica

Para seguir a análise, refere-se neste item especificamente aos direitos de autor. Landes e Posner tratam de alguns conceitos aplicáveis aos direitos autorais. Primeiramente, só se protege por meio deste instituto obras expressivas, ou seja, idéias em si, efeitos técnicos, etc, não são passíveis de proteção por este instituto específico. Na criação e distribuição destas obras expressivas pode se identificar alguns custos: custo de expressão (que é o custo de criar a obra em si, que envolve o tempo do autor em se preparar, ler, escrever, revisar, etc) – que é um custo fixo; custo de produção (que a elaboração das cópias, envolvendo impressão, encadernação e distribuição) – que é um custo variável.¹⁰⁰¹

Portanto, ao se criar uma obra gera-se custos fixos, gastos por parte do autor. No caso de ausência de um regime de direitos de autor, este custo deverá ser suportado pela venda de cópias, o que levaria à majoração do custo marginal da produção das mesmas. Isto ainda teria como consequência a possível decisão do autor em não criar a obra. Os autores equiparam o editor ao autor. Este problema de recuperação de custos se torna ainda mais grave considerando que ao criar ou editar, o autor ou editor não conhece a demanda da obra. Considerando ainda que os copistas podem adiar a realização de cópias até que saibam se a obra terá sucesso ou não, os benefícios destes aumentarão consideravelmente, pois terão lucro sem custo (*free-riding*), fato que aumenta ainda mais a diferença entre preço e o custo marginal da obra original, já que terá que compensar a incerteza da demanda.¹⁰⁰²

Landes e Posner querem comprovar que a justificativa dos direitos de autor não está só na tensão incentivo/acesso como explicado acima. Inclusive, demonstram que existem fatores que podem reduzir a cópia, independente da existência de direito de autor, quais sejam:

¹⁰⁰¹ Já explanado no item 3.1, nota 33. LANDES; POSNER, 2005, p. 55-56.

¹⁰⁰² LANDES; POSNER, 2005, p. 58-60.

- a) fato da cópia ser de qualidade inferior, o que não a tornaria uma substituta perfeita da obra original - contudo, com a atual tecnologia, isto acontecerá em apenas alguns casos como quadros de artistas célebres ou softwares (cujo copiador não terá acesso às instruções ou garantia que o original fornece);
- b) o fato do copista parafrasear a obra o que também o faria incorrer em custos fixos, reduzindo, com isso, a necessidade de proteção;
- c) o ato de copiar não é imediato à colocação da obra original no mercado, contudo o avanço tecnológico diminuiu este tempo tornando mais viável a proteção por direito de autor;
- d) pode-se ainda ter alternativas contratuais, onde por meio de licenças se impeça o licenciado de copiar, todavia este fator não impede a realização de cópias generalizadas por ser impossível contratar com cada qual;
- e) a utilização de medidas de proteção tecnológicas¹⁰⁰³ (ex: criptografia), o que permite um nível de proteção superior aos direitos autorais; entretanto isto poderá gerar elevados custos sociais se impedir a possibilidade de uso eficiente (*fair use*) ou, comparado ao direito brasileiro, beneficiar-se das exceções legais;
- f) o fato de se fazer cópias pode incrementar os ganhos do autor, já que este se torna mais conhecido (maior divulgação) e poderá se apropriar indiretamente de parte do valor das cópias – a pirataria, segundo os autores, não necessariamente reduz as vendas pelo titular de propriedade intelectual;
- g) a publicação traz outros benefícios aos autores que não sejam os *royalties*, tais como consultorias, palestras, aulas, dentre outros. Isto ocorre principalmente no meio acadêmico. Entretanto, o editor não receberia estes benefícios;
- h) apesar dos avanços tecnológicos facilitarem a cópia não autorizada, eles também reduziram drasticamente o custo de produção das cópias da obra original.

¹⁰⁰³ Vários países já inseriram em seu ordenamento medidas sancionadoras àqueles que por meio de engenharia reversa tenham acesso à obra protegido por este meio. Dentre eles está os Estados Unidos que, por meio da *Digital Millenium Copyright Act*, proibiu este ato. (EUA, *Digital Millenium Copyright Act*, outubro de 1998. Disponível em: <<http://www.copyright.gov/legislation/hr2281.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2007.) A própria Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI criou dois tratados em 1996, sobre Direito de Autor e sobre Interpretação ou Execução e Fonogramas, onde impõe aos países signatários a proteção destas medidas de proteção tecnológicas. (OMPI, Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) (1996). Disponível em: <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/wct/trtdocs_wo033.html>. Acesso em: 26 ago. 2007; OMPI, Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) (1996). Disponível em: <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/wppt/trtdocs_wo034.html>. Acesso em: 26 ago. 2007).

i) em muitos setores da propriedade intelectual os custos de expressão reduziram, principalmente com o advento da Internet e a facilidade de acesso a informações.¹⁰⁰⁴

Assim, diante destes nove fatores que podem reduzir as cópias das obras intelectuais, independente de direito de autor, Landes e Posner objetivam demonstrar que a justificativa do direito de autor não está só na capacidade de proporcionar incentivos, o que não se requer direitos de autor de longa duração. Esta afirmação é reforçada ao se deparar com o fato de que anteriormente ao sistema de direitos de autor existiam figuras equivalentes. Além disso, para os referidos autores, a ausência de direitos de autor pode ser mais um benefício do que um custo, pois o autor terá acesso com mais facilidade a obras precedentes. Contudo, nos dias atuais a originalidade adquiriu grande relevância¹⁰⁰⁵, tanto que se exagera na importância dos direitos de autor “para internalizar os custos de expressão”. Assim, segundo Landes e Posner: “quanto menos se valoriza a originalidade, menor relevância tem os direitos de autor tanto para os autores como para os leitores, tendo em conta que tais direitos fomentam a originalidade”.¹⁰⁰⁶

Partindo da premissa de que o direito de autor age como instrumento para fomentar a produção de obras expressivas, é difícil afirmar se este regime é positivo ou negativo para tanto. Para os referidos autores, o que é possível é identificar as externalidades específicas que esta proteção corrige:

- a) Sem a proteção do direito de autor, os autores, editores e copistas teriam incentivos inadequados com relação ao momento concreto de adotar determinadas decisões.
- b) Com a finalidade de prolongar sua vantagem temporal, os editores seriam resistentes a promover suas obras antes da publicação e, inclusive, a anunciar as datas da publicação antecipadamente. Por sua parte os copistas teriam incentivos para instalar linhas de produção.

¹⁰⁰⁴ LANDES; POSNER, 2005, p. 60-72.

¹⁰⁰⁵ Destaca-se, neste ponto, até mudanças na própria legislação norte-americana que não concebia no *copyright* a questão da personalidade do autor, por meio de direitos morais, e começa a modificar esta visão.

¹⁰⁰⁶ LANDES; POSNER, 2005, p. 73-75. [Cuanto menos se valora la originalidad, menor relevância tienen los derechos de autor tanto para los autores como para los lectores habida cuenta que tales derechos fomentam la originalidad].

- c) Os incentivos para criar obras efêmeras seriam superiores já que no mercado criado por estes tipos de obras os lucros derivados da antecipação ao resto dos concorrentes excedem aos dos copistas.
- d) Os editores, controlando os pontos de vendas, poderiam controlar que os compradores fizessem cópias.
- e) Os dramaturgos seriam reticentes em publicar suas obras, preferindo representá-las pela dificuldade que isto geraria ao ato de copiar.
- f) Autores tenderiam a escrever obras difíceis de copiar e optariam por circular suas obras de forma muito restrita, reduzindo, com isto, o risco de cópia.
- g) Multiplicariam as restrições contratuais e tecnológicas à cópia.
- h) Os custos de proteção das obras poderiam ser muito maiores, como proteger um segredo, o que poderia incitar os copistas a arcarem com custos iguais ou superiores para ter acesso à obra.

Por outro lado, Landes e Posner destacam um problema de se proteger de forma exagerada. Um exemplo disso, segundo eles, é o reconhecimento da personalidade na proteção dos direitos autorais. Eles justificam este reconhecimento da personalidade baseado em três mudanças principais na sociedade: 1- os mercados são maiores, o que exige identificação das informações; 2- Aumenta o número de produtos e serviços oferecidos, o que incrementa o custo da informação, diminuindo a confiabilidade; 3- quanto maior a exigência por originalidade, menor é o interesse entre os escritores mais brilhantes pela imitação criativa. Os autores criticam esta mudança de visão do *copyright* para os direitos de personalidade do autor, por aumentar o nível de proteção dos direitos autorais¹⁰⁰⁷. Estas mudanças justificam os modelos hoje existentes, mas não determina o nível de proteção socialmente eficiente. Há que se lembrar que quanto menor o nível de proteção por direito de autor, os próprios autores terão mais acesso a obras precedentes, diminuindo o custo de expressão e aumentando o número de obras.¹⁰⁰⁸

¹⁰⁰⁷ Neste ponto discorda-se da posição dos autores, tendo em vista que os direitos morais, em si, não têm cunho patrimonial, apesar de poder gerar obrigações indenizatórias. E o que se está tratando no momento é o nível de proteção ótimo no mercado, ambiente no qual esta proteção da personalidade não necessariamente cria externalidades negativas para a eficiência social. Contudo, como este não é o foco principal do presente artigo, deixa-se esta discussão para outra oportunidade.

¹⁰⁰⁸ LANDES; POSNER, 2005, p. 90-94.

Portanto, para Landes e Posner, uma função primordial do direito de autor é possibilitar que se alcance um equilíbrio ótimo entre os efeitos dos direitos de autor consistentes em fomentar a criação – pois reduz a cópia – e, ao mesmo tempo, desaconselha-a – já que aumenta o custo de expressão. Segundo os autores

o sistema de direitos de autor pode corrigir certas externalidades de congestão no mercado de obras expressivas. Estes benefícios, tradicionalmente passados por alto ou negados pelos acadêmicos, devem se ter presentes em qualquer avaliação geral do valor social dos direitos de autor.¹⁰⁰⁹

Partindo desta premissa, os autores criticam o regime de proteção de direitos de autor hoje existente, afirmando que é necessário, há muito tempo, uma reestruturação, tendo em conta os conhecimentos científicos e tecnológicos recentes. Somente assim se conseguiria encontrar o nível ótimo de proteção.

Cabe agora, partindo desta função econômica do direito autoral, verificar de que forma ele poderá auxiliar como uma instituição para o processo de desenvolvimento.

4. Direito autoral: uma instituição para o desenvolvimento

Feita a análise econômica do direito autoral e tendo como objetivo a ser alcançado o desenvolvimento como liberdade, parte-se da premissa que o direito (instituição) pode ser um instrumento para este processo.

Relembrando os ensinamentos de Barral, ele destaca quatro elementos negativos na estrutura regulamentar: custos de transação; insegurança jurídica; comprometimento do planejamento; falta de transparência e liberdade¹⁰¹⁰. Ressalta também que uma ordem jurídica desejável deve ter: regras claras; tratamento equitativo aos cidadãos; necessidade de participação democrática; eficiência do judiciário. E, baseado no desenvolvimento mais abrangente, relaciona as cinco vertentes que este processo deve acontecer: econômico, social, humano, institucional e sustentável.

Como já analisado por Landes e Posner, os bens intangíveis, em si, tem um alto custo de transação, causando externalidades negativas à sociedade. Desta forma, fica clara a necessidade de se instituir um regime regulamentar que propicie a correção de

¹⁰⁰⁹ LANDRES; POSNER, 2005, p. 96-97.

¹⁰¹⁰ BARRAL, 2005, P. 54.

tais externalidades, facilitando o acesso democrático aos incentivos provenientes da criação intelectual (desenvolvimento econômico, tratamento equitativo aos cidadãos) e fomentando a circulação do conhecimento (desenvolvimento humano e social, participação democrática). Este acesso democrático está relacionado ao equilíbrio ótimo no nível de proteção, tendo em vista que, ao mesmo tempo em que se quer fomentar a criação intelectual por todos mediante a retribuição do custo de expressão, visa-se permitir o acesso maior possível ao conhecimento gerado, diminuindo o custo social gerado pelas distorções da exclusividade legal. Para tanto, é fundamental utilizar-se das limitações já existentes ao direito autoral, no caso brasileiro, reestruturando-as à realidade tecnológica e social do século XXI e deixando-as mais claras e transparentes (desenvolvimento institucional, regras claras e previsíveis).

Desta forma, uma instituição mais clara e transparente proporcionaria uma segurança jurídica para todas as pessoas envolvidas, tanto no âmbito legal como no judiciário (desenvolvimento institucional, eficiência do judiciário). Como já explanado na interpretação econômica do direito autoral, se simplesmente não existisse um sistema de direitos autorais, de alguma forma o custo de expressão deveria ser suprido, pelo Estado ou por meios alternativos, o que geraria a politização de concessão destes recursos¹⁰¹¹. Uma regulamentação clara, segura, atual e transparente possibilitaria a correção destas externalidades.

Revedo as limitações já existentes e flexibilizando-as de forma a permitir um acesso mais equitativo a todos cidadãos, compatível com os avanços tecnológicos existentes, aumenta-se o acesso o conhecimento, preparando cidadãos mais informados e capacitados para a participação junto às organizações, modelando políticas públicas e instituições mais adequadas às suas necessidades (desenvolvimento humano e social, tratamento equitativo e participação democrática).

Gerando cidadãos mais participativos e conscientes de seu papel de agentes, proporciona-se que estes sejam responsáveis por avanços importantes na sociedade como, por exemplo, o desenvolvimento sustentável, mediante educação, pesquisas básicas e aplicadas e inovação.

5. Referências bibliográficas

¹⁰¹¹ Mais uma forma de incentivar o famoso “jeitinho”.

ALDRICH, Douglas F. *Dominando o mercado digital*. Trad. Maria Withaker Ribeiro Nolf e Marisa do Nascimento Paro. São Paulo: Makron Books, 2000.

AMORIM-BORHER, Maria Beatriz; AVILA, Jorge; CASTRO, Ana Célia; CHAMAS, Claudia Inês; PAULINO, Sergio. Ensino e Pesquisa em Propriedade Intelectual no Brasil. *Revista Brasileira de Inovação*, Rio de Janeiro (RJ), 6 (2), p.281-310, julho/dezembro 2007.

Disponível em: <http://www.finep.gov.br/revista_brasileira_inovacao/decima_segunda_edicao/Ensino_e_Pesquisa_em_Propriedade_Intelectual_no_Brasil.pdf>. Acesso em 25 fev 2008.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*, 2. ed. 2. tir., Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARBOSA, Marisa Geralda. Algumas considerações acerca da indústria cultural: suas potencialidades politizadoras e reprodutoras. *Revista Urutágua*, n. 5, jan./fev./mar, 2004. Disponível em: http://www.urutagua.uem.br//005/14soc_barbosa.htm. Acesso em: 25 fev. 2008.

BARRAL, Welber (org.). *Direito e desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005.

_____. Direito e desenvolvimento: um modelo de análise. In: _____ (org.). *Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*. São Paulo: Singular. 2005. p. 31-72.

BOLDRIN, LEVINE. *Against intellectual monopoly*. 2 jan. 2008. Disponível em: <<http://levine.sscnet.ucla.edu/general/intellectual/againstfinal.htm>>. Acesso em 24 fev. 2008.

BRASIL, Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. *Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 30 mai. 2004.

BRASIL, Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. *Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 30 mai. 2004.

COSTA, Marcos; MARACINI, Augusto Tavares Rosa. *Primeiras linhas sobre o software livre*, 17 set. 2003. Disponível em: <<http://www.internetlegal.com.br/artigos>>. Acesso em 21 out. 2004.

CREATIVE COMMONS. Disponível em: <<http://creativecommons.org/about/>>. Acesso em: 25 fev. 2008.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Copyright Act. Section 107* Disponível em: <<http://www.copyright.gov/title17/92chap1.html#107>>. Acesso em: 25 fev 2008.

EUA, Digital Millenium Copyright Act, outubro de 1998. Disponível em: <<http://www.copyright.gov/legislation/hr2281.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2007.

FREE SOFTWARE FOUNDATION. Disponível em: <<http://www.fsf.org>>. Acesso em: 25 fev. 2008.

GNU, *O que é copyleft*. 20 mai. 2005. Disponível em: <<http://www.gnu.org/copyleft/copyleft.pt.html>>. Acesso em: 25 fev 2008.

GONZALEZ LOPEZ, Marisela. *El derecho moral del autor em la ley española de propiedad intelectual*. Madri: Marcial Pons, 1993.

INOVAÇÃO UNICAMP. Disponível em: <<http://www.inovacao.unicamp.br>>. Acesso em: 25 fev. 2008.

LANDES, Willian M.; POSNER, Richard A. *La estructura económica del Derecho de propiedad intelectual e industrial*. Trad. Victor Manuel Sánchez Álvarez, Madri: Fundación Cultural del Notariado, 2006.

LIPSZYC, Délia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Reimp, Buenos Aires / Ginebra: Zavalía / Cerlalc / Unesco, 2006.

MANKIN, N. Gregory. *Introdução à economia*. Trad. Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.

NORTH, Douglas C. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, México: Fondo de Cultura Económica, 2001.

OCDE, Organização para Cooperação do Desenvolvimento Econômico, 2008. Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em 24 fev. 2008.

OMPI, Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) (1996). Disponível em: <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/wct/trtdocs_wo033.html>. Acesso em: 26 ago. 2007.

OMPI, Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) (1996). Disponível em: <http://www.wipo.int/treaties/es/ip/wppt/trtdocs_wo034.html>. Acesso em: 26 ago. 2007.

REMEDI, Gustavo. *Oligopolio Global: - industria cultural global - mass media*. Disponível em: <<http://www.henciclopedia.org.uy/autores/Remedi/Oligopolio%20Global.htm>>. Acesso em: 13 abr. 2004.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. Reforma jurídica e reforma judicial no processo de desenvolvimento. In: BARRAL, Welber (org.). *Direito e desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2005. p. 13-30.

SOFTWARE LIVRE. Disponível em: <<http://www.softwarelivre.org/>>. Acesso em: 25 fev. 2008.

A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO DE AUTOR

Mário Ângelo de Oliveira

Júnior¹⁰¹²

Nathaly Dias Martins¹⁰¹³

Renata Rodrigues Sol¹⁰¹⁴

SUMÁRIO: Introdução. 1. Breve histórico acerca do direito de autor. 2. Conceituação. 3. A função social do direito de autor. Considerações finais. Referências.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a função da proteção do direito autoral dentro de uma sociedade que busca o acesso à cultura e ao conhecimento. Neste contexto, é claro o conflito de interesses público e privado. Tanto em um quanto no outro há leis que regulamentam a proteção para que ambos sejam preservados, visando, proporcionar amparo às criações autorais, com disposição principalmente na Lei dos Direitos Autorais; lado outro, possibilitam o acesso da sociedade às mesmas, o que inclusive está expresso em nossa Constituição Federal como um dos direitos e garantias fundamentais ao indivíduo. Isto posto, para que o interesse público seja preservado, os direitos dos autores sofrem uma limitação, permitindo, desta forma, que a obra criada cumpra com a sua função social. Entretanto, na realidade de nosso país as leis que beneficiam os autores não são devidamente respeitadas pela população, o que cria um novo conflito dentro da sociedade, pois ao infringir um direito de cada cidadão isolado corrompe-se o interesse de toda uma coletividade. Neste sentido, o presente trabalho faz uma análise da aplicabilidade da Lei sobre os direitos autorais dentro da sociedade

¹⁰¹² Estudante de Direito da Universidade Federal de Uberlândia – UFU.

¹⁰¹³ Estudante de Direito da Universidade Federal de Uberlândia – UFU.

¹⁰¹⁴ Estudante de Direito da Universidade Federal de Uberlândia – UFU.

brasileira, buscando enfatizar a importância dessa proteção não apenas para os artistas, mas para todos os cidadãos.

PALAVRAS CHAVE: DIREITO AUTORAL; INTERESSE INDIVIDUAL; DIREITO MORAL; FUNÇÃO SOCIAL; ESTÍMULO.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyse the protection of the copyright's role within a society that seeks access to culture and knowledge. In this context, it is clear the conflict of public and private interests. Both present laws regulating their protection and preservation, aiming to provide refuge to the creations of copyright, mainly with the Copyright Law. On the other hand, they allow the society to access these creations, what is expressed in our Federal Constitution as one of the fundamental rights and guarantees to the individual. So that the public interest is preserved, the rights of authors suffer a limitation, allowing that the work complies with its social function. However, in the reality of our country the laws that benefit the authors are not properly respected by the population, and this creates a new conflict within society, because to infringe a right of each citizen is to corrupt the interest of an entire community. In this sense, this paper makes an analysis of the applicability of the Copyright Law within Brazilian society, seeking to stress the importance of such protection not only for artists but also for all citizens.

KEYWORDS: COPYRIGHT; PERSONAL INTEREST; SOCIAL FUNCTION; MORAL LAW; STIMULATE

INTRODUÇÃO

O presente estudo visa a analisar a contradição existente entre dois direitos: o correspondente à proteção dada ao autor, isto é, direito autoral, e o que se relaciona ao interesse da sociedade no acesso à cultura.

O inciso XXII do art. 5º dispõe que “propriedade atenderá a sua função social”. Importante, primeiramente entendermos o significado, e importância do termo função social. Mesmo que o referido inciso fale da função social em relação à propriedade, analisaremos o significado de função social amplamente. Entendida como prevalência do interesse público sobre o privado, ou a prioridade do interesse coletivo em detrimento do individual, a função social é modernamente utilizada e inspira doutrinariamente nosso ordenamento jurídico.

O direito autoral nasce após um longo período de discussões para ser reconhecido, visto que em tempos antigos a propriedade da obra encontrava-se nas mãos de quem a reproduzisse, pessoa conhecida como livreiro, a qual seria analogicamente o editor atual. Após um longo tempo em que essa idéia reinava, houve a afirmação de que o direito de gozo dos frutos oriundos da obra pertence ao seu criador, sendo positivamente afirmado assim com a Revolução Francesa, na declaração do direito à propriedade, inclusive a intelectual.

Por outro lado, encontra-se o direito de toda sociedade de acesso à cultura, constituindo-se assim como prerrogativa estatal. Desta forma é dever do Estado permitir esse acesso, que caso não ocorra o ente estatal não estará cumprindo sua função de garantir o bem estar social.

Um dos principais motivos de debates e surgimento de idéias antagônicas, sobre o tema, surge a partir da concepção dos direitos autorais compreendidos numa perspectiva individualista protegidos legalmente em detrimento do interesse social.

O que se nota, portanto, é que há uma contradição entre a garantia de dois direitos. Até que ponto o direito autoral tem de prevalecer em detrimento do social? E até quando o interesse público, que neste caso insere-se no acesso à cultura, deve sobrepor-se ao interesse privado, de característica do autor? Tais indagações formam o objeto do presente estudo, que além de levantá-las, busca formar um equilíbrio para convivência pacífica desses direitos, sem que um tenha que sufocar a existência do outro.

1. BREVE HISTÓRICO ACERCA DO DIREITO DE AUTOR

A consideração das obras literárias ou artísticas como prolongamento da própria pessoa do autor ocorre desde a mais remota Antigüidade. Na Antigüidade Greco-Romana tanto povo quanto governo reconheciam ao autor o domínio sobre sua obra, como também várias homenagens. Concursos eram promovidos, os quais proporcionavam aos autores que mais se destacassem louvores em praça pública e até mesmo nomeação em altos postos na hierarquia do Estado.

Houve, porém, um período em que o direito do autor se transferiu ao livreiro, para lhe conferir a recuperação do capital investido, visto que este arcava com todo trabalho de reprodução do livro, que por ser artesanal, era muito oneroso.

A partir de então, aos editores foi concedida à titularidade das obras, obtendo como resultado uma crescente concorrência entre os mesmos, o que foi visto como uma ameaça por eles. Entretanto, em decorrência do conflito de interesses dos livreiros (eles realizavam a mesma função dos editores) na França afirmou-se o domínio dos autores sobre sua obra, assim como sua divulgação.

A princípio parece contraditório pensar que em meio a um conflito de interesses dos editores, foi proclamado o domínio dos autores em relação às suas obras. Entretanto, para que isso ocorresse o advogado Louis d'Héricourt, reivindicando em favor dos livreiros o direito de imprimir as obras de que um outro tinha obtido um monopólio, precisou afirmar a exclusividade do autor em relação aos frutos de seu trabalho.

A partir disso, portanto, teve início o princípio da propriedade literária e artística, conferida ao autor da obra, o qual se consagrou definitivamente em 1777, pela Corte francesa, constituído sob proteção estatal a partir da Revolução Francesa, pois segundo o autor Daniel Rocha “ tornava-se necessário assegurar ao autor a justa participação nos frutos produzidos pela utilização de seu trabalho criador.”¹⁰¹⁵

Em âmbito nacional, assim como na história mundial, a proteção ao direito do autor foi paulatinamente sendo introduzida. De Portugal chegavam versões em língua portuguesa dos melhores escritores internacionais, sob disfarces, eram a conhecidas imitações, as versões livres, as inspirações ou a autoria de N.N, sem fazer referência a obra original.

¹⁰¹⁵ ROCHA, Daniel. Direito de Autor, São Paulo: Irmãos Vitale, 2001. p. 59

Essa proteção teve início no século XIX e desde então vem modernizando sua legislação sobre o assunto, através dos tratados e convenções ratificados e dos acordos firmados internacionalmente. O primeiro dispositivo legal nacional sobre o assunto originou com a Lei de 11 de agosto de 1827; novas disposições ocorreram em 1830, com o advento do Código Criminal, mas civilmente só houve disposição a respeito em 1891.

Com a adoção do Código Civil em 1917, a Lei Medeiros foi ab-rogada e os direitos autorais passaram a ser tutelados no capítulo VI - Da Propriedade Literária, Científica e Artística, que conceituava os direitos autorais somente como propriedade. Em 1973, com o advento da Lei n.º. 5.988, surgiu uma nova legislação ordinária que tratava especificamente sobre os direitos autorais.

Com a pressão sobre os direitos patrimoniais exercidos pelos E.U.A. relativa ao comércio cada vez maior de direitos autorais, o Brasil se viu obrigado a assinar o Acordo TRIPS¹⁰¹⁶, uma vez que as transações comerciais de intangíveis já estavam em torno de 30% do PIB americano na década de 90 do século passado.

Em vista disso, o Brasil alterou sua lei de Direitos Autorais, derogando a anterior, criando-se a lei no. 9610/98, que contém regras mais específicas quanto ao comércio das criações intelectuais. A partir desse momento foi solidificada a existência do direito autoral no Brasil

2. CONCEITUAÇÃO

O Direito de autor é a norma jurídica que concede ao autor de uma obra os benefícios morais e intelectuais resultantes da mesma. Está inserido nos Direitos de Propriedade Intelectual¹⁰¹⁷, pois o homem utilizando de seu intelecto provoca o aparecimento de novos bens na sociedade. É tido pela doutrina sob dois aspectos

¹⁰¹⁶ O Acordo TRIPs é um tratado Internacional, integrante do conjunto de acordos assinados em 1994 que encerrou a Rodada Uruguai e criou a Organização Mundial do Comércio. Também chamado de *Acordo Relativo aos Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio* (ADPIC), tem o seu nome como resultado das iniciais em inglês do instrumento internacional.

¹⁰¹⁷ Segundo Liandra Fracalossi o Direito da Propriedade intelectual é o ramo do Direito Privado que se divide em Direito de Autor e Direito da Propriedade Industrial. O Direito Autoral visa tutelar os autores no que tange as criações do intelecto, já a Propriedade Industrial tem como objetivo criações de caráter econômico.

distintos: direito moral e direito patrimonial do autor¹⁰¹⁸, como está disposto na lei regulamentadora dos Direitos Autorais no Brasil, (Lei 9.610/98).

A propriedade intelectual abrange e dispõem matérias referentes ao direito autoral, compreendendo: obras literárias e artísticas, programas de computador, domínios na Internet e cultura imaterial. Entendido como ramo do ordenamento jurídico que protege trabalhos publicados e não publicados nas áreas da literatura, teatro, música e coreografias de dança, filmes, fotografias, pinturas, esculturas e outros trabalhos visuais de arte como programas de computador, garantindo e protegendo a expressão de idéias e reservando para seus respectivos autores o direito exclusivo de reproduzir seus trabalhos¹⁰¹⁹.

Como assevera José de Oliveira Ascensão, os bens tutelados pela Lei dos Direitos Autorais distinguem-se dos outros bens por serem bens incorpóreos que merecem o interesse do legislador por serem objeto de uma atividade lucrativa.

Para Leo Alcantara¹⁰²⁰ o direito Autoral “é um direito que a pessoa física criadora da obra intelectual tem de gozar dos benefícios morais e intelectuais resultantes da produção de suas criações”. Menciona que tais direitos têm para os criadores a mesma importância que a Lei de Patentes tem para os inventores e traduz o reconhecimento da sociedade aos seus criadores.

Apesar de tanto se falar em inovações e criações dos autores, bem observa Deise Fabiana Lange que o direito autoral não é necessariamente uma novidade e sim a maneira pela qual a criação é inserida no mundo. Sobre o assunto, ensina:

"Para que a obra mereça proteção, é necessária sua exteriorização, isto é, que seja expressada de alguma forma, pois a simples idéia, conjectura ou pensamento que não chega a ser exposto, apresentado de algum modo, está fora do âmbito de proteção desse direito.

Necessariamente a obra terá que ser original, o que não quer dizer nova. A novidade não é interessante ao Direito Autoral, mas, sim, a forma com que a obra é exteriorizada.

¹⁰¹⁸ O Direito moral envolve a imagem do autor e sua ligação com a obra, já o direito patrimonial relaciona-se aos direitos econômicos, de natureza real.

¹⁰¹⁹ http://www.museu-goeldi.br/institucional/i_prop_direitoautoral.htm

¹⁰²⁰ Deputado Federal pelo Estado do Ceará, 1999-2003.

Originalidade significa criar alguma coisa dotando-a com características próprias, traços pessoais, expondo a maneira e o ângulo com que o seu criador vê o mundo, sente e percebe as coisas, o seu lado interior, e, desta forma, o transporta para sua criação"¹⁰²¹

3. A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO DE AUTOR

Além dos Direitos Autorais serem tutelados por lei específica supracitada, vale lembrar que a Constituição Federal Brasileira, especificamente no artigo 5^o¹⁰²², trata dos direitos que os autores possuem sobre suas criações. Como ensina Luiz Otávio Pimentel e Welber Barral:

“No plano interno e mais alto da pirâmide normativa, a Constituição Federal, ao estabelecer a ordem jurídica, no título que trata dos direitos e garantias fundamentais, garante formalmente aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Brasil, entre outros, a inviolabilidade do direito à propriedade.”¹⁰²³

Para Canotilho os direitos fundamentais têm como objetivo a “função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva (1) constituem num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências na esfera jurídica individual (2) implicam, num plano

¹⁰²¹ O Impacto da Tecnologia Digital sobre o Direito de Autor e Conexos, Editora Unisinos, 1996, p. 21.

¹⁰²² BRASIL: Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Artigo 5^o:

XXVII- aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII- são assegurados, nos termos da lei: a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

¹⁰²³ BARRAL, Welber e PIMENTEL, Luiz Otávio. Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p.15.

jurídico-subjetivo, poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos de forma a evitar: agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)”¹⁰²⁴

O texto constitucional brasileiro é concebido sobre uma principal perspectiva: no decorrer de seus artigos consubstancia a prevalência e supremacia dos Direitos fundamentais, que são indispensáveis à pessoa humana, pois assegura a todos uma existência digna, igual e livre. São considerados, basicamente os previsto no caput. do art. 5º da CF os direitos individuais de vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade. Observando o corpo textual da Constituição Federal, é possível compreender a existência de direitos constitucionais explícitos e implícitos¹⁰²⁵.

O inciso XXIX, do artigo 5º supracitado merece, dentro deste contexto, maior atenção, tendo em vista que menciona que “ a propriedade atenderá sua função social”. Diante de tal preceito constitucional, especialmente por se situar dentre os princípios fundamentais norteadores de nosso ordenamento jurídico, percebe-se a relevância da propriedade, especialmente no que diz respeito ao caráter social que a constitui.

Segundo José Afonso da Silva, ao discorrer sobre a inerência do caráter social à propriedade menciona:

“ que o princípio da função social não autoriza a suprimir, por via legislativa, a instituição da propriedade privada. Contudo, parece-nos que pode fundamentar até mesmo a socialização de algum tipo de propriedade, onde precisamente isso se torne necessário à realização do princípio, que se põe acima do interesse individual.”¹⁰²⁶

A partir disso, temos que a proteção do direito do autor não deve confrontar o interesse social, sendo, portanto limitada para que seja cumprida a função social decorrente do direito à cultura e informação.

Sobre o assunto, descreve com brilhantismo Eduardo Viera Manso:

¹⁰²⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional. Coimbra: Almeida, 1993. p. 23

¹⁰²⁵ Os direitos constitucionais explícitos estão enunciados no art. 5º e seus incisos e em outros dispositivos. Sendo os implícitos dependentes de interpretação do texto constitucional. A carta Magna reconhece também direitos individuais decorrentes do regime e de tratados internacionais aderidos pelo Brasil, os quais não são considerados nem explícitos nem implicitamente enunciados.

¹⁰²⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, ed.23, Malheiros: São Paulo, 2004. p. 73

"Confrontam-se, dessa forma, dois interesses igualmente legítimos, igualmente inafastáveis, que o Estado deve atender de maneira igualmente satisfatória para ambos: de um lado, o autor, cujo trabalho pessoal e criativo (dando uma forma especial às idéias) deve ser protegido e recompensado e, de outro, a sociedade que lhe forneceu a matéria-prima dessa obra e que é seu receptáculo natural. Como membro dessa sociedade, o autor não pode opor-lhe seu próprio interesse pessoal, em detrimento do interesse superior da cultura; e como mantenedora da ordem, não pode a sociedade subjugar o indivíduo, em seu exclusivo benefício, retirando-lhe aquelas mesmas prerrogativas que o governo confere ao autor, para o favorecimento da criação intelectual, e que são instrumento de importância relevante de seu próprio desenvolvimento e de sua subsistência soberana."¹⁰²⁷

O reconhecimento da autoria é, sem dúvida, um direito inerente ao criador da obra intelectual. Entretanto, no âmbito da Internet por exemplo, a autoria de uma obra digital pode se apresentar de forma diluída, pelo fato de ser aberta à interatividade e se transformar nas mãos de diversas pessoas. Por essa razão, muitas vezes fica difícil identificar o verdadeiro autor da obra digital. Isso resta evidente se considerarmos as diversas "recombinações" feitas por artistas multimídia sobre obras de terceiros protegidas por direitos autorais, criando sempre uma obra nova, completamente diferente das obras utilizadas na sua composição.

A Lei de Direitos Autorais não deve criar obstáculos à interatividade propiciada pela Internet, sob o risco de contribuir ainda mais para o aumento da exclusão digital, que não diz respeito apenas à limitação de acesso às redes de informação, mas também ao exercício da inteligência coletiva propiciada pela tecnologia digital. De fato, a interatividade permite uma maior democratização do uso de obras intelectuais, além de incentivar a criação de formas mais dinâmicas de produção intelectual.

¹⁰²⁷ MANSO, Eduardo Vieira. *Direito Autoral; Exceções Impostas aos Direitos Autorais (Limitações e Derrogações)*. São Paulo: José Burshatsky, 1980. p. 90.

O interesse individual do autor recai principalmente sobre o valor pecuniário que toda obra proporciona. Qualquer pessoa, portanto, que pretenda obter lucro do fruto do esforço do autor, deve a este uma recompensa, do contrário estaria violando os seus direitos.

Neste contexto, a atribuição patrimonial da propriedade intelectual, que diz respeito ao direito do autor de usufruir pecuniariamente dos frutos originados de sua obra, não deve se esgotar no simples fator econômico, porque a propriedade intelectual também possui sua conceituação moral, considerada, pois, como o prolongamento do próprio espírito do autor. Tanto isso é fato, que no próprio texto da Lei 9.610/98 em seu art. 7º o legislador considera obras intelectuais como as “criações do espírito”.

O Objetivo principal desse valor pecuniário devido ao autor está na motivação que este necessita para produzir a obra, e isso de certa forma é um incentivo a sociedade, tendo em vista que cada individuo é capaz de criar.

Sobre o assunto, lembra-nos Eduardo Vieira Manso:

"Em razão do efeito cultural que toda obra intelectual tende a causar, e porque toda obra intelectual é, ao mesmo tempo, efeito da cultura, como vivida pelo seu próprio autor - é o interesse social que justifica e fundamenta a elaboração de regras positivas de direito, protetivas dela, nomeando-se seu autor o seu guardião natural."¹⁰²⁸

Entretanto, podem ser observados alguns exageros na proteção do autor em detrimento do interesse público na Lei de Direitos Autorais. Um bom exemplo está na proibição da cópia integral de uma obra, ainda que para uso privado sem finalidade lucrativa. Nesse caso, o ato é inclusive tipificado como crime, sem que haja o estabelecimento de qualquer limite quanto ao uso justificado da reprodução, o que poderia ser alegado, por exemplo, por um estudante que efetua a cópia integral de um livro pelo fato de sua edição estar esgotada.

¹⁰²⁸ MANSO, Eduardo Vieira. Direito Autoral; Exceções Impostas aos Direitos Autorais (Limitações e Derrogações). São Paulo: José Burshatsky, 1980. p. 102

É importante lembrar que nem sempre o aumento da proteção autoral à obra intelectual e da restrição ao seu uso livre representam um benefício ao indivíduo criador da obra. Muitas vezes, a defesa de uma maior proteção e restrição ao uso livre de obras intelectuais é uma bandeira da própria indústria cultural em defesa de seus interesses. É certo que o Brasil é um dos países com maiores índices de pirataria e que a mesma deve ser coibida. Mas também é certo que as políticas públicas deveriam aumentar as limitações ao direito de autor em determinadas circunstâncias, principalmente no âmbito da Internet, visando o interesse social à livre utilização de obras intelectuais protegidas e a inclusão digital como uma das formas de defesa da cidadania.

Desta feita, entende-se que a sociedade tem interesse na manutenção de um mecanismo de estímulo ao autor para que continue criando e para que lhe seja reconhecido o direito a uma remuneração pelas suas criações. Porém, não se pode admitir que, sob o argumento de uma alegada defesa do direito moral do criador, o direito de autor passe a funcionar não mais como um mecanismo de estímulo, mas como um entrave às novas formas de criação possibilitadas pela tecnologia digital.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito de autor surgiu como um privilégio inicialmente concedido aos editores para garantir um monopólio na comercialização de obras literárias. O aparecimento da imprensa foi fundamental para a construção do conceito de direito às criações literárias e artísticas.

Com a Revolução Francesa, o privilégio anteriormente concedido ao editor passa a ser de titularidade do criador da obra. Em outras palavras, o autor é erigido à condição de cidadão e, em virtude disso, tem os seus direitos reconhecidos por lei. Tais direitos têm como pressuposto a necessidade de identificação do autor em sua obra intelectual, que passa a ser considerada uma extensão de sua personalidade.

Como verificado ao longo deste estudo, percebe-se a importância de se conciliar o interesse individual do autor com o interesse da sociedade. Essa conciliação é dever do Estado que deve primar pelo interesse dos cidadãos, que muitas das vezes não possuem condições mínimas para terem acesso a obra.

Pode-se defender, por exemplo, no âmbito nacional a reprodução de algumas obras, tendo como finalidade primordial a pesquisa, devido a pouca acessibilidade econômica da população brasileira, visto que a aquisição de diversas obras literárias, muitas vezes não condiz com a realidade sócio-econômica do país.

Neste sentido, o legislador tem o dever de limitar o direito do autor para que todos os cidadãos possam desfrutar e ter acesso à cultura. Não dispensando o valor moral agregado a sua criação.

A função social é incompatível com a noção de direito absoluto, oponível a todos, em que se admite apenas a limitação externa, negativa. A função social importa limitação interna, positiva, condicionando o exercício e o próprio direito. Lícito é o interesse individual quando realiza, igualmente, o interesse social. O exercício do direito individual da propriedade deve ser feito no sentido da utilidade, não somente para si, mas para todos. Daí ser incompatível com a inércia, com a inutilidade, com a especulação.

Diante do exposto, é mister reconhecer que em se tratando de direito patrimonial do autor ainda há muitas controvérsias em relação à sua função social. Lado outro, o direito moral do autor é incontroverso e deve ser considerado como forma de incentivo à sociedade, e reconhecimento ao criador, sendo este, um meio eficaz de se buscar o desenvolvimento cultural da população brasileira.

A partir disto, com a conscientização social da importância do respeito e tutela do direito em voga, é possível alcançar o desenvolvimento intelectual do país, estando o legislador sempre atento aos valores éticos que justificam a imposição das regras jurídicas à sociedade.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVIERA. Direito autoral. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BARRAL, Welber e PIMENTEL, Luiz Otávio. Propriedade Intelectual e Desenvolvimento. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007

BRASIL: Constituição (1988). Constituição da Republica Federativa do Brasil. Brasília,

DF: Senado Federal.

CABRAL, PLÍNIO. Direito Autoral: Duvidas e Controvérsias. São Paulo: Harbra, 2000.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional. Coimbra: Almeida, 1993.

CASTRO, Lincoln Antônio de. Noções sobre Direito Autoral. Disponível em: <http://www.uff.br/direito/artigos/lac-03.htm>. Acesso em: 14 maio 2008.

FRACALOSSI, Liandra. O Direito Autoral e o acesso ao conhecimento. 44f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Centro Universitário Ritter dos Reis – UniRitter.. Porto Alegre.

LANGE, DEISE FABIANA. O impacto da Tecnologia Digital sobre o Direito de Autor e Conexos. São Paulo: Unissinos, 1996.

MANSO, Eduardo Vieira. Direito Autoral; Exceções Impostas aos Direitos Autorais (Limitações e Derrogações). São Paulo: José Burshatsky, 1980.

ROCHA, Daniel. Direito de Autor, São Paulo: Irmãos Vitale, 2001

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, ed.23, São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA JUNIOR, Osvaldo Alves. Direitos autorais: uma visão geral sobre a matéria. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1621>. Acesso em: 20 abril 2008.

**DO DIREITO AUTORAL NO SÉCULO XXI E DA NECESSIDADE DE
IMPLEMENTAÇÃO DE UM PONTO DE EQUILÍBRIO ENTRE
REPRODUÇÃO E REMUNERAÇÃO**

Jucelma Tolotti Mainardi¹⁰²⁹

Danielle Bonella¹⁰³⁰

Wagner Augusto Hundertmarck Pompeo¹⁰³¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direito autoral no Brasil. 3. O direito autoral e a economia informal. 4. A cópia de obra escrita e o direito autoral. 5. Modificação do artigo 46 da lei 9.610/98. 6. A busca pelo equilíbrio. 7. Considerações finais. Referências.

RESUMO: Vivemos em uma era de constante avanço e desenvolvimento, nos mais variados campos de conhecimento científico. O conceito de sociedade civil global se dissemina e assume diversos significados, formando uma verdadeira mistura de credos e crenças, em diferentes contextos temáticos. Numa época de mudanças globais profundas, nas quais o desenvolvimento Econômico/Financeiro é tido como forma de imposição de respeito entre Nações – mudanças estruturais na economia política mundial, instabilidade financeira global, surgimento de novos centros de autoridade e regulação que ultrapassam as fronteiras nacionais, revolução tecnológica nos meios de comunicação – a idéia de sociedade civil global aparece inicialmente como uma resposta “democratizante e civilizadora”, a qual só pode ser alcançada com a abertura do mercado interno por meio da aquisição de novas tecnologias de mercado. Ante esse progresso desenfreado e, ao mesmo tempo, necessário, a violação dos direitos autorais

¹⁰²⁹ Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Metodista de Santa Maria. / Endereço Eletrônico: jucelma.m@hotmail.com

¹⁰³⁰ Professora de Direito da FAMES- Santa Maria, integrante do grupo de pesquisas científicas da UNISC sobre Políticas Públicas de Inclusão Social, especialista em Processo Civil pela PUC/RS, especialista em Direito Municipal pela PUC/RS, mestre em Direito pela UNISC/RS

¹⁰³¹ Acadêmico do 7º Semestre do Curso de Direito da Faculdade Metodista de Santa Maria / Endereço Eletrônico: wagnerpompeo@hotmail.com

tornam-se, a cada dia que passa, mais comum. Imitações literárias, reprodução sem autorização do autor, usurpação de sua personalidade, utilização abusiva, pirataria, contrafação, suplantação da personalidade do autor e plágio são apenas algumas das constantes e infíéis atos intentados em época onde impera o jargão popular do “*nada se cria, tudo de copia*”. Dessa forma, o presente trabalho tem por escopo a análise do relatado progresso, incorporado pela sociedade de forma costumeira, em compasso com a necessidade de regulamentação das novas situações que se apresentam, adequando-se as relações jurídicas às mudanças sociais.

PALAVRAS CHAVES: Direito Autoral; Equilíbrio; Reprodução; Remuneração.

ABSTRACT : We live in an era of constant progress and development, in the most varied fields of scientific knowledge. The concept of global civil society spread and assume various meanings, forming a real mixture of faiths and beliefs in different contexts theme. At a time of profound global change, in which the Economic Development / Financial is taken as a way of imposing respect between nations - structural changes in world political economy, global financial instability, emergence of new centers of authority and regulation that transcend national boundaries, technological revolution in the media - the idea of global civil society appears initially as a response "democratization and civilisation", which can only be achieved with the opening of the internal market through the acquisition of new technologies to market. With this unbridled progress and, while necessary, the violation of rights authorship become, each day that passes, more common. Copies literary, playing without the permission of the author, usurpation of their personality, misuse, piracy, counterfeit, supplanting the personality of copyright and plagiarism are just some of the infidels and constant acts brought in season dominated by the popular jargon of "nothing is created, copies of everything. " Thus, this work has the scope of the analysis reported progress, built by the company so as usual in bar with the need for regulation of new situations that present, adjusting to the legal relations to social change.

KEYWORDS: Copyright; Balance; Reproduction; Remuneration.

1. INTRODUÇÃO:

O debate sobre a proteção aos direitos autorais no Brasil está em evidência, especialmente no que se refere a seus métodos, os quais, a cada dia que passa, são considerados mais e mais tradicionais e ultrapassados. Assim o debate em torno da Lei 9.610/98 que consolida a mais recente legislação sobre direitos autorais no Brasil está cada vez mais intenso, principalmente no que diz respeito à reprodução, tratada no Capítulo “Das Limitações aos Direitos Autorais” da referida lei.

Atualmente, a reprodução de obras intelectuais, programas de computador, fórmulas, marcas e patentes entre outras, estão facilitadas devido ao surgimento de novas tecnologias e principalmente com a rede mundial de computadores, onde conteúdos gratuitos são livremente veiculados.

Alguns doutrinadores afirmam que o debate sobre direito autoral passa pela questão da pirataria e defendem que não seria suficiente o agravamento das sanções para o crime de reprodução, sendo necessário, também o planejamento de uma política de educação para o cidadão, além de medidas econômicas que façam decair a diferença de preço entre os produtos legais e os não legais.

Vários seguimentos da sociedade, sobretudo culturais, pensam que a questão do direito autoral está intrinsecamente ligada a um equilíbrio e buscam alternativas consensuais que permitam a reprodução ao mesmo tempo em que remunerem o autor. Para se chegar a elas, a discussão democrática se faz necessária com o objetivo de se estabelecer políticas públicas dinâmicas, possibilitando alterações na legislação em vigor, e atenuando as dificuldades de participação do Estado no controle de direitos autorais.

É relevante destacar-se que a legislação de direitos autorais é imprescindível para a produção intelectual de um país e se os direitos autorais estiverem fundamentados de modo respeitável, resultarão em um incentivo maior à criação de novas obras e inventos, além propiciar segurança jurídica aos autores e inventores e maior acesso a população, promovendo a difusão cultural que é direito constitucional de todo cidadão brasileiro.

Nesta mesma direção esta posta a reflexão de Lilia Diniz:

“A Constituição de 1988 garante o direito à propriedade e assegura aos autores o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras . Quase vinte anos após a promulgação da Carta Magna, a legislação sobre direitos autorais no Brasil pouco avançou. Os recursos tecnológicos popularizados nos últimos anos – como sites de trocas de música e gravadores de CDs e DVDs – colocaram artistas, produtores e consumidores em choque. Como respeitar a garantia à propriedade intelectual e, ao mesmo tempo, difundir os bens culturais?”¹⁰³²

Assim, ressalta-se que as novidades do progresso vão sendo incorporadas pela sociedade e tornam-se costumeiras, não sendo mais possível retroceder no tempo. O mais acertado seria tentar-se regulamentar as novas situações que se apresentam, adequando-se as relações jurídicas às mudanças sociais.

2. DIREITO AUTORAL NO BRASIL:

O início do século XXI está sendo marcado pela evolução tecnológica mundial que tornou fácil a aquisição de criações culturais, principalmente de CDs e DVDs por maior número de pessoas de menor poder de compra, permitindo que estas também tenham acesso a bens culturais. Porém, no Brasil alguns destes são reproduzidos de uma maneira não permitida pela legislação brasileira, desrespeitando o direito autoral do criador.

Apesar de haver divergência entre doutrinadores, de acordo com Cavalheiro (2002)¹⁰³³, a história dos direitos autorais no Brasil é recente. A evolução da atuação do Estado na formulação legislativa dos direitos autorais é marcada por determinados fatos:

“1976: Criação do Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA), pela Lei 5.998/1973 como organismo de consulta e fiscalização do setor autoral vinculado primeiramente ao MEC e depois ao MinC”; 1990-2002: desativação do CNDA e redução

¹⁰³² INSTITUTO PARA O DESENVOLVIMENTO DO JORNALISMO, 2007, <http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/artigos.asp?cod=459JDB006>

¹⁰³³ CAVALHEIRO, 2002, http://www.unimep.br/fd/ppgd/cadernosdedireitov11/16_Artigo.html#206291

do setor, que chegou em alguns momentos a ter um único funcionário; 2003-2007: incentivo e fortalecimento do setor com a criação de uma Gerência (2003) e transformação em Coordenação-Geral (2006).”¹⁰³⁴

Hoje, os direitos autorais no Brasil, além da legislação em vigor representada especialmente pela Lei 9.610/98, estão também protegidos pela Constituição Federal¹⁰³⁵ de 1988 no inciso XXVII do artigo 5º, dispõe que "aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar".

Em nível mundial, atualmente a atenção está voltada para o debate do direito autoral. Mas é no Brasil que a discussão tornou-se mais acirrada. A questão fica mais acentuada quando se aborda o direito autoral na Internet. De imediato examinando-se a legislação de direito autoral em vigor, verifica-se que ela refere o que é permitido fazer e o que não é permitido fazer com conteúdos da Internet. É a lei do direito autoral que regula se a pessoa pode entrar no site, pegar uma imagem, por exemplo, e utilizá-la, ou seja, regula o que pode ser feito com os conteúdos que estão on-line.

3. O DIREITO AUTORMAL E A ECONOMIA INFORMAL:

Em um país como o Brasil, onde grande parte das famílias sobrevivem com um salário mínimo por mês, as opções por trabalhos regulares são limitados. Em consequência disso, a informalidade torna-se opção principal de sustento em algumas circunstâncias, pois os produtos copiados ilegalmente têm um grande volume de vendas.

Percorrendo-se, por exemplo, as calçadas mais perto do centro, principalmente das médias e grandes cidades, depara-se com a economia informal, representada, especialmente, por vendedores de CD, DVD, etc, os quais trabalham, na maioria das vezes, com produtos falsificados, ou seja, mercadoria pirateada. Mas poder-se-ia indagar se o recurso da pirataria é justo. Alguns responderiam positivamente, alegando que o produto pirata oferece um menor valor e, além disso, serve de renda para muitas famílias.

¹⁰³⁴ MINISTÉRIO DA CULTURA, 2007, <http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/direito-autoral-27-11-2007.pdf>

¹⁰³⁵ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

Um aspecto importante a ser observado é o fato do menor preço dos produtos reproduzido ilegalmente. Isto é a principal causa de preferências por tais. O valor do produto original não é bem aceito pela maioria da população. O consumidor não está disposto a pagar um valor alto por um produto que na informalidade ele adquire, por preço muito menor. Essa diferença nos preços, sem dúvida é causa a favor dos produtos piratas.

Outro aspecto diz respeito à parte social relacionada ao crime de reprodução. É claramente visível que em certas situações é por meio da pirataria de produtos que muitos chefes de família conseguem prover o sustento de seus dependentes, sem praticarem crimes graves como roubos, homicídios, etc. Nesta situação a pessoa usa o recurso da venda de produtos falsificados por uma questão de sobrevivência social. Isto resulta no favorecimento não só quem vende como também do mercado consumidor com baixo poder aquisitivo.

Assim, a economia informal de produtos reproduzidos ilegalmente através do uso de tecnologias avançadas, tornou-se um grande mercado de concorrência com produtos originais e este, precisa ser adequadamente regulado inserido na legalidade, pois de maneira contrária prevalecerá a “lei da oferta e da procura” em favor do menor preço, preterindo os direitos autorais.

4. A CÓPIA DE OBRA ESCRITA E O DIREITO AUTORMAL:

Na legislação brasileira, a cópia de livros, textos, escritos tem como regra que pode ser feita de pequeno trecho, para uso privado, realizada pelo copista, sem intuito de lucro. Porém, a expressão pequeno trecho não está devidamente explicada na lei e pode ser utilizada de forma inadequada. Então, não há uma definição exata de até que tamanho da obra poderia ser copiado. É por este motivo que a reprodução xerográfica é praticada indiscriminadamente, sem controle algum, infringindo o direito autoral.

Uma sistemática que remunerasse os autores ou editores através do recolhimento de certa quantia pela cópia xerográfica da obra seria uma boa idéia e não seria complicado se efetuar uma pequena mudança na legislação. Porém, neste ponto o debate quase não existe porque as pessoas têm por hábito fazer xerox até mesmo de obras inteiras, como que fosse uma atitude normal, sem pensar se é permitido ou proibido

legalmente, e muitas delas até podem nem ter conhecimento sobre direitos autorais. É um costume tão corriqueiro que a alternativa de se recolher um valor, mesmo que pequeno, em cada cópia que autorizasse a reprografia, para remunerar autores e editores, poderia causar impacto no cotidiano do cidadão.

Dessa forma, mesmo sendo proibida legalmente, os comerciantes e usuários continuam copiando obras por meio xerográfico. Talvez essa seja uma questão mais ligada à efetividade. Mas para se fazer cumprir o que está posto em lei, são necessários subsídios de apoio como, por exemplo, ações de repressão, recursos de equipamentos, o que, hoje, não está disponibilizado. Haveria que se elaborar linhas de ação visando à participação de órgãos fiscalizadores para a efetivação de medidas como essa. Isto seria uma tarefa complexa de ser efetuada. Uma alternativa mais viável para execução do controle sobre reprodução xerográfica poderia estar ligada à licença para copiar. Outra saída seria disponibilizar a obra escrita de forma virtual, através de autorizações do autor ou editor mediante remuneração por parte do usuário. Isso, também proporcionaria ao cidadão, um maior acesso à cultura.

5. MODIFICAÇÃO DO ARTIGO 46 DA LEI 9.610/98:

A inconveniência da legislação brasileira sobre direito autoral é que ela é muito restritiva. A lei brasileira disciplina de modo abundante o que não é permitido fazer e relaciona de maneira incipiente o que é permitido fazer. Surge, neste ponto a necessidade de uma regulamentação mais equilibrada.

Por este enfoque, então se tem hoje no Brasil, a situação das limitações aos direitos autorais expressas, principalmente no art. 46 da Lei 9.610/98, que disciplina o que se pode fazer sem infringir os direitos do criador. Contudo, estas exceções são muito taxativas e precisariam ser revistas. Há também, no Brasil, outras situações que ainda não foram regulamentadas. Então, existe a possibilidade da legislação tornar-se mais compensada.

No Brasil, a legislação especificamente sobre o ponto das exceções e limitações do direito autoral ela é diferente de outros países. Em países como Estados Unidos, a cópia de um CD adquirido licitamente é legitimamente possível. Já na legislação brasileira só é permitida a cópia de partes do CD e para uso privado, sem obtenção de

lucro e feita pelo copista. Se estes requisitos não forem atendidos, se estará violando a legislação do direito autoral existente na atualidade. O aspecto negativo é que a lei de direitos autorais de 1998 de modo geral dispõe sobre o que é proibido fazer, e um capítulo, apenas, trata do que não constitui ofensa ao direito autoral.

Então, comparando-se a lei de direito autoral brasileira com outras legislações do mundo ela é uma das mais limitativas. Também, comparando-se a atual legislação com a lei anterior de direito autoral que vigorou de 1973 a 1998, verifica-se que a lei antiga era mais ampla do que a lei que se tem hoje.

No entanto, não se pode desejar uma liberdade generalizada. O que deve existir é um equilíbrio que permita ajustar os dois lados, de uma mesma face. O lado da colaboração e do compartilhamento com o lado da exploração das obras e da devida remuneração para cada criador.

Para se alcançar esse ponto de equilíbrio, seria necessária uma pequena alteração no artigo 46 da lei brasileira, objetivando conseguir o restabelecimento do direito de cópia privada. Isto já seria a solução para várias proibições de usos que existem hoje. Então, o desafio não é tão complicado. A maior dificuldade talvez possa estar no artifício que será utilizado para se concretizar essa saída. Parece ser uma alteração modesta, mas que proposta de modo interessante poderia ter uma enorme repercussão no aspecto de segurança e para resolver o que já está posto na Internet.

6. A BUSCA PELO EQUILIBRIO:

Na atualidade não existe um modelo pronto no qual se encaixe todas as situações sobre direito autoral que surgem. No entanto, o que se busca é o estabelecimento de um estado de equilíbrio entre dois ambientes, com a tecnologia sendo aplicada tanto para reprodução como para a remuneração.

De um lado almeja-se a reprodução das criações e a divulgação que torne o conteúdo cultural conhecido. Quanto mais abrangem for feita essa difusão, especialmente através da tecnologia e normalmente pela Internet, maior será sua circulação, tornando o criador conhecido. De forma que além de haver a reprodução compartilhada, este ficará estimulado a efetuar novas produções. Isto poderia ser feito através de uma espécie de autorização do criador dizendo ao usuário os usos que ele

permite sobre sua criação e, determinando a citação da fonte para manter o direito autoral. Mas a comercialização desautorizada pelo criador não poderia ser realizada pelo usuário.

Por outro ângulo, é urgente a elaboração de uma solução legal para se empregar a tecnologia na exploração das criações para a devida remuneração do criador. No que tange principalmente a Internet, uma autorização totalmente aberta do criador permitindo a manipulação do conteúdo gerado por ele e até sua veiculação gratuita na rede, seria injusto e pouco atrativo.

A criação é um ato personalíssimo e um bem infungível que somente determinada pessoa pode realizar à sua própria maneira. É isto que diferencia um criador de outra pessoa e no seu intento ele ocupa seu tempo, sua energia física e mental, aplica seus princípios, valores, etc. Então, esse é um ponto importante e não seria justo que o esforço, a dedicação e o talento do criador não fossem reconhecidos e remunerados.

Assim, a legislação dos direitos autorais deve ser revista, apontando, talvez uma forma de licenciamento que seja um pouco mais próximo da realidade, que tenha possibilidade de se tornar efetivo e válido e que funcione na prática. Poderia ser criada uma espécie de contrato entre criador e consumidor fundamentado pela legislação autoral para a arrecadação de certo valor referente a direito autoral, com a participação do poder do Estado. Essa seria uma alternativa comercial de exploração e remuneração que se for financeiramente compensadora pode estimular a produção cultural do país.

Isto posto, a atual legislação dos direitos autorais deve ser revista promovendo a conciliação equilibrada entre tecnologia, criador, consumidor e Estado.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

O Direito Autoral consiste na proteção de trabalhos, publicados ou não, nas mais diversas áreas - seja literatura, teatro, filmes, músicas e coreografias de dança, fotografias, esculturas, pinturas e outros trabalhos visuais de arte como programas de computador (softwares) -, protegendo a expressão de idéias e reservando para seus autores o direito exclusivo de reprodução de seus trabalhos.

Nossa Constituição Federal, datada de 1988, nos assegura a tutela jurisdicional da honra e da imagem - art. 5º, incisos X e XXVIII, “a”, respectivamente - donde expressamente se transcreve que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação"; bem como, “assegurar-se-á proteção à reprodução da imagem e voz humanas”.

Diante do avanço tecnológico irrepreensível que nos acomete, nossa legislação pátria busca efetivar a proteção autoral por meio da Lei 9.610/98 e pelos artigos 184 a 186, além da Convenção de Berna, convenção internacional – Decreto 75.699/75 - da qual o Brasil resta signatário.

Nossa atual realidade dá margens a inúmeras controvérsias, uma vez que a era digital no ambiente corporativo torna nossa legislação cada vez mais defasada, embora não faça nem mesmo uma década que esta fora instituída. O Estado encontra-se permanentemente obstaculizado de definir e implementar políticas públicas eficazes no sentido de disciplinar medidas preventivas visando a proteção intelectual autoral.

É através do Ministério da Cultura – ente administrativo competente para tratar, no Estado Brasileiro, da proteção aos direitos autorais -, que se busca a valorização do trabalho intelectual, por meio de uma correta difusão intelectual, em nosso intitulado Estado Democrático de Direito.

Em uma era de globalização, existe a necessidade de nosso país firmar-se como um grande produtor de conteúdo, motivo pelo qual o Ministério da Educação vem investindo em um grande número de bens artísticos e criativos, aumentando seu orçamento e, remunerando, por meio de seleções públicas, novos bens culturais que entram em circulação, dia pós dia.

O equilíbrio ora ressaltado, diz respeito à necessidade de equalizar a balança comercial, atualmente em déficit, regularizando a relação entre autores e empresas, em benefício de um todo, Brasil. O direito autoral é um elemento capaz de converter-se em soberania, eis que o conhecimento é algo que impera ante qualquer outro fator econômico.

A necessidade de revisão de nosso sistema protetivo autoral é facilmente deflagrada pela famigerada insatisfação popular. Trocando em miúdos, tanto os autores, os quais não se sentem suficientemente protegidos e remunerados, como os

consumidores, os quais reclamam da impossibilidade de acesso a determinadas obras culturais, restam descontentes.

Dessa forma, cresce o apelo democrático no sentido de que o acesso à cultura, e não há como negar, é parte uníssona da formação humana integral. Nos séculos anteriores, a consolidação de políticas públicas protetoras que tinham por escopo a proteção autoral surgiu pela necessidade de incentivar a criação e aumentar o bem estar da sociedade. Porém, atualmente, resta clarividente que tal objetivo não vem mais sendo atingido.

Por esse motivo, deve-se dar provimento ao pensamento ora evidenciado, devendo-se, através do Estado e seus entes administrativos, contextualizar nosso atual plano de políticas públicas com o cenário nacional. É somente com a redução dos desequilíbrios e melhores distribuições de benefícios que poderão ser minimizadas as diferenças sociais, no que se refere o acesso a cultura.

Desta feita, é indubitável a necessidade de fazer frente aos desafios tecnológicos que colocam em “xeque” nossa propriedade intelectual, uma vez que, é incompatível que, em uma era de constantes avanços tecnológicos e globalizantes, o homem retroceda no tempo.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CAVALHEIRO, Rodrigo, *História dos direitos autorais na Brasil e no mundo*. São Paulo. Disponível em: <http://www.unimep.br/fd/ppgd/cadernosdedireitov11/16_Artigo.html#206291> Acesso em: 17 maio 2008.

INSTITUTO PARA O DESENVOLVIMENTO DO JORNALISMO. 2007. O direito autoral e as novas tecnologias. Disponível em: <<http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/artigos.asp?cod=459JDB006>>. Acesso em: 30 abr. 2008.

MINISTÉRIO DA CULTURA. 2007. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/direito-autoral-27-11-2007.pdf>> Acesso em: 17 maio 2008.

**DIREITO DE AUTOR, INTERNET E AS NOVAS TECNOLOGIAS:
A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL NA ERA DIGITAL**

Zauri Geraldo Severino Junior¹⁰³⁶

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Breve enfoque histórico na origem do Direito de Autor. 3. Os Desafios do Direito de Autor no Século XXI. 4. Limitações Intrínsecas do Direito de Autor. 5. A Função Social do Direito de Autor. 6. Considerações Finais. Referências.

RESUMO

Esta pesquisa pretende analisar o Direito de Autor diante dos desafios impostos pelo vertiginoso avanço tecnológico que se vivencia no século XXI, principalmente a conjugação das tecnologias digitais com a *Internet*. Os direitos autorais possuem guarida no ordenamento jurídico brasileiro, estando entre os direitos e garantias fundamentais previstos no quinto artigo da Constituição Federal de 1988, regulados atualmente pela Lei dos Direitos Autorais (Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998) e em sintonia com os Tratados, Acordos e Convenções internacionais das quais o Brasil é signatário.

Com o avanço tecnológico das últimas décadas, o equilíbrio entre esses interesses antagônicos pende cada vez mais para a esfera privada, enrijecendo a legislação em nome da proteção aos direitos do autor. O presente artigo objetiva compreender a dinâmica do equilíbrio de interesses entre o autor e a sociedade.

A lei brasileira de direitos autorais é considerada por doutrinadores e especialistas como uma das mais severas do mundo, vedando condutas sociais que grande parte da população brasileira com acesso à *Internet* e à tecnologia digital praticam diariamente. Ao rigor da lei, configura exemplo de conduta ilícita até mesmo a cópia integral de um

¹⁰³⁶ Graduando em Direito e integrante do grupo de pesquisas sobre Direito de Autor na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC.

cd de música, adquirido legalmente em loja pelo copista. Uma proibição incoerente com as facilidades que as novas tecnologias permitem.

Entretanto, os direitos autorais não são absolutos, pois embora recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro, submetem-se à Constituição Federal e aos princípios nela inseridos, tais como o princípio da função social da propriedade e os direitos à liberdade de expressão e de acesso à cultura. Pretende-se demonstrar que a função social do direito de autor não se encerra na proteção aos direitos privados do detentor de direitos intelectuais, abriga também o interesse da sociedade no desenvolvimento econômico, cultural, e tecnológico, podendo este último muitas vezes sobrelevar-se ao primeiro.

PALAVRAS CHAVES: DIREITO DE AUTOR; FUNÇÃO SOCIAL; INTERNET; TECNOLOGIA DIGITAL; PROPRIEDADE INTELECTUAL.

ABSTRACT

This research intends to analyze the Copyright Law in the face of the challenges produced by the vertiginous technological advance experienced in the XXI century, mostly the conjugation of the digital technologies with the Internet. The Copyright Law is integrated in the Brazilian legal system, standing between the fundamental guarantees and rights in the fifth article of the Federal Constitution of 1988, currently regulated by the Law of the Copyrights (Law 9,610, February 19, 1998) and in tuning with the international treaties, agreements and conventions of which Brazil is signatory.

With the technological advance from the last decades, the balance between these antagonistic interests are siding more to the private sphere, hardening the legislation on behalf of the protection to the rights of authors. The present article has as its objective the understanding of the dynamics of the balance of interests between the author and the society.

The Copyright Law of Brazil is considered among specialists as one of the most severe in the world, prohibiting social conducts practiced by the great majority of the Brazilian population that has access to the Internet and the new digital technologies. In a straight interpretation of the Law, it's an illicit conduct the full copy of a music CD, even

through legally bought by the copyist at a store. It is an inconsistent prohibition in the wake of the new possibilities allowed by the new technologies.

However, the Copyright is not an absolute law, even through being a part of the Brazilian legal system, it is submitted by the Federal Constitution and its principles, as the principle of the social function and cultural access. This article intends to demonstrate that the social function of the Copyright Law goes beyond the protection of the detainer of intellectual property rights interests, also sheltering the society's interests of economic, cultural and technological development, with possibilities of the last one being in a more preponderant position than the last one.

KEYWORDS: COPYRIGHT LAW; SOCIAL FUNCTION; INTERNET; DIGITAL TECHNOLOGIES; INTELLECTUAL PROPERTY.

1. Introdução

Até o final do século XX, é compreensível conceber pessoas que, contrárias aos primórdios da convergência digital emergente na época, optavam por manterem-se “desconectadas” da grande rede de informações da *Internet*, alheias aos acontecimentos do mundo *on-line*.

Entretanto, a convergência digital iniciada no século passado é hoje uma realidade. É irrelevante você estar *on-line* ou *off-line*, as batalhas que agora surgem no meio digital estão afetando incisivamente a todos, indiscriminadamente.

Observa-se, com base nos ensinamentos de Ronaldo Lemos¹⁰³⁷ que a relação entre direito e realidade sempre foi um tema central no pensamento jurídico. Com o advento das novas tecnologias, essa relação torna-se ainda mais importante, ao passo em que a rápida mudança que presenciamos no plano dos fatos traz consigo o germe da transformação no plano do direito.

Os direitos autorais representam na nova era digital uma das questões mais desafiadoras e instigantes para os juristas desse novo século. Suas principais instituições, forjadas no século XIX, não atendem a realidade social em que vivemos. Direitos fundamentais como a privacidade, a liberdade de expressão, a garantia de

¹⁰³⁷ LEMOS, Ronaldo. *Direito, Tecnologia e Cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005, p. 7.

acesso à cultura e, principalmente, a função social da propriedade, entram em conflito direto com as tradicionais instituições do direito de autor.

Por conseguinte, a proposta desse artigo é prover conhecimento sobre a regulação dos direitos autorais no Brasil, diante dos desafios impostos pela evolução tecnológica, que colocam em xeque um dos principais objetivos da propriedade intelectual: o equilíbrio entre o interesse particular do produtor de obra intelectual e o interesse público, da sociedade.

2. Breve enfoque histórico na origem do Direito de Autor

A Constituição Federal de 1988¹⁰³⁸, em seu artigo 5º, XXVII, prevê que “*aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar*”.

O legislador foi brilhante na escolha das palavras do texto constitucional, consagrando junto aos direitos e garantias fundamentais o Direito de Autor, originário da França pós-revolucionária. Somente após a aprovação da lei, em 24 de julho de 1793, que os autores franceses passaram a ter direitos sobre a reprodução de suas obras. Dizia o artigo 1º da lei do *droit d'auteur* de 1793:

Les auteurs d'écrits en tout genre, les compositeurs de musique, les peintres et les dessinateurs qui feront graver des tableaux ou dessins, jouiront durant leur vie entière du droit exclusif de vendre, faire vendre, distribuer leurs ouvrages dans le territoire de la République et d'en céder la propriété en tout ou en partie.¹⁰³⁹

¹⁰³⁸ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

¹⁰³⁹ FRANÇA. *Loi des 19-24 Juillet 1793*. Disponível em: <<http://www.senat.fr/rap/l05-308/l05-3084.html>> Acesso em: 06 dez. 2007.

Em uma tradução livre, lê-se que: “Os autores de escritos de qualquer gênero, os compositores de música, os pintores e os desenhistas que farão gravar quadros ou desenhos, gozarão durante a sua vida inteira do direito exclusivo de vender, fazer vender, distribuir as suas obras no território da República e transferir a propriedade em todo ou em parte”.

Foi sob a égide dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução Francesa que tal proteção ao autor fez-se possível. Outrora, o monopólio da produção das obras era dos editores ou impressores, que pagavam aos autores somente por suas obras originais, obtendo a propriedade e direito à sua reprodução.

Entretanto, a primeira proteção legislativa aos direitos autorais ocorreu na Inglaterra, na forma do *Copyright Act*, em 1710. Como lembra Jorge Renato dos Reis¹⁰⁴⁰, o Estatuto da Rainha Anne, apesar dos veementes protestos dos impressores e livreiros, veio em substituição a um privilégio real concedido, em 1557, à *Stationers Company*¹⁰⁴¹ que possuía um monopólio para publicação de livros em toda a Inglaterra. Estavam autorizados, assim, os autores, pelo Estatuto, de forma exclusiva, a imprimir e dispor de cópias de suas obras.

Statute of Anne: That from and after the tenth day of April, one thousand seven hundred and ten, the author of any book or books already printed, (...) or other person or persons, who hath or have purchased or acquired the copy or copies of any book or books, in order to print or reprint the same, shall have the sole right and liberty of printing such book and books (...)¹⁰⁴²

A base e a origem da legislação contemporânea do Direito de Autor fundamentam-se no sistema anglo-saxão *copyright*, de vocação comercial, adotado principalmente por países de tradição jurídica baseada na *common law*; e o sistema francês de *droit d'auteur*, de vocação individualista e liberal, adotado nos países de tradição jurídica continental e européia¹⁰⁴³.

¹⁰⁴⁰ REIS, Jorge Renato dos. *Os Fundamentos Teórico-Constitutivos do Direito de Autor e a Eficácia dos Seus Contratos no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito – Doutorado) – Universidade do vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo do Sul, 2004, p. 45.

¹⁰⁴¹ “*Stationers* era a expressão como eram conhecidos os livreiros e impressores na Inglaterra, verdadeiros precursores dos modernos editores. *Stationers Company* era uma poderosa corporação que defendia os interesses dos impressores e livreiros de Londres” (Reis, 2004:45).

¹⁰⁴² The Avalon Project: The Statute of Anne; April 10, 1710. Disponível em <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/eurodocs/anne_1710.htm> Acesso em 4 de novembro de 2007.

Em uma tradução livre: “Estatuto de Anne: A partir de e após o décimo dia de Abril, ano mil setecentos e dez, o autor de qualquer livro ou livros já impressos, (...) ou outra pessoa ou pessoas, que tenham adquirido o direito de cópia ou cópias de qualquer livro ou livros, a fim de imprimir ou reimprimir os mesmos, terão o direito exclusivo e a liberdade de imprimir tal livro e livros”.

¹⁰⁴³ REIS, Op. cit., p. 49.

É relevante para este estudo ressaltar que, ao conferir proteção legislativa aos direitos intelectuais dos autores, houve um rompimento com os paradigmas da época. A ruptura desencadeou alterações estruturais profundas na cultura, economia daqueles países e nos demais que os seguiram na tutela jurídica dos direitos autorais.

O Brasil, ao adotar a escola francesa do *droit d'auteur*, incorpora também a noção de sua natureza jurídica *sui generis*. A dualidade do direito moral e patrimonial que, embora autônomos, são interdependentes entre si, formando um direito único, sem precedentes jurídicos anteriores. Enquanto o primeiro possui característica inalienável, o segundo é transferível por atos entre vivos, podendo o autor optar por licenças de uso ou fazer uma cessão total ou parcial de seus direitos a terceiros.

Assim, é inegável a efetiva absorção – pelo direito brasileiro – da noção de “existência paralela” de dois direitos de natureza diversa: um pessoal (intransferível e irrenunciável) e outro patrimonial (negociável), que nascem simultaneamente, de um mesmo bem (a obra intelectual) – o que acarretaria a “hibridez” do direito de autor – e se tornou consagrada, em definitivo, com o advento da Lei 5988, de 14/12/1973, que regulou os direitos autorais no Brasil, princípio reeditado pela Lei 9610, de 19/12/1998¹⁰⁴⁴.

O Direito de Autor, segundo o notável conceito Antônio Chaves¹⁰⁴⁵, é o conjunto de prerrogativas reconhecidas por lei a todo criador intelectual sobre suas produções literárias, artísticas ou científicas, dotadas de alguma originalidade: de ordem extrapecuniária, em princípio, sem limitação de tempo; e de ordem patrimonial, ao autor, com o acréscimo, para os sucessores indicados na lei, do prazo por ela fixado.

O fundamento jurídico do Direito de Autor está na sua positivação na Constituição Federal e em lei ordinária própria. Porém, como ensina Manso¹⁰⁴⁶, após uma análise reflexiva do espírito da lei, é possível inferir que o fundamento jurídico está

¹⁰⁴⁴ COSTA NETTO, José Carlos. *Direitos Autorais no Brasil*. In: BICUDO, HÉLIO. (Org.) Coleção juristas da atualidade. São Paulo: FTD, 1998, p. 50.

¹⁰⁴⁵ CHAVES, Antônio. *Direito de Autor: Princípios Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 17.

¹⁰⁴⁶ MANSO, Eduardo Vieira. *Direito Autoral: Exceções impostas aos direitos autorais, derrogações e limitações*. São Paulo: Bushatsky, 1980, p. 24.

no interesse público de proteger a obra de criação do intelecto humano, desde que original e correspondente a uma manifestação da sociedade na qual foi concebida.

Publicada a obra adquire dimensões de um bem público, cuja utilização estritamente cultural, por isso, foge do controle do seu autor, inclusive para ser fonte de inspiração de outras obras, o que é uma de suas mais fecundas virtudes. O autor é livre para publicar ou não sua obra, segundo razões que somente dizem respeito ao seu foro íntimo. Todavia, dada à luz (tal como no parto da mulher), o novo ser terá existência própria, devendo seguir em busca de seu destino (de sucesso ou não, pouco importa), em cujo caminho cumprirá sua importante função social.¹⁰⁴⁷

Restando comprovado que o interesse público fundamenta juridicamente a tutela aos direitos do autor, estabelece-se, entretanto, a necessidade que em determinadas ocasiões, essas proteções sejam limitadas em benefício da sociedade, usufruir-se da obra. Essas limitações impostas aos possuidores de direitos autorais quanto a determinados usos são restrições, que devem ser taxativas e previstas na legislação, baseadas na função social da propriedade intelectual.

3. Os Desafios do Direito de Autor no Século XXI

A conjugação da tecnologia digital com a *Internet* pôs ao alcance da sociedade uma gama imensurável de informação. Músicas, filmes, textos, *softwares* e uma infinidade de obras intelectuais, em sua maioria protegidas por direitos autorais, circulam diariamente pela rede. Esse fenômeno é possível através da digitalização, isto é, a desmaterialização da obra intelectual, que não mais depende do seu *corpus mechanicum* para ser adquirida. Ou seja, não se faz mais necessário um suporte físico para que a obra se propague.

¹⁰⁴⁷ MANSO, Op. cit., p. 24.

A velocidade das mudanças no mundo dos fatos decorrente do avanço tecnológico é assustadora, e a *Internet* é o símbolo máximo dessa revolução digital. Essas mudanças devem, por certo, serem regradas a lume da lei, entretanto a quebra de paradigma impõe ao Direito Autoral profunda reflexão.

Como observa Lemos¹⁰⁴⁸:

Se a propriedade intelectual forjada no século XIX passa a apresentar sérios problemas de eficácia quando se depara com a evolução tecnológica, não cumpre apenas ao jurista apegar-se de modo ainda mais ferrenho aos seus institutos como forma de resolver o problema, coisa que a análise jurídica tradicional parece querer fazer. Cumpre, sim, ver as alterações que a idéia de propriedade intelectual sofre ou poderia sofrer em razão dessas transformações, enfrentando essas questões de maneira aprofundada, sob pena de se ignorar uma parcela muito grande da realidade. Por isso, se a tecnologia chamada *peer to peer*, em que um computador compartilha com outros computadores, também conectados pela internet, arquivos protegidos por direito autoral, não cabe insistir no modelo de análise jurídica tradicional, de procurar no ordenamento jurídico posto as normas jurídicas aplicáveis a essa situação, sem qualquer precedente histórico.

Segundo José de Oliveira Ascensão¹⁰⁴⁹, o hiperliberalismo selvagem em que vivemos manifesta-se, no domínio do direito de autor, pelo que se chamaria a “caça à exceções”. Toda a restrição é perseguida, invocando-se a qualificação do direito de autor como propriedade – quando, mesmo que a qualificação fosse verdadeira, nem por isso a “propriedade” deixaria de estar submetida às exigências da função social.

¹⁰⁴⁸ LEMOS, Ronaldo. *Direito, Tecnologia e Cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005, p. 13.

¹⁰⁴⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da Internet e da Sociedade da Informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 136.

Para Sérgio Vieira Branco Júnior¹⁰⁵⁰, a lei brasileira de direitos autorais, Lei 9.610/98¹⁰⁵¹, ao instituir limitações a esses direitos, não legitima diversas condutas que são diariamente verificadas. Explica o autor que, embora muito dessas condutas sejam, sob a leitura rigorosa da lei, violadoras de direitos autorais, na realidade estão a serviço da liberdade de expressão¹⁰⁵² e do acesso à cultura¹⁰⁵³, ou seja, princípios constitucionais protegidos.

Diante da discrepância entre o que dispõe na Lei dos Direitos Autorais e as práticas de uso da *Internet*, Branco Júnior aponta algumas reflexões que se fazem necessárias:

- a) a LDA tem como um de seus princípios proteger a criação intelectual a fim de evitar a reprodução indevida de obras protegidas por direitos autorais. Como se sabe, o privilégio temporário que a LDA cria em favor do autor tem como um dos objetivos permitir que o autor se remunere a partir da exploração comercial de suas obras e possa financiar novas investidas intelectuais;
- b) o desenvolvimento da cultura se auto-alimenta, na medida em que os autores se valem do repositório cultural comum para efetivar suas criações particulares e, nessa medida, haveria uma “dívida moral” dos autores com o resto da sociedade, já que foi a partir do legado social disponível que ao autor foi permitido criar sua obra. Assim, quanto mais restrito for o acesso à cultura disponível (quanto mais rigorosa for a proteção às obras intelectuais), mais restrito será o âmbito de sua reutilização e, conseqüentemente, menor o desenvolvimento cultural;

¹⁰⁵⁰ BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 2.

¹⁰⁵¹ BRASIL. Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. *Lei dos Direitos Autorais*.

¹⁰⁵² Diz o inciso IX, do artigo 5º, da Constituição Federal: “É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença”.

¹⁰⁵³ Diz o *caput* do artigo 215, da Constituição Federal: “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”.

- c) a tecnologia permite, como nunca antes fora possível, a reprodução fiel de obras intelectuais, sobretudo literárias, fotográficas e audiovisuais, sem que se possa, em muitos casos, identificar o “original” e a “cópia”. Da mesma forma, a tecnologia e a *internet* permitem que, numa abrangência jamais imaginada, a qualquer pessoa conectada à rede mundial de computadores seja possível criar uma obra intelectual original, protegível por direitos autorais, a partir da criação de terceiros – que, como visto no item anterior, é a regra e não a exceção;
- d) muitas vezes, a utilização de obras de terceiros protegidas por direitos autorais não significa uma diminuição no patrimônio do autor nem caracteriza enriquecimento indevido por parte de terceiros ou lucros cessantes para o autor – pelo contrário, pode significar difusão da obra protegida e significar, em última análise, incremento nos proventos auferidos pelo autor;
- e) embora a LDA preveja hipóteses em que os direitos autorais são limitados, tais situações não são suficientes para abarcar todas as condutas sociais em que o aproveitamento de obras alheias deve ser tolerado, sendo muitas delas já socialmente aceitas embora estejam, a rigor, ferindo o disposto na LDA;
- f) em razão dessa discrepância entre a LDA e as condutas sociais, faz-se necessário aprofundar o estudo de alternativas para tornar legítimo o uso de obras de terceiros na *internet* sem que haja violação de direitos autorais.¹⁰⁵⁴

Cumprido notar que o sistema legal de direitos autorais vem sendo utilizado cada vez mais como um instrumento de proteção aos interesses econômicos das “*Stationers*” contemporâneas, ou seja, os editores, as gravadoras e produtoras de conteúdo, ao passo

¹⁰⁵⁴ BRANCO JÚNIOR, Op. cit., p. 5.

que na maioria das vezes os direitos de exploração comercial das obras são transferidos a estes pelo autor¹⁰⁵⁵.

Quanto a crescente pressão dos interesses dos detentores de propriedade intelectual, Lemos¹⁰⁵⁶ explica que certas violações a direitos autorais passaram a ser criminalizadas, especialmente aquelas relativas à violação dos “direitos conexos”.¹⁰⁵⁷ O nosso Código Penal¹⁰⁵⁸, em seu artigo 184¹⁰⁵⁹, prevê as penas aplicáveis no caso de violação de direitos autorais e conexos.

¹⁰⁵⁵ Diz o artigo 49, da Lei 9.610/98:

“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, obedecidas as seguintes limitações:

I - a transmissão total compreende todos os direitos de autor, salvo os de natureza moral e os expressamente excluídos por lei;

II - somente se admitirá transmissão total e definitiva dos direitos mediante estipulação contratual escrita;

III - na hipótese de não haver estipulação contratual escrita, o prazo máximo será de cinco anos;

IV - a cessão será válida unicamente para o país em que se firmou o contrato, salvo estipulação em contrário;

V - a cessão só se operará para modalidades de utilização já existentes à data do contrato;

VI - não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato”

¹⁰⁵⁶ LEMOS, Ronaldo. *Direito, Tecnologia e Cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005, p. 160.

¹⁰⁵⁷ Entende-se por “direitos conexos” o direito de artistas, intérpretes, executantes, produtores, organismos de radiodifusão e outros, derivados originalmente do direito autoral, expressão utilizada em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

¹⁰⁵⁸ Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*.

¹⁰⁵⁹ Diz o artigo 184, do Código Penal:

“Violar direitos de autor e os que lhe são conexos:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1º Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 2º Na mesma pena do § 1o incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente.

§ 3º Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma, ou de quem os represente:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa”

Lemos¹⁰⁶⁰ realiza uma análise do artigo, indicando os elementos interpretativos de maior relevância frente às novas tecnologias, sobretudo em relação à troca de arquivos por meio de redes p2p (*peer-to-peer*).

Observa-se da leitura do parágrafo 4º do artigo citado que a pena não será agravada quando se tratar de cópia de obra intelectual em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto. A questão levantada por Lemos é se o *caput* deve, a despeito do disposto no parágrafo 4º continuar a ser aplicado, ou ainda, se a troca de arquivos pela *Internet* como hipótese de lucro direto ou indireto, então, conclui Ronaldo Lemos, “centenas de milhares de usuários nacionais no Brasil estariam cometendo a infração descrita pela lei”.¹⁰⁶¹

Lemos¹⁰⁶² critica o alto grau de discricionariedade que a impossibilidade de processamento criminal de todos que violem tal dispositivo acarretaria, abrindo espaço para o surgimento de motivações outras que não seja o mero cumprimento da lei, como o surgimento de bodes expiatórios, a aplicação da lei para obter efeitos políticos ou, ainda, para atender interesses alheios aos seus propósitos originais.

Para Lemos¹⁰⁶³, é de extrema relevância compreender que “*dependendo da forma como seja interpretado, o regime penal proposto no Brasil será um dos mais severos do mundo quanto à proteção de direitos relativos à propriedade intelectual*”. As conseqüências de tal interpretação geraria conseqüências políticas e econômicas, além de um fator que prejudica a inovação e o acesso legítimo à informação.

Ascensão¹⁰⁶⁴ alerta que estamos presenciando o nascimento de um Direito do Autor sem o autor, isto é, uma tutela voltada muito mais para a proteção ao investimento e não mais aos aspectos personalísticos da obra intelectual. O quadro apresentado pelo renomado autoralista português não preconiza o fim do Direito de Autor, mas uma profunda reflexão sobre a disciplina.

Sustentamos que o paradigma da propriedade intelectual, que foi repetido até à exaustão desde a viragem para o século XIX, está

¹⁰⁶⁰ LEMOS, Op. cit., pp. 160-166

¹⁰⁶¹ LEMOS, Op. cit., p. 162.

¹⁰⁶² LEMOS, Op. cit., p. 164.

¹⁰⁶³ LEMOS, Op. cit., p. 165.

¹⁰⁶⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito de Autor e Desenvolvimento Tecnológico: Controvérsias e Estratégias*. Revista de Direito Autoral da ABDA, ano I, n. I, Agosto de 2004, p. 30-31.

esgotado. É impossível continuar a pretender que o direito intelectual tem com o objetivo a defesa do criador intelectual. Porque a entender assim, seriam os aspectos mais relevantes da evolução hodierna que ficariam por explicar.¹⁰⁶⁵

“*A propriedade intelectual é o petróleo do século XXI*”, a célebre frase é de autoria de Mark Getty¹⁰⁶⁶, presidente da empresa norte-americana *Getty Images*, líder em suprimento de imagens e ilustrações, uma das maiores detentoras de propriedade intelectual do mundo. A visão empresarial de Getty, neto de um magnata do petróleo do século passado, expõe o panorama de um mundo onde corporações ergueram impérios econômicos através da capitalização da circulação de bens intelectuais.

A legislação autoral contemporânea vem privilegiando a manutenção desses monopólios econômicos. A proteção aos direitos autorais torna-se cada vez mais rígida, ao passo que as restrições previstas para preservar o equilíbrio entre o interesse privado e público, tornam-se mais escassas.

Entretanto, em um sistema jurídico que possui a Constituição Federal como prisma interpretativo, como é o caso do Brasil, é indispensável que as leis infraconstitucionais sejam lidas sob a luz da lei constitucional, e não vice-versa. Conforme denota Jorge Renato dos Reis¹⁰⁶⁷, “*é imprescindível que se tenha o texto constitucional, como norma inserida no mundo jurídico, auto-aplicável, e não somente um ideário como querem alguns*”. Conclui então que “*é necessário, assim, que se tenha as normas constitucionais jurídicas e não somente como norma morais, tendo total eficácia normativa*”.

Quanto à previsão de limitações aos direitos intelectuais, tanto na Lei dos Direitos Autorais como na Lei do *Software*, é taxativa e, portanto, não comporta interpretação extensiva. De acordo com Ascensão¹⁰⁶⁸, essa previsão *numerus clausus* dos limites do

¹⁰⁶⁵ ASCENSÃO, Op. cit., p. 155.

¹⁰⁶⁶ GETTY, Mark. *The Oil of the 21st Century*. Perspectives on Intellectual Property. Disponível em <<http://www.oil21.org/>> Acesso em: 27 nov. 07.

¹⁰⁶⁷ REIS, Jorge Renato dos. *Os Fundamentos Teórico-Constitutivos do Direito de Autor e a Eficácia dos Seus Contratos no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito – Doutorado) – Universidade do vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo do Sul, 2004, p. 267.

¹⁰⁶⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito intelectual, exclusivo e liberdade. *Revista da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, n. 59, jul./ago. 2002. Disponível em: <http://ld2.ldsoft.com.br/portal_webseek/detalhe_assuntos.asp?gint_assunto=10&gint_materia=1073&gint_pagina=13&gint_pagina_pesquisa=28> Acesso em: 28 nov. 2007.

direito de autor, principalmente no que tange o uso privado, contraria o princípio constitucional da função social da propriedade.

4. Limitações Intrínsecas do Direito de Autor

O art. 7º, *caput*, da Lei 9.610/98, enuncia que “*são obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como (...)*”.

Ao analisar o *caput* do artigo em questão, verifica-se que ao fazer referência a um rol de obras meramente exemplificativo e não taxativo, preserva-se a abrangência de proteção autoral às novas obras, advindas do desenvolvimento tecnológico. Cabe ressaltar ainda que, ao prever a fixação de obras intelectuais em suporte intangível, explicita o alargamento de proteção para as obras em ambiente digital.

A duração da proteção aos direitos patrimoniais do autor é estabelecida nos artigos 41 ao 45 da Lei 9.610/98. No art. 41, garante ao autor seus direitos patrimoniais durante toda sua vida, perdurando por mais um período de setenta anos, a contar de 1º de janeiro do ano subsequente do seu falecimento¹⁰⁶⁹. Oportuna ressalva faz Guilherme Carboni¹⁰⁷⁰, ao informar que “*a ordem sucessória do Código Civil somente será aplicada se o autor não tiver cedido total e definitivamente os seus direitos patrimoniais, na forma do art. 49, inc. II, da Lei 9.610/98*”.

Quando a obra literária, artística ou científica realizada em co-autoria for indivisível, o prazo de setenta anos referido anteriormente será contado a partir da morte do último dos co-autores sobreviventes¹⁰⁷¹, com a possibilidade de acréscimo aos direitos dos sobreviventes os direitos do co-autor que falecer sem sucessores¹⁰⁷².

¹⁰⁶⁹ Diz o artigo 41, da Lei 9.610/98: “*Os direitos patrimoniais de autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil*”.

¹⁰⁷⁰ CARBONI, Op. cit., p. 160.

¹⁰⁷¹ Diz o artigo 42, da Lei 9.610/98: “*Quando a obra literária, artística ou científica realizada em co-autoria for indivisível, o prazo previsto no artigo anterior será contado da morte do último dos co-autores sobreviventes.*”

¹⁰⁷² Diz o parágrafo único, do artigo 42, da Lei 9.610/98: “*Acrescer-se-ão aos dos sobreviventes os direitos do co-autor que falecer sem sucessores*”.

O prazo de setenta anos também é aplicado aos direitos patrimoniais de obras anônimas ou pseudônimas, contado de 1º de janeiro do ano imediatamente posterior ao da primeira publicação¹⁰⁷³. Se o autor se der a conhecer antes do término desse prazo, aplica-se o disposto no art. 41 e seu parágrafo único¹⁰⁷⁴.

As obras audiovisuais e fotográficas também receberam o mesmo prazo de proteção aos direitos patrimoniais de setenta anos, a serem contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua divulgação¹⁰⁷⁵.

Além das obras cujo prazo de proteção legal tenha expirado, estão em domínio público: (a) as obras de autores falecidos que não tenham deixado sucessores e (b) as de autor desconhecido, ressalvada a proteção aos conhecimentos éticos e tradicionais¹⁰⁷⁶.

No que diz respeito ao *software*, a Lei 9.609/98 assegura a tutela dos direitos relativos a programas de computador por um prazo de cinquenta anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente da sua publicação, ou na ausência desta, de sua publicação¹⁰⁷⁷.

As limitações aos direitos autorais são entendidas como exceções previstas em lei para o uso de obras protegidas por direitos autorais, independentemente da autorização dos detentores de tais direitos, compreendidas por Eduardo de Vieira Manso¹⁰⁷⁸ como “*uma consequência da função social das obras, atendendo ao inafastável interesse público pelo desenvolvimento cultural*”.

A respeito do artigo 46 da Lei dos Direitos Autorais, Guilherme Carboni¹⁰⁷⁹ classifica as hipóteses de classificação das limitações com o seguinte critério:

¹⁰⁷³ Diz o artigo 43, da Lei 9.610/98: “*Será de setenta anos o prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre as obras anônimas ou pseudônimas, contado de 1º de janeiro do ano imediatamente posterior ao da primeira publicação*”.

¹⁰⁷⁴ Diz o parágrafo único, do artigo 43, da Lei 9.610/98: “*Aplicar-se-á o disposto no art. 41 e seu parágrafo único, sempre que o autor se der a conhecer antes do termo do prazo previsto no caput deste artigo*”.

¹⁰⁷⁵ Diz o artigo 44, da Lei 9.610/98: “*O prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre obras audiovisuais e fotográficas será de setenta anos, a contar de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua divulgação*”.

¹⁰⁷⁶ Diz o artigo 45, da Lei 9.610/98: “*Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público:*

I - as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores;

II - as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais”.

¹⁰⁷⁷ Diz o parágrafo 2º, do artigo 2º, da Lei 9.609/98: “*Fica assegurada a tutela dos direitos relativos a programa de computador pelo prazo de cinquenta anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da sua publicação ou, na ausência desta, da sua criação*”.

¹⁰⁷⁸ MANSO, Eduardo Vieira. Utilização de obras intelectuais alheias para organização de antologias e compilação justapostas a obra original. *Revista dos Tribunais*, v. 589, nov. 1984, p. 39.

¹⁰⁷⁹ CARBONI, Guilherme. *Função Social do Direito de Autor*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 164-165.

(a) o direito à reprodução de notícia¹⁰⁸⁰; (b) o direito de imagem¹⁰⁸¹; (c) o direito dos deficientes visuais¹⁰⁸²; (d) o direito à reprodução de pequenos trechos¹⁰⁸³; (e) o direito de citação de passagens para fins de estudo, crítica ou polêmica¹⁰⁸⁴; (e) o direito ao aprendizado¹⁰⁸⁵; (f) o direito de demonstração da obra à clientela¹⁰⁸⁶; (g) o direito à representação teatral e à execução musical em domicílio e para fins didáticos¹⁰⁸⁷; (h) o direito de produzir prova judiciária ou administrativa¹⁰⁸⁸; (i) o direito de reproduzir pequenos trechos de obras preexistentes em obra

¹⁰⁸⁰ Diz as letras “a” e “b”, inciso I, do artigo 46, da Lei 9.610/98:

“Não constitui ofensa aos direitos autorais:

I. a reprodução:

a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diário ou periódico, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos;

b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza”.

¹⁰⁸¹ Diz a letra “c”, inciso I, do artigo 46, não constituir ofensa aos direitos autorais a reprodução “*de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros*”.

¹⁰⁸² Diz a letra “d”, inciso I, do artigo 46, não constituir ofensa aos direitos autorais a reprodução “*de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários*”.

¹⁰⁸³ Diz o inciso II, do artigo 46, não constituir ofensa aos direitos autorais, “*a reprodução, em um só exemplar, de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro*”.

¹⁰⁸⁴ Diz o inciso III, do artigo 46, não constituir ofensa aos direitos autorais, “*a citação em livros, jornais ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra*”.

¹⁰⁸⁵ Diz o inciso IV, do artigo 46, não constituir ofensa aos direitos autorais, “*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*”.

¹⁰⁸⁶ Diz o inciso V, do artigo 46, não constituir ofensa aos direitos autorais, “*a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização*”.

¹⁰⁸⁷ Diz o inciso VI, do artigo 46, não constituir ofensa aos direitos autorais, “*a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro*”.

¹⁰⁸⁸ Diz o inciso VII, do artigo 46, não constituir ofensa aos direitos autorais, “*a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa*”.

maior¹⁰⁸⁹; (j) o direito à paráfrase e à paródia¹⁰⁹⁰; e (k) o direito de reprodução de obras situadas em logradouros públicos¹⁰⁹¹.

O dispositivo mais polêmico e o que mais nos interessa no âmbito desse trabalho é, sem dúvida, aquele que dispõe que não constitui ofensa aos direitos autorais a reprodução, em um só exemplar, de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por ele e sem intuito de lucro (art. 46, II). Esse inciso reproduz, parcialmente, o conteúdo do art. 49, inc. II, da Lei 5.988/73¹⁰⁹², porém com uma substituição que altera profundamente o intuito da prévia norma que regulava os direitos autorais.

Um exemplo que pode ser feito é que, quando ainda vigorava a Lei 5.988/73, uma obra literária inteira poderia ser copiada, desde que não se destinasse à utilização com intuito de lucro. Desde que a Lei 9.610/98 passou a vigorar, não se pode mais copiar um livro inteiro, mas apenas pequenos trechos, ainda que para uso privado e sem intuito de lucro, sob pena de essa reprodução caracterizar infração aos direitos autorais.

Observa Guilherme Carboni¹⁰⁹³ que não há qualquer referência à possibilidade de reprodução intelectual completa para fins educacionais, didáticos ou de pesquisa, o que seria imprescindível para o desenvolvimento cultural e científico. Conclui o autor que “*quem perde com isso não é somente o estudante, o pesquisador ou o cientista, mas em última instância, o próprio país*”.¹⁰⁹⁴

Eliane Yachouch Abrão também tece crítica à restrição das limitações dos direitos autorais:

¹⁰⁸⁹ Diz o inciso VIII, do artigo 46, não constituir ofensa aos direitos autorais, “*a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores*”.

¹⁰⁹⁰ Diz o artigo 47, da Lei 9.610/98: “*São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito*”.

¹⁰⁹¹ Diz o artigo 48, da Lei 9.610/98: “*As obras situadas permanentemente em logradouros públicos podem ser representadas livremente, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais*”.

¹⁰⁹² Diz o inciso II, do art. 49, da Lei 5.988/73, não constituir ofensa aos direitos do autor “*a reprodução, em um só exemplar, de qualquer obra, contando que não se destine à utilização com intuito de lucro*”.

¹⁰⁹³ CARBONI, Guilherme. *Função Social do Direito de Autor*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 168.

¹⁰⁹⁴ CARBONI, Op. cit., p. 169.

A lei 9.610/98 não distingue entre livros postos à disposição do público e os retirados de circulação. Livros, discos ou obras de qualquer natureza, de grande valor histórico, cultural e científico são, muitas vezes, encontrados apenas em distantes bibliotecas públicas ou acervos particulares. Essa carência na disponibilização da obra é prejudicial ao desenvolvimento das artes, ciência e cultura, que é o objetivo declarado dos direitos de autor. Entretanto, solução normativa para isso não existe, necessitando esforços dos legisladores no encontro de uma fórmula satisfatória, que garanta maior acesso do público à obra, sem prejuízo de seus titulares.¹⁰⁹⁵

Para Sérgio Vieira Branco Júnior¹⁰⁹⁶, as limitações elencadas pela Lei de Direitos Autorais são insuficientes para abarcar, no ambiente virtual da *Internet*, o modo como boa parte de seus usuários vem fazendo uso de obras de terceiros. Para o autor, as disposições legais da Lei de Direitos Autorais “não encontram respaldo social, e sabe-se que o Direito deve servir, primordialmente, a proteger condutas socialmente aceitas”.¹⁰⁹⁷

Dessa forma, com o advento da LDA, e diante de seus termos estritos, muitas condutas praticadas diariamente estão, a rigor, diante da interpretação literal da lei, eivadas de ilegalidade. Afinal, pelo que determina a LDA, deixou de ser possível copiar um filme em vídeo para uso particular, gravar um CD – legitimamente adquirido – na íntegra para ouvir em *ipod* ou no carro ou, ainda, reproduzir o conteúdo integral de um livro com edição esgotada há anos.¹⁰⁹⁸

¹⁰⁹⁵ ABRÃO, Eliane Yachouch. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Brasil, 2002, p. 148-149.

¹⁰⁹⁶ BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 66.

¹⁰⁹⁷ BRANCO JÚNIOR, Op. cit., p. 3.

¹⁰⁹⁸ BRANCO JÚNIOR, Op. cit., p. 80.

A Lei do *Software* também estabelece limitações ao direito de autor no que diz respeito aos programas de computador, dispostas na forma do artigo 6^o¹⁰⁹⁹ da referida lei. A previsão de limitações, tal como na Lei 9.610/98, é *numerus clausus* e, por conseguinte, não deriva interpretação extensiva.

Entretanto, como é bem lembrado por Branco Júnior¹¹⁰⁰, não há direitos absolutos. No caso específico do direito de autor, será necessário confronta-lo com a previsão de diversos outros princípios constitucionais, tais como o da função social da propriedade, do acesso à cultura e o da liberdade de expressão, entre outros.

Gustavo Tepedino¹¹⁰¹ tece comentários sobre o surgimento de leis e estatutos específicos paralelos ao Código Civil, entre os quais figura a Lei dos Direitos Autorais, observando que a proliferação de leis especiais seria o reflexo da inelutável multiplicação de grupos sociais em ascensão, de corporações, e de centros de interesses novos e diversificados que passar a habitar o universo jurídico. É nesse cenário, porém, que a Constituição Federal deve assumir sua vocação de unificadora do sistema. Conclui o autor:

Diante do novo texto constitucional, forçoso parece ser para o intérprete redesenhar o tecido do direito civil à luz da nova Constituição.

De modo que, reconhecendo embora a existência dos mencionados universos legislativos setoriais, é de se buscar a unidade do sistema, deslocando para a tábua axiológica da

¹⁰⁹⁹ Diz o artigo 6^o, da Lei 9.609/98:

“Não constituem ofensa aos direitos do titular de programa de computador:

I - a reprodução, em um só exemplar, de cópia legitimamente adquirida, desde que se destine à cópia de salvaguarda ou armazenamento eletrônico, hipótese em que o exemplar original servirá de salvaguarda;

II - a citação parcial do programa, para fins didáticos, desde que identificados o programa e o titular dos direitos respectivos;

III - a ocorrência de semelhança de programa a outro, preexistente, quando se der por força das características funcionais de sua aplicação, da observância de preceitos normativos e técnicos, ou de limitação de forma alternativa para a sua expressão;

IV - a integração de um programa, mantendo-se suas características essenciais, a um sistema aplicativo ou operacional, tecnicamente indispensável às necessidades do usuário, desde que para o uso exclusivo de quem a promoveu”.

¹¹⁰⁰ BRANCO JÚNIOR, Op. cit., p. 118.

¹¹⁰¹ TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. *Temas de Direito Civil*, 3^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 12.

Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil.¹¹⁰²

Carboni¹¹⁰³ explica que por restrições intrínsecas deverão ser consideradas as limitações estabelecidas em lei, bem como o próprio objeto e a duração do direito de autor. As restrições extrínsecas dizem respeito à aplicação ao direito de autor de princípios de direito, como a função social da propriedade e dos contratos e a teoria do abuso de direito. Todas essas restrições têm como intuito regular a função social do direito de autor.

5. A Função Social do Direito de Autor

Lembra Carboni¹¹⁰⁴ que foi através da “*erupção do sistema individualista, chegou se à função social*”. Ressalta o autor que a visão da função social da propriedade passa pelo redimensionamento do direito de propriedade, ou seja: a função social da propriedade não é somente mais um limite aos poderes proprietários, mas toda uma mudança estrutural de sua concepção, do ponto de vista interno.

O pensamento de outros doutrinadores, tais como José Afonso da Silva¹¹⁰⁵, corroboram com a idéia de que a função social faz parte da própria estrutura do direito, não sendo, portanto, uma limitação do direito de propriedade.

A Constituição Federal prevê, no capítulo que consagra os direitos e garantias fundamentais, em seu artigo 5º, incisos XXII¹¹⁰⁶ e XXIII, que é garantido o direito de propriedade, e que este atenderá sua função social. Já mais adiante, no capítulo que delineia os princípios da ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os

¹¹⁰² TEPEDINO, Op. cit., p. 13.

¹¹⁰³ CARBONI, Guilherme. *Função Social do Direito de Autor*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 97.

¹¹⁰⁴ CARBONI, Op. cit., p. 176.

¹¹⁰⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 254.

¹¹⁰⁶ Diz os incisos XXII e XXIII, do artigo 5º da Constituição Federal:

“*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: (...).*

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social”.

ditames da justiça social, observados determinados princípios, dentre os quais o elencado no III inciso do artigo 170¹¹⁰⁷, a função social da propriedade.

Para José de Oliveira Ascensão¹¹⁰⁸, “quando se fala em propriedade na Constituição abrangem-se todos os direitos patrimoniais privados”. Por conseguinte, ele explica, “os direitos de exclusivo, que representam em si indesejáveis monopólios, não pode deixar de estar sujeitos a limites que os reconduzem ao interesse social”.

Bem ressalta Carboni¹¹⁰⁹ ao dizer que, embora se entenda por função social do direito, antes de tudo, como uma forma de interpretar o direito, em vista a obtenção de soluções mais adequadas a situações novas como o advento das novas tecnologias, cabe ao judiciário brasileiro começar a aplicar o princípio da função social da propriedade ao direito de autor, nos casos que o justifiquem, pois, não há até o momento qualquer julgado nesse sentido em nosso país.

O nosso Código Civil prevê, nos artigos 421¹¹¹⁰ e 2.035, parágrafo único¹¹¹¹, o princípio da função social dos contratos. Miguel Reale¹¹¹² entende que “o reconhecimento da função social do contrato é mero corolário dos imperativos constitucionais relativos à função social da propriedade e à justiça que deve presidir à ordem econômica”.

Para Guilherme Carboni¹¹¹³, o fato de o direito de autor estar se transformando em uma poderosa ferramenta para a proteção – primordialmente – da indústria da cultura e do entretenimento, implica um exame mais acurado dos negócios jurídicos no que tange

¹¹⁰⁷ Diz o inciso III, do artigo 170 da Constituição Federal:

“A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...).

(...)III - função social da propriedade”.

¹¹⁰⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito intelectual, exclusivo e liberdade. *Revista da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, n. 59, jul./ago. 2002, p. 48. Disponível em: <http://ld2.ldsoft.com.br/portal_webseek/detalhe_assuntos.asp?gint_assunto=10&gint_materia=1073&gint_pagina=13&gint_pagina_pesquisa=28> Acesso em: 28 nov. 2007.

¹¹⁰⁹ CARBONI, Op. cit., p. 180.

¹¹¹⁰ Diz o artigo 421, do Código Civil, que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social”.

¹¹¹¹ Diz o parágrafo único, do artigo 2.035, do Código Civil, que “nenhuma convenção prevalecerá se contraria preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

¹¹¹² REALE, Miguel. *O projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 32.

¹¹¹³ CARBONI, Guilherme. *Função Social do Direito de Autor*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 186.

ao equilíbrio de poder entre as partes, visando tornar o contrato justo para as mesmas, em respeito ao princípio da função social do contrato.

Carboni¹¹¹⁴ diz que “a interpretação restritiva de contratos em matéria de direitos autorais deve conviver com o princípio da função social do contrato, pois um não exclui o outro”. Enquanto a interpretação restritiva determina que tudo aquilo que não foi previsto nos termos do contrato deve permanecer com o autor, a função social do contrato, aplicada aos direitos autorais, deve corrigir distorções, de forma a restabelecer o equilíbrio e o poder entre as partes contratantes.¹¹¹⁵

Para Sérgio Vieira Branco Júnior¹¹¹⁶, é evidente que a vontade do autor deverá ser respeitada e restará soberana, desde que também o autor observe os mesmos princípios legais a que estão sujeitos os usuários de sua obra. Segundo ele, a propriedade não pode mais ser concebida por meio de conceitos oitocentistas e por isso não deve ser encarada como um direito absoluto, devendo ser exercida em conformidade com sua função econômico-social.

Este estudo vale-se do ensinamento de Carboni¹¹¹⁷, ao entender que a função social do direito de autor tem por objetivo corrigir o instituto para que se firme como um instrumento necessário ao desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico, e não como um fim em si mesmo.

6. Considerações Finais

O avanço tecnológico iniciado no século passado segue a ritmo cada vez mais acelerado no século XXI. O acesso à cultura e informação alcança níveis nunca antes imaginados, em proporções que ainda não podem ser completamente compreendidas, e provavelmente nunca serão.

Diante dessa renascença cultural, os benefícios a curto e longo prazo ao interesse social coletivo só podem ser comparados ao crescente temor destes verdadeiros impérios fundados na detenção de direitos autorais, pressionam por leis mais severas para aplacar a ameaça que as novas tecnologias tornaram-se ao seu velho

¹¹¹⁴ CARBONI, Op. cit., p. 238.

¹¹¹⁵ CARBONI, Op. cit., p. 238.

¹¹¹⁶ BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 180.

¹¹¹⁷ CARBONI, Op. cit., p. 240.

modelo econômico. É necessário que a lei dos direitos autorais deixe de atender a interesses alheios e resgate o verdadeiro espírito do Direito de Autor: o equilíbrio entre a proteção dos direitos do criador intelectual e a proteção aos interesses da sociedade.

A propriedade intelectual deve, como qualquer outra propriedade no Brasil, cumprir seu princípio constitucional da função social, promovendo assim o desenvolvimento. Ou corre-se o risco de em nome da manutenção de monopólios econômicos de poucos, sofrer a estagnação cultural do todo.

REFERÊNCIAS:

ABRÃO, Eliane Yachouch. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Brasil, 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da Internet e da Sociedade da Informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Direito de Autor e Desenvolvimento Tecnológico: Controvérsias e Estratégias. *Revista de Direito Autoral da ABDA*, ano I, n. I, ago. 2004.

_____. Direito intelectual, exclusivo e liberdade. *Revista da ABPI*, n. 59, jul./ago. 2002. Disponível em: <http://d2.ldsoft.com.br/portal_webseek/detalhe_assuntos.asp?gint_assunto=10&gint_materia=1073&gint_pagina=13&gint_pagina_pesquisa=28> Acesso em: 28 mar. 2007.

BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Lei n. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. *Lei do Software*.

_____. Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. *Lei dos Direitos Autorais*.

CARBONI, Guilherme. *Função Social do Direito de Autor*. Curitiba: Juruá, 2006.

CHAVES, Antônio. *Direito de Autor: Princípios Fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

COSTA NETTO, José Carlos. Direitos Autorais no Brasil. In: BICUDO, HÉLIO. (Org.) *Coleção juristas da atualidade*. São Paulo: FTD, 1998.

GETTY, Mark. *The Oil of the 21st Century: Perspectives on Intellectual Property*. Disponível em <<http://www.oil21.org/>> Acesso em: 15 mar. 08.

LEMOS, Ronaldo. *Direito, Tecnologia e Cultura*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

MANSO, Eduardo Vieira. *Direito Autoral: Exceções impostas aos direitos autorais, derrogações e limitações*. São Paulo: Bushatsky, 1980.

REALE, Miguel. *O projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986.

REIS, Jorge Renato dos. *Os Fundamentos Teórico-Constitutivos do Direito de Autor e a Eficácia dos Seus Contratos no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito – Doutorado) – Universidade do vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo do Sul, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. *Temas de Direito Civil*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

A IMPORTÂNCIA DA PROTEÇÃO JURÍDICA AO SOFTWARE POR MEIO DOS DIREITOS AUTORAIS

Marcelo André Marchezan¹¹¹⁸

Alessandra Duarte Batista¹¹¹⁹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A evolução histórica dos direitos autorais. 3. A evolução normativa do software no Brasil. 3.1. Conceito de software. 4. Faculdade do registro do software. 4.1. A eficácia declaratória do registro. 5. Considerações finais. Referências.

RESUMO

O presente trabalho aborda a proteção jurídica do *software* no ordenamento jurídico nacional e internacional.

Sobre a evolução histórica dos direitos autorais, são levantadas algumas abordagens desde a Antiguidade até os nossos dias, assim como, a evolução normativa do *software* no Brasil, onde conceitua e descreve o *software* e a sua garantia de proteção oferecidas na legislação brasileira e estrangeira, bem como, a relevância e a eficácia declaratória do registro, sua importância para o empresário, para a economia interna e para o Sistema Nacional de Propriedade Industrial.

Reflete a importância de uma política nacional de propriedade, uma vez que o Brasil é signatário dos principais instrumentos jurídicos de Direito Internacional relativos à propriedade intelectual.

A evolução econômica enfatiza a segurança jurídica das instituições que atuam no segmento tecnológico, sobretudo no setor do desenvolvimento de programas de computador.

¹¹¹⁸ MARCHEZAN, André Marcelo. Bacharel em Direito. Autor.

¹¹¹⁹ BATISTA, Duarte Alessandra. Especialista em Gestão da Qualidade Total, Economista e Bacharel em Direito. Co-autora.

Pondera sobre a importância dos registros de software no Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, para a proteção jurídica dos autores e para o sistema nacional de inovação tecnológica, implementadas através dos softwares.

Procura considerar a atuação do INPI nos depósitos de programa de computador que passarão a ser publicados na Revista de Propriedade Industrial (RPI), com seus dados bibliográficos completos, tipo de programa que se refere (classificação) e o seu número de identificação, visando à publicidade das informações sobre os pedidos depositados.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO AUTORAL; PROPRIEDADE INTELECTUAL; REGISTRO DE SOFTWARE; PROGRAMA DE COMPUTADOR; INOVAÇÃO TECNOLÓGICA.

ABSTRACT.

This work discusses the legal protection of software in the national and international legal systems.

Some issues on the historical evolution of copyright from Antiquity to the Present are discussed. The normative evolution on software in Brazil is described, including the conceptualization of software in legal documents and its protection under Brazilian and foreign laws. The relevance and declaratory effectiveness of software registration are pondered, as well as its importance for the entrepreneurs, for the internal economy, and for the Industrial Property National System.

The article reflects on the relevance of a national policy on intellectual property, since Brazil is a signatory of the main legal instruments on copyright in International Law.

The economic evolution emphasizes the legal security of institutions that deal in the technological segment, especially in the sector of computer software development.

The paper also outlines the reasons for registering software in the Brazilian National Institute of Industrial Property – INPI – as a means

for legal protection for authors and for the national technological innovation system.

The role of INPI is considered, especially with regard to the deposit of computer program code, which from now on will be published on the Revista de Propriedade Industrial (RPI), with complete bibliographical data, kind of program (classification), and its identification number, aiming toward the appropriate publicity of information on the deposits.

KEYWORDS: COPYRIGHT; INTELLECTUAL PROPERTY; SOFTWARE REGISTRATIO; COMPUTER PROGRAM; TECHOLLOGICAL INNOVATION.

1. INTRODUÇÃO

A pesquisa realizada sobre os direitos de propriedade intelectual aponta as formas de proteção dos *softwares* pelos direitos autorais.

O tema terá como foco principal a relevância da proteção jurídica aos ativos intangíveis, caracterizados aqui como programas de computador. O trabalho conceitua o direito autoral e discorre a respeito da importância da proteção jurídica do *software*, tratando-a não como um privilégio, mas como um direito decorrente de esforço e trabalho intelectual. Ao final, consta a apresentação da proteção jurídica do *software* no Brasil.

Para o desenvolvimento econômico e cultural de uma nação, essa questão tem grande relevância, pois, com a celeridade dos dias atuais, é necessário estar atento à legislação vigente, aproveitando determinados segmentos de mercado ainda não explorados e que, acima de tudo, necessitam de proteção.

Demonstra a importância do registro dos programas de computador no Instituto Nacional da Propriedade Industrial e a forma com que o INPI encara atualmente o sistema de registros de programa de computador (INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL, 2006).

Por se tratar de um tema vasto e controverso, optou-se por fazer considerações gerais, porém sempre visando trazer à tona uma reflexão mais apurada sobre o assunto.

2. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS AUTORAIS

Desde a Antigüidade, o direito autoral, embora ainda não positivado, possuía uma proteção moral perante a sociedade.

Trata-se de um direito concedido ao criador de uma obra original de caráter intelectual ou artístico de paternidade, como, por exemplo, obras literárias, musicais, teatrais, esculturas, pinturas, desenho artístico e arquitetônico, fotografias, *software*, entre outros (ÁVILA, 2005, p. 12).

O direito autoral surgiu como uma fonte de proteção jurídica do conhecimento e da cultura de um povo. Plínio Cabral (2003, p. 5) afirma que, por meio da Convenção de Berna, a partir do Estatuto da Rainha Ana, “a cultura e o conhecimento constituem patrimônio nacional a ser estimulado e protegido, o que provocou a ação legal de quase todos os países da Europa, preocupados em defender seus interesses na consolidação da hegemonia dos Estados nacionais”.

De acordo com Ascensão (1997, p. 4), o direito autoral “[...] surge com o estatuto da rainha Ana, na Grã-Bretanha, em 1710. [...] Só no final do séc. XIX os juristas alemães levaram até o fim a idéia da imaterialidade da obra literária. Surge assim a concepção pura dos direitos sobre bens incorpóreos”.

Desde então, realizaram-se vários tratados e congressos internacionais para alavancar o tema referente ao direito autoral, como aponta Cabral (2003, p. 19):

Em 1858 realizou-se, em Bruxelas, um Congresso Internacional. Foi uma reunião ampla com a participação oficial e não oficial de muitos países, além de escritores, professores, cientistas e jornalistas. Ele teve o mérito de lançar as sementes e as bases para uma apreciação internacional dos direitos de autor, mas não teve continuidade e nem conseqüências imediatas.

Em setembro de 1886, realizou-se em Berna a 3ª Conferência Diplomática sobre direitos autorais, cuja ata vem a constituir, finalmente, a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literária e Artística (CABRAL, 2003, p. 6).

Para Barbosa (2008, p. 1):

A partir de 1870, apareceram as primeiras leis destinadas a estimular as criações literárias, artísticas e científicas, cuja intenção não era favorecer nenhuma das indústrias então existentes. Pelo contrário, o propósito das novas legislações era, em primeiro lugar, proteger os autores do excesso de poder econômico (e técnico) dos empresários gráficos, e em segundo lugar, promover a criatividade intelectual.

Pereira, Pimentel e Mehlan (2003, p. 7) dizem que, a partir do século XIX, começaram a surgir tratados internacionais relacionados ao direito autoral em convenções como as de Paris e de Berna. Para Basso (2000, p. 10), “com o aparecimento de Organizações Internacionais, após a Segunda Guerra Mundial, foi criada a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), em Estocolmo, que passaria a direcionar e administrar as normas estabelecidas nas convenções anteriores”.

3. A EVOLUÇÃO NORMATIVA DO SOFTWARE NO BRASIL

Embora não exista para os estudiosos um conceito de programa de computador definitivo, alguns conceitos são aceitos como adequados para a realidade atual. A constante evolução requer que os conceitos de programa de computador evoluam na mesma velocidade da tecnologia de software. Para tanto, é importante conhecermos os principais conceitos da atualidade.

3.1. Conceito de software

A definição legal do que é um programa de computador está disposta no art. 1º da Lei n. 9.609/98, que, conforme Blum (2001, p. 613), assim prevê *in verbis*:

Art. 1º Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego

necessário em máquinas automáticas de tratamento de informações, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnicas digitais ou análogas, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.

Para Barbosa (2008, p. 9), essa definição expressa em lei foi feita nos moldes de uma redação mais analítica do que a lei americana, seguindo a norma brasileira os moldes das leis da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI).

Blum (2001, p. 613) interpreta a lei dizendo “que é possível afirmar que o ponto diferencial entre dois programas é a sua expressão, isto é, a forma pela qual o conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificado [código-fonte] se apresenta ao usuário”.

Para Cerqueira (2000, p. 20-21), “programa de computador é um conjunto de instruções que faz uma máquina trabalhar para fins determinados. Nada mais que isso. [...]”. São palavras dele:

Software é bem de comércio que independe do meio físico que o conduz, podendo ser comercializado sem a utilização de meio físico, como já se viu. É adquirido para prestar um serviço, processar informações e gerar outras informações que façam movimentar máquinas para um fim determinado – até que os programas mais avançados, como é o caso dos programas de Inteligência Artificial, já não mais estabeleçam fins determinados, mas as máquinas formulem raciocínios dedutivos, indutivos e outras espécies de conclusões, lógicas e acessem bases de conhecimento, aprendendo com a experiência e tomando decisões.

Para Barbosa (2008, p. 8), “a expressão *software* se aplica ao programa de computador propriamente dito, seja a descrição do programa, seja a documentação acessória, sejam vários destes elementos juntos”.

O primeiro juízo que surge, ao se tentar listar os componentes do *software*, é o da sua restrição como código-fonte de programação para interação com o *hardware*. Essa máxima não exaure a proteção conferida ao *software*. Além da existência do código-fonte e do objeto, o *software* abrange da mesma forma os materiais relacionados a ele no seu desenvolvimento, podendo, assim, serem consideradas as descrições do programa e todos os esclarecimentos compreensíveis ao ser humano que lhe possibilitam a interação com o programa, como, por exemplo, o manual de instruções.

Para Pereira (apud BRANCHER, 2003, p. 15-16):

A Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) coloca software dimensionado em três categorias: o programa de computador, a descrição do programa e o material que proporciona o entendimento e a aplicação do programa. Além dela, autores como Arnoldo Wald, Antonio Chaves, José de Oliveira Ascensão, Eugen Ulmer e Gert Kolle adotam como referência a mesma publicação nº 814 dos Dispositivos Padrão sobre a proteção do software (OMPI), cuja divisão em três classes é disposta a seguir:

- a) o programa de computador, que consiste num conjunto de instruções capaz de, quando incorporadas num meio legível por máquina, que disponha de capacidade para processar informações, indique, realize ou execute uma determinada função, tarefa ou resultado;
- b) a descrição do programa, que representa uma apresentação completa de procedimento, em forma verbal, esquemática, ou de outro tipo, suficientemente detalhada de modo a determinar um conjunto de instruções que constitui um programa de computador correspondente;
- c) o material de apoio, ou melhor, qualquer material, afora o programa de computador ou a descrição do programa, criado no sentido de auxiliar o entendimento ou a aplicação de um

programa de computador, como, por exemplo, descrições de problemas e instruções do usuário.

Segundo Blum (2001, p. 613), “o software é uma obra imaterial que necessita de suportes físicos para se tornar perceptível e possuir funcionalidade”.

Para a Associação Brasileira das Empresas de *Software* (2006, p. 1):

Software (ou programa de computador) é um conjunto de instruções lógicas, desenvolvidas em linguagem específica, que permite ao computador realizar as mais variadas tarefas do dia-a-dia de empresas, profissionais de diversas áreas e usuários em geral.

Até a década de oitenta no Brasil, segundo Brancher (2003, p. 25), a proteção do *software* em termos legislativos permaneceu inerte, apesar do consenso internacional cada vez mais freqüente de que a proteção adequada para aplicabilidade seria a de direitos autorais.

Em 1987, a Lei n.º 7.646 estabeleceu os mecanismos jurídicos “para que seja combatida a contrafação – utilização indevida ou não autorizada dos programas de computador –, sendo tal prática passível de sanções tanto pela via cível quanto pela penal”. Com a necessidade de a legislação nacional estar em harmonia com os acordos internacionais que regulamentam o assunto, a Lei n.º 7.646/87 foi revogada em 19 de fevereiro de 1998, sendo substituída pela atual Lei n.º 9.609 e, logo após, regulamentada pelo Decreto n.º 2.556, de 20 de abril de 1998 (INPI, 2006, p. 1).

A Lei n.º 9.609 dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador e sobre a sua comercialização no país, com aplicabilidade subsidiária à Lei n.º 9.610/98 referente aos direitos autorais.

Assim, também o arcabouço jurídico brasileiro seguiu a corrente majoritária internacional, inclusive observando e seguindo os diplomas de tratados internacionais,

como a Convenção de Berna¹¹²⁰ e a Convenção de Paris¹¹²¹, dos quais é signatário. Desse modo, conferiu aos programas de computadores a proteção jurídica na esteira dos direitos autorais.

A Lei n.º 9.610/98, que dispõe novas informações acerca dos direitos autorais, conforme aponta Cerqueira (2000, p. 23),

[...] sancionada pelo Presidente da República no mesmo dia, hora e local em que sancionou a Lei do Software, regula os direitos autorais no Brasil, em acordo com a Constituição Federal e com a Convenção de Berna estabelecida em 1886, na Suíça, para consolidar as regras mundiais acerca do “copyright” e dos direitos do autor, atualizada de tempos em tempos e administrada pela OMPI/WIPO – Organização Mundial da Propriedade Intelectual, com sede em Genebra, da qual a quase totalidade dos países do mundo é signatário.

Para Blum (2001, p. 617), “a atual lei do *software* assegura o mesmo regime de proteção das obras literárias aos programas de computador, com as particularidades e exceções previstas em seu texto. Portanto, o regime jurídico de proteção escolhido no Brasil é ainda o dos direitos autorais.”.

Cerqueira (2000, p. 22) discorre a respeito da lei do *software*, conforme citação que se segue.

Quando a Lei do Software evoca a proteção pelos direitos autorais e conexos, insere-se o software no âmbito das coisas protegidas pela legislação internacional entendendo-se como tal as convenções internacionais, e o Software deixa de pertencer

¹¹²⁰ A Convenção de Berna, de 1886, também chamada Convenção Universal sobre o Direito de Autor, pode ser considerada no âmbito internacional o mais significativo diploma de proteção ao direito de autor, inclusive pela sua importância histórica. Essa convenção passou por diversas revisões, sendo a última realizada em Paris, em julho de 1971, a qual foi promulgada no Brasil por meio do Decreto n.º 76.905/75.

¹¹²¹ A Convenção da União de Paris (CUP), de 1883, deu origem ao hoje denominado Sistema Internacional da Propriedade Industrial e foi a primeira tentativa de uma harmonização internacional dos diferentes sistemas jurídicos nacionais relativos à propriedade industrial. Surge, assim, o vínculo entre uma nova classe de bens de natureza imaterial e a pessoa do autor, assimilado ao direito de propriedade.

somente ao direito interno dos países conveniados. Há de se estar, porém, protegido por lei interna não conflitante com as convenções internacionais. Com raras e honrosas exceções, o Direito Interno é soberano, e a norma específica é a que vale, neste caso. Nenhum tratado, convenção, pacto ou qualquer outro acordo celebrado entre países consegue estabelecer-se acima das leis internas – exceção feita a conglomerados de países, cujo exemplo típico é a União Européia.

A jurisprudência a seguir afirma os direitos autorais de autor estrangeiro.

RECURSO ESPECIAL – DIREITOS AUTORAIS – AUTOR ESTRANGEIRO – AUTORIZAÇÃO – VALIDADE – NÃO CONHECIMENTO. O reconhecimento do direito do autor estrangeiro de autorizar diretamente a execução de suas composições musicais não afronta a legislação especial brasileira. Recurso não conhecido (STJ – Ministro Cláudio Santos – 3ª T. – RE. N. 0014955/91 – SP – j 31-3-92 – unânime – p. 4-5-92).

Reforçando esta idéia, Pimenta (1998, p. 24) registra:

DIREITO AUTORAL – AUTORA – PESSOA JURÍDICA – DOMICÍLIO EM NOVA YORK. Inexistência de representante no Brasil. Competência da Justiça Estadual. Inteligência da Lei n. 5.988/73. Compete à Justiça dos Estados julgar ação em que são pleiteados direitos autorais constantes da legislação interna, ainda que oriunda de tratados internacionais (TJ/RJ – Rel. Dês. Jorge Loretti – 5ª. Cam. Cível – Al n. 5720/82 – unânime – j, 27-8-82 – RT vol. 571 – p. 186).

Ficam assim assegurados os direitos equivalentes aos estrangeiros domiciliados no exterior, desde que o país de origem conceda aos brasileiros estrangeiros domiciliados no Brasil direitos equivalentes (PIMENTEL, 2005, p. 157).

4. FACULDADE DO REGISTRO DO SOFTWARE

Barbosa (2008) diz que o registro do programa de computador em nosso sistema de direito autoral é facultativo, ou seja, não obrigatório. Segundo o autor, “o registro é apenas uma forma de pré-constituir prova de originalidade ou de identidade de um programa, mesmo assim, prova *juris tantum*, capaz de ser contradita por outra evidência de maior peso”. O art. 3.º § 2.º, da Lei n. 9.609/98, regulamenta o papel do registro que é complementar no caso dos programas de computadores (BARBOSA, 2008, p. 2).

Cabral (1998, p. 33) cita o referido artigo:

Art. 3º. Os programas de computador poderão, a critério do titular, ser registrados em órgão ou entidade a ser designado por ato do Poder Executivo, por iniciativa do Ministério responsável pela política de ciência e tecnologia.

§ 2º. As informações referidas no inciso 3º do parágrafo anterior são de caráter sigiloso, não podendo ser reveladas, salvo por ordem judicial ou a requerimento do próprio titular.

Ainda para Blum (2001, p. 618), “a legislação brasileira como a quase totalidade das legislações estrangeiras garante a proteção dos direitos autorais sobre os programas de computador, independentemente de existir registro”.

Cabral (1998, p. 57) afirma que “a proteção aos direitos de que se trata esta Lei independe de registro”. Há controvérsias referendadas no art. 3º em que estão minuciosamente descritas as medidas práticas para se efetuar o registro. Entende-se como contradição à Convenção de Berna e à Lei Brasileira dos Direitos Autorais, pois um dos elementos essenciais da proteção desses direitos é, efetivamente, a insubordinação a qualquer formalidade ou registro.

4.1. A eficácia declaratória do registro

Com a decorrência da inexigibilidade do registro, procurou-se garantir a relevante segurança aos pequenos criadores, pois, não se impondo mais essa formalidade, não haveria qualquer burocracia para que os direitos lhes fossem automaticamente conferidos mediante a criação de uma obra intelectual (BLUM, 2001, p. 618).

Por Cerqueira (2000, p. 29):

A Convenção de Berna, promulgada no Brasil pelo Decreto 75.699/75, em seu art. 5.º, e a UCC – Convenção Universal de Direitos do Autor (Art. III), promulgada no Brasil pelo Decreto 76.905/75, além da própria Lei de Direitos Autorais, em seus arts. 18 a 21, estabelecem a não-obrigatoriedade do registro para que se obtenha a titularidade dos direitos autorais sobre o programa de computador.

Pimenta (1998, p. 538) descreve os artigos da Convenção Universal sobre o direito de autor, a qual foi revista em Paris, em 24 de julho de 1971, por meio do Decreto n.º 76.905/75:

Art. III – Qualquer dos estados contratantes que, nos termos de sua legislação interna, exija, a título de condição para conceder a proteção ao direito de autor, o cumprimento de certas formalidades, tais como o depósito, o registro, a menção, as certidões notariais, o pagamento de taxas, o fabrico ou a publicação no território nacional devem considerar tais exigências como satisfeitas em relação a qualquer outra obra protegida nos termos da presente convenção e publicada pela primeira vez fora do território do referido estado por um autor não nacional, se, desde a primeira publicação desta obra, todos os exemplares da obra publicada, com a autorização do autor ou de qualquer outro titular do direito de autor, contiverem o

símbolo ©, acompanhado do nome do titular de direito de autor e da indicação do ano da primeira publicação; o símbolo, o ano e o nome devem ser apostos no lugar e de maneira que indiquem claramente haver sido reservado o direito do autor.

Cabral (2003, p. 41) cita a Lei de Direitos Autorais n. 9.610/98 em seus art. 18 a 21:

Art. 18 – a proteção aos direitos de que trata essa lei independe de registro.

Art. 19 – é facultado ao autor registrar a sua obra no órgão público definido no caput e no parágrafo 1º do art. 17 da Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973.

Art. 20 – para os serviços de registro previstos nesta lei será cobrada retribuição, cujo valor e processo de recolhimento serão estabelecidos por ato do titular do órgão da administração pública federal a que estiver vinculado o registro das obras intelectuais.

Art. 21 – os serviços de registro de que trata esta lei serão organizados conforme preceitua o parágrafo 2º do art. 17 da Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973.

Sette (apud BLUM, 2001, p. 619) ressalta que a natureza meramente declaratória decorre da não-obrigatoriedade do registro e que a eficácia do registro não é absoluta tal qual a eficácia declaratória de uma sentença transitada em julgado.

Blum (2001, p. 619) complementa:

Afinal, o registro é meramente essencial ao direito, mas tão-somente elemento de prova. Além disso, o texto constitucional somente permite à lei eliminar temporalmente o direito autoral. Neste diapasão, não seria correto afastar o direito que nasce com a criação da obra pelo simples fato de existir um ato

administrativo – certidão de registro – que indica outra pessoa como titular dos direitos.

Mesmo com a não-obrigatoriedade do registro hierarquicamente estabelecida e internamente acompanhada pela Legislação, em 20 de abril de 1998 apresenta-se o Decreto n.º 2.556, cuja finalidade é a regulamentação dos registros dos programas de computador, estabelecendo o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) como o organismo competente para depósito da concessão do registro e para ditar as formalidades a serem observadas e cumpridas para obtenção do registro (BLUM, 2001, p. 29).

Em outro contexto, o registro representa uma forma mais segura para a garantia da proteção dos direitos autorais, asseverando de maneira consistente a prova de titularidade.

Mesmo possuindo a natureza declaratória e, inevitavelmente, surgindo dos atos administrativos do INPI, o registro do *software* proporcionaria aos titulares relevante sensação de proteção, uma vez que, em caso de disputa judicial, o registro constituiria mais um elemento formal de prova para a sustentação de um pleito judicial.

De acordo com Pimentel (2005, p. 158):

A proteção aos direitos do autor ou titular de programa de computador independe de registro. Valendo aqui o que foi dito antes, ou seja, mesmo sendo o efeito do registro declaratório, é um instrumento eficiente na falta de outros meios na prova da autoria e titularidade. O órgão competente para tal é o INPI, que funciona no Rio de Janeiro. O pedido do registro deve conter, pelo menos, as seguintes informações: os dados referentes ao autor do programa de computador e ao titular, se distinto do autor, sejam pessoas físicas ou jurídicas; a identificação e descrição funcional do programa de computador; e os trechos do programa e outros dados que se considerar suficientes para caracterizar a sua criação independente, ressalvando-se os direitos de terceiros e a responsabilidade do Governo (estas

informações são de caráter sigiloso, não podendo ser reveladas, salvo por ordem judicial ou a requerimento do próprio titular).

É importante ressaltar que o registro do programa de computador, por força de resolução dos tratados internacionais como a Convenção de Berna e pelas disposições do acordo sobre aspectos da propriedade intelectual relativos ao comércio – TRIPS¹¹²², da qual o Brasil é signatário, atribui eficácia internacional ao registro. Ou seja, uma vez depositado o registro do *software* no INPI nacional, os efeitos gerados internamente estendem-se a todos os demais países também signatários da mesma convenção.

Ademais, de acordo com a natureza do registro, um aspecto que deve ser observado é que, mesmo com a não-obrigatoriedade do registro e com a proteção internacional conferida pelos acordos internacionais, é extremamente prudente efetuar o registro quando existir o envolvimento de cessão de direitos entre nacionais e estrangeiros, sejam eles direitos morais ou patrimoniais. O registro apresentar-se-ia desse modo como mais um instrumento comprovante da comercialização, da titularidade e, conseqüentemente, dos direitos morais e patrimoniais envolvidos na cessão do programa.

Além do discorrido até o momento, mais uma eficaz e importante ressalva é conferida pelo efeito declaratório do registro. Ao se efetuar o registro, encontra-se também protegido o Título do Programa de Computador com o Nome Comercial, o qual em outras palavras possibilita a comercialização do *software* já com a devida proteção exclusiva de seu nome comercial. Para tal, é necessário que o nome seja informado como título do programa no ato da apresentação do pedido de registro.

Assim, o título do programa de computador é protegido concomitantemente com o programa, o que implica na prerrogativa de o registro proteger com um só

¹¹²² O acordo TRIPS é o acordo que regula os direitos de propriedade intelectual (IPRs, da sigla em inglês) dentro da Organização Mundial do Comércio (OMC). Seu objetivo é garantir níveis adequados de proteção aos direitos de propriedade intelectual em todos os países membros, ou seja, é uma tentativa de diminuir as diferenças de tratamento dos direitos de propriedade intelectual no mundo e trazê-los para um conjunto comum de regras. O acordo entrou em vigor dia 1º de Janeiro de 1995, junto com os demais acordos da Rodada Uruguai. A proteção aos direitos de propriedade intelectual foi introduzida nas negociações da Rodada Uruguai por pressão dos Estados Unidos, por sua vez fortemente influenciados pela sua poderosa indústria farmacêutica. Os países em desenvolvimento mostravam forte receio em adotar níveis elevados de proteção à propriedade intelectual, mas como os acordos da Rodada Uruguai foram fechados num “pacote”, ou seja, ou se assinam todos ou nenhum, o TRIPS foi por eles aceito como parte das regras da OMC.

procedimento tanto o seu nome comercial como a expressão da idéia consubstanciada em um programa de computador.

Não podemos olvidar que o registro dos programas no INPI traz consigo mais uma relevante importância, dessa vez ao Sistema Nacional de Propriedade Intelectual, já que para contabilizar a produção tecnológica de um País é necessário que existam indicadores reais para a sua mensuração. Assim, nada mais natural que um dos indicadores dessa produção seja o banco de dados do próprio INPI, autarquia federal responsável pelos procedimentos de registro dos softwares.

Como base de produtividade nacional no âmbito tecnológico no setor de *software*, o registro forneceria um número preciso para aferição de níveis de estímulo ao setor bem como de segurança jurídica conferida ao sistema nacional de registro de *software*.

É perceptível que, mesmo com os estabelecimentos de regimes jurídicos de proteção da propriedade intelectual – nesse caso o registro de programas de computador para servir de alavanca ao crescimento econômico nacional, em virtude da falta de conhecimento do empresário acerca da matéria e da real eficácia do registro bem como do descaso conferido ao registro de software por parte do próprio INPI – acabou se originando o abandono em que se encontra o sistema atual.

A disseminação do registro de software deve ser encarada pelo poder público e pelo INPI como estratégica para a evolução do sistema jurídico em matéria de proteção jurídica conferida pelos direitos autorais, por tratar-se de um instrumento de domínio econômico que garante fatias de mercado para os titulares, sejam eles empresas ou pessoas naturais.

Não se ouve falar em iniciativas públicas de massa para o esclarecimento ao empresariado acerca da proteção jurídica do software por meio do registro depositado no INPI e, quando existem, essas iniciativas estão mais voltadas para pessoas já relacionadas com o tema e, que em sua grande maioria, já possuem uma opinião formada acerca da matéria.

Outro fato relevante para o insucesso do registro está nos próprios agentes e advogados que trabalham com a matéria, os quais invariavelmente aconselham os seus clientes a não procederem ao registro, seja pela não exigência legal, pelos altos custos

gerados ao empresário ou mesmo por não acreditar na eficácia do registro conferido na esteira dos direitos autorais.

O próprio INPI, somente em meados do mês de março do corrente ano, passou a atribuir maior relevância ao registro de programa de computador. Anteriormente, ao proceder um pedido de registro, não havia a publicação do pedido de registro, dos despachos ou das exigências na RPI, ou seja, o autor permanecia completamente alheio a todo o acompanhamento do processo. A única maneira de o autor ter acesso ou conhecimento acerca do seu pedido seria ligar para a sede do INPI no Rio de Janeiro e solicitar informações a respeito.

Como é notório aos atos da administração pública direta ou indireta, exige-se a publicidade, conforme disposto na Constituição Federal em seu art. 37.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998\)](#).

No caso do princípio da publicidade, o seu sentido não pode ser senão o de que a administração pública deve promover medidas no sentido de que seus atos, suas decisões e seus despachos, alcancem o maior público possível, além é claro do autor do programa.

Segundo notícias publicadas em 18 de abril de 2008 no Portal do INPI, “os pedidos de registro de programa de computador passarão a ser publicados na RPI com os seus dados bibliográficos completos, informando o tipo de programa a que se refere (classificação) e o seu número de identificação”(INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL, 2008).

Como exposto, considera-se o registro e a obtenção do título de propriedade dos programas de computador passos importantes para a política brasileira de propriedade intelectual, valendo lembrar que a ordem constitucional econômica nacional, entre

outros princípios, funda-se na garantia de propriedade privada, na função social da propriedade, na livre concorrência e defesa do consumidor.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos de propriedade intelectual são instrumentos para o desenvolvimento cultural e econômico. Constatamos que a estrutura normativa que forma o ordenamento jurídico e os procedimentos internos dos organismos competentes para assegurar os direitos de propriedade intelectual não está alcançando os objetivos a que se propõe.

Para o desenvolvimento nacional e institucional se requer uma resposta mais rápida aos pedidos de propriedade intelectual, ou seja, a velocidade com que as inovações de produtos, procedimentos e técnicas evoluem é completamente diversa das respostas dadas pelo lento e oneroso sistema de registro de propriedade intelectual.

Para os empresários do setor, é imprescindível que saibam cobrar e contribuir com o Legislativo, o Executivo e o Judiciário para o aperfeiçoamento, a aplicação e a consolidação do Sistema Nacional de Propriedade Intelectual.

Em termos do sistema administrativo adotado para os registros de propriedade intelectual, cabe uma revisão e comparação com os sistemas internacionais classificados como comprovadamente de sucesso.

Contudo, com interesse e trabalho reunidos em todos os setores envolvidos, é possível trazermos ao Sistema Nacional de Propriedade Intelectual eficácia nos direitos de propriedade intelectual e agilidade no sistema de registros.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ÁVILA, Mario Luiz Novaes. **Conhecendo a propriedade intelectual**. Curso de Redação de Patentes. Curitiba: CEFET-PR, 2005.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE SOFTWARE. Antipirataria. Disponível em: <<http://www.abes.org.br/antipirataria>>. Acesso em: 23 abr. 2008.

BARBOSA, Denis Borges. **O registro do programa na nova Lei de Software.** Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com.addr.com/115.htm>>. Acesso em: 25 maio 2008.

_____. **Direitos autorais.** Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com.addr.com/90.DOC>>. Acesso em: 25 maio 2006.

BARBOSA, Denis Borges. **Proteção do software.** Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/77.DOC>>. Acesso em: 25 maio 2006.

BARBOSA, Denis Borges. A noção de originalidade e os títulos de obra, em particular de software. Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.originalidade.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2006.

BARBOSA, Denis Borges. **O valor social da patente.** Disponível em: <<http://denisbarbosa.addr.com/econpi.htm>>. Acesso em: 25 maio 2006.

BARBOSA, Denis Borges. **O direito do autor e as tecnologias.** Disponível em: <<http://www.denisbarbosa.addr.com>>. Acesso em: 25 maio 2006.

BITTAR, Carlos Alberto. O direito do autor. **Rev. EPM-APAMAGIS**, v. 2, n. 1, jan./abr. 1997.

BASSO, Maristela. **O direito internacional da propriedade intelectual.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BRANCHER, Paulo Marcos Rodrigues. **Contratos de software.** Florianópolis: VisualBooks, 2003.

BRASIL, **Código Civil.** 53. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BLUM, Renato Opice et al. **Direito eletrônico**: a internet e os tribunais. Bauru, SP: Edipro, 2001.

CABRAL, Plínio. **A nova lei dos direitos autorais**: comentários. 4. ed. Harbra, 2003.

_____. **A nova lei de direitos autorais**. 2. ed. São Paulo: Sagra Luzzatto, 1998.

CERQUEIRA, Tarcisio Queiroz. **Software**: lei, comércio, contratos e serviços de informática: manual de utilização para empresários de software e serviços, profissionais de informática e advogados. Rio de Janeiro: Esplanada, 2000.

INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. Registro de programa de computador. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/programacomputar/oquee/registro.htm?tr10>>. Acesso em: 9 maio 2006.

PEREIRA, Ana Maria; PIMENTEL, Luis Otávio; MEHLAN, Vivianne. II Simpósio Internacional de Propriedade Intelectual, Informação e Ética. Florianópolis, 12 a 14 de Novembro de 2003.

PEREIRA, Ana Maria; PIMENTEL, Luis Otávio; MEHLAN, Vivianne. Título. In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL, INFORMAÇÃO E ÉTICA, 12-14 nov. 2003, Florianópolis.

PIMENTEL, Luiz Otávio. **A propriedade intelectual e universidade**: aspectos legais. Florianópolis, SC: Fundação Boiteux, 2005.

PIMENTA, Eduardo S. **Código de direitos autorais e acordos internacionais**. São Paulo: Lejus, 1998.

SETTE, Luiz Augusto Azevedo. **Direito eletrônico**: a internet e os tribunais. Bauru, SP: Edipro, 2001.

A QUESTÃO DOS FONOGRAMAS: A TROCA P2P EM DETRIMENTO AO INTERESSE MERCANTIL DAS GRAVADORAS

Carolina Dombrowski¹¹²³

Tácio Piacentini¹¹²⁴

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. História dos Direitos Autorais. 3. Os direitos autorais perante a legislação brasileira. 4. A polêmica do P2P musical. 5. O abuso das gravadoras: um dado a ser considerado. 6. Propriedade intelectual = monopólio. 7. Considerações finais. 8. Bibliografia

RESUMO: O presente artigo objetiva questionar o atual modelo mercantil em relação aos fonogramas, os quais são utilizados pela indústria fonográfica como um grande produto de venda no mundo neoliberal em que vivemos, impossibilitando o acesso à arte por parte da sociedade. Diante disto, surge como alternativa à exploração capitalista a troca p2p entre arquivos mp3 na Internet, algo que respeita os direitos morais do autor, já que este não deixa de ter o trabalho reconhecido, e também os patrimoniais, pois é um instrumento onde não há a intenção de lucro e permite com que todos tenham acesso à produção cultural, algo que vem gerando polêmica nos últimos anos, aliado ao grande desenvolvimento da tecnologia relacionada à captura digital de sons, criando uma verdadeira batalha entre o cidadão comum e as grandes indústrias fonográficas. Visualiza o atual ordenamento jurídico referente à propriedade intelectual, o qual sofreu alterações nos últimos anos e sempre foi objeto de influência por parte das gravadoras, não beneficiando autores, muito menos os consumidores, e também expõe acontecimentos que ocorreram no meio musical, industrial e judicial, relacionados com o assunto em tese.

¹¹²³ Acadêmica da 7ª fase de Direito da UFSC, E-mail: caroldomb@gmail.com

¹¹²⁴ Acadêmico da 5ª fase de Direito da UFSC. E-mail: taciopiacentini@gmail.com

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade intelectual. Fonogramas. Copyright. Mercantilismo. Internet. P2P.

1. Introdução

Este artigo tem a intenção de verificar como fica a questão dos direitos autorais, frente à evolução tecnológica na sociedade capitalista, no que diz respeito aos fonogramas¹¹²⁵, amplamente difundidos na *Internet*, rede mundial de computadores e grande meio de comunicação e entretenimento do século XXI, possibilitando a troca destes entre internautas, sem nenhuma compensação financeira aos autores e às gravadoras.

Tal polêmica citada acima, gerada em torno da transmissão de arquivos musicais com a tecnologia P2P¹¹²⁶, será visualizada dentro de acontecimentos recentes no meio musical, não deixando de lado o enfoque jurídico, a partir da legislação brasileira e de outros países.

A troca de arquivos eletrônicos P2P é simples e direta. Uma pessoa possui o arquivo no banco de dados de seu computador e o transmite para outra pessoa, de um ponto ao outro sem interferências externas. Alguns especialistas comparam, simplificadaamente, para a compreensão de leigos, essa forma de compartilhamento de arquivos com o envio de um correio eletrônico, o mais do que popularizado *e-mail*. Programas disponíveis na própria rede possibilitam aos usuários fazerem este tipo de compartilhamento de arquivos de modo simples e rápido, sem qualquer dificuldade.

A polêmica jurídica a qual nos deparamos ao fazer uso dessa tecnologia é se essa possibilidade de livre troca prejudica os direitos patrimoniais dos autores - no caso específico dos fonogramas, dos compositores, intérpretes e produtores – ou, se na verdade, é algo que só reduz o já milionário mercado das grandes indústrias fonográficas. Atualmente, as leis existentes protegem o autor, porém são dotadas de grande caráter mercantilista beneficiando as gravadoras, sendo que o consumidor é o grande refém.

¹¹²⁵ Os fonogramas são definidos pela lei de direitos autorais 9610/98 como: “toda fixação de sons de uma execução ou interpretação ou de outros sons ou uma representação de sons que não seja fixação incluída em obra audiovisual”.

¹¹²⁶ Em português, pessoa para pessoa, ou ponto a ponto.

As discussões sobre esta questão são travadas em âmbito mundial. Em todos os cantos do mundo há juristas, gravadoras, artistas, empresários, usuários da *Internet*, fãs de música e diversos outros setores da sociedade, preocupados com as conseqüências geradas pelo amplo uso da tecnologia P2P e da *Internet* como meio de acesso, transmissão e divulgação de fonogramas.

A tecnologia sempre influenciou diretamente na formação e constituição dos direitos dos autores durante os séculos. Atualmente, com a velocidade das evoluções tecnológicas, sentimos intensamente essa influência. Para destacar a relevância do surgimento da *Internet* na essência deste direito traçamos brevemente a evolução do conceito de Direito Autoral na história da cultura ocidental, desde a antiguidade até o mundo contemporâneo. Tentaremos provar por fim, qual o verdadeiro sentido dos direitos autorais na atualidade¹¹²⁷, qual o papel da tecnologia dentro do direito e se o que é realmente fato juridicamente reprovável: a troca de arquivos na rede ou a conduta que as grandes indústrias fonográficas exercem.

2. História dos Direitos Autorais

O conceito de Direito Autoral evoluiu durante a história acompanhando a nova visão de arte que passa a ter valor comercial junto com o surgimento das noções de propriedade privada nas sociedades ocidentais. As obras de arte, desde a antiguidade, são consideradas manifestações únicas de criatividade e formas peculiares de demonstração de sentimentos. Os criadores através de sua arte expõem sua maneira particular de ver o mundo e se expressar.

Desde a antiguidade, também, os artistas tinham reconhecimento público e todas as glórias sobre seus feitos. Em Roma, por exemplo, a autoria sobre a arte era garantida, mesmo que o criador fosse um escravo, nesse caso sua obra materialmente pertencia ao seu senhor, mas a autoria e o título de artista eram intransmissíveis.

Alguns séculos depois, no renascimento, determinados artistas eram pagos por seu trabalho, e nestes casos suas obras pertenciam materialmente aos encomendantes, mesmo assim, os nomes dos autores eram mantidos, podendo ser vistos até nos dias de

¹¹²⁷ A legislação brasileira trata dos direitos de autor na Constituição Federal, no Código Penal e em uma lei específica criada em 1998, a lei 9610 sobre Direito Autoral.

hoje. Já os nomes dos patronos encomendantes, que possuíam os direitos patrimoniais sobre a obra, desapareceram de quase todos os registros.

Em 1455, com a invenção dos tipos móveis de Gutemberg, ficou mais fácil a composição de livros e sua difusão em maior escala. A permissão para essa reprodução dependia de licenças vindas da coroa e da igreja, a fim de controlar tudo o que era produzido e difundido no reino. As licenças reais eram dadas às tipografias, impressores e livreiros. O autor não possuía vantagens econômicas sobre as vendas de suas obras, tendo novamente apenas os méritos de criador preservados.

Em 1710, surgiu na Inglaterra o “Estatuto da Rainha Ana”, lei que modificava o sistema e os direitos dos autores. Essa lei fez com que os impressores e livreiros continuassem a ter o direito de reprodução, mas a partir deste momento eles passariam a adquirir as obras diretamente dos autores, através de um contrato especial. Assim, o criador assume posição de proprietário da obra de arte e de possuidor do direito autoral, que será consolidado, no formato liberal que conhecemos hoje.

A cultura é considerada patrimônio nacional pelos Estados. Preservar a nacionalidade de seus bens culturais é uma forma de manterem e preservarem suas hegemonias como nações na esfera internacional. É sabido por todos que a arte não se limita pelas fronteiras entre os Estados. Desse fato resulta a necessidade que os Estados têm de formar tratados internacionais que versem sobre direitos autorais, para regular não somente o que cabe ao autor, mas também o que cabe ao seu Estado de origem, levados, inclusive, pela nova realidade de mercado internacional pós-revolução industrial.

Consideramos hoje, a Convenção de Berna de 1886, terceira conferencia diplomática de direito do autor, o principal tratado internacional, visto como base das legislações atuais sobre o tema no universo cultural ocidental. O texto desta Convenção sofreu diversas alterações com o passar do tempo, mas seu foco foi mantido: a defesa dos direitos patrimoniais e morais dos autores. As emendas acrescidas em 1979 foram às últimas alterações do documento que permanece em vigor.

A Convenção versa sobre diversos pontos. Dentre eles merecem destaque: define os critérios para proteção autoral: “*protege-se a manifestação concreta do espírito do criador*”; fixa e define os países de origem das obras; divide os direitos do autor em patrimoniais e morais; fixa limitações aos direitos do autor; define o que é obra

publicada: aquelas que foram editadas com consentimento do autor com quantidade que satisfaça razoavelmente as necessidades do público; declara que o autor é identificado pelo nome posto à obra mesmo que esse seja pseudônimo; coloca que o prazo de vigência de direito do autor após sua morte é de 50 anos, mas garante aos países participantes direito de aumentar esse prazo (no Brasil são 70 anos); garante ao autor privilégio de impedir qualquer alteração da obra e assegura ao autor direito de participação nos lucros da revenda da obra.

Em síntese, os Direitos Morais são inalienáveis, irrenunciáveis, intransferíveis e não podem ser objeto de contrato. Eles ligam o nome do autor à obra, o moral do autor é garantido por esses direitos. Nesse rol incluímos, por exemplo, o direito de não permitir alterações na obra, suspender sua circulação quando essa afetar seu moral e honra, ou ter seu nome como autor vinculado à obra sempre. Os Direitos Patrimoniais, por sua vez, são transmissíveis, objetos de contrato e todos aqueles de cunho financeiro, versam sobre a circulação, distribuição, pagamento pelo usuário, venda, aluguel, exposição, etc (CABRAL, 2003).

3. Os direitos autorais perante a legislação brasileira:

A atual Constituição Federal brasileira na parte de direitos e garantias fundamentais (aqueles direitos que têm maior importância, que são imunes à retirada, abolição, ou suspensão, ou seja, protegidos por cláusulas pétreas), artigo V dispõe dois incisos que tratam dos Direitos Autorais. No inciso XXVII: “*Aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar*”. E no inciso XXVIII:

“*São assegurados nos termos da lei: a) Proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução de imagem e voz, inclusive nas atividades desportivas; b) O direito de fiscalização do aproveitamento das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos interpretes e às respectivas representações sindicais e associativas*”.

E no Código Penal brasileiro, no título III “Dos crimes contra a propriedade imaterial”, no capítulo I, artigo 184 temos que: “*Violar direitos de autor e os que lhe são conexos: pena de detenção de três meses a um ano, ou multa*”. Isto é agravado no parágrafo primeiro, com pena de reclusão de dois a quatro anos e multa se:

“A violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso ou de quem represente”.

No parágrafo segundo, a mesma pena do anterior:

“Quem, com intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no país, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete, ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou ainda aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente”.

O parágrafo terceiro coloca a mesma pena (dois a quatro anos de reclusão e multa) se:

“A violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda com intuito de lucro direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso do autor do produtor de fonograma, ou de quem os represente”.

No quarto e último parágrafo do artigo coloca-se ainda que:

“O disposto nos parágrafos anteriores não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação do direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na lei 9610/98, nem cópia de obra intelectual ou fonograma em um só exemplar, para uso privado do copista sem intuito de lucro direto ou indireto”.

A Lei 9610/98, referida no parágrafo quarto do artigo 184 CP, é a Nova Lei Brasileira de Direitos Autorais, que altera e regula os direitos do autor no país (anteriormente previstos pela Lei 5988/73) e consolida a legislação sobre os direitos autorais, detalhada e especificamente, descrevendo termos técnicos, descrevendo e limitando os direitos dos autores e direitos conexos.

Como a maioria das leis brasileiras, marcadas pela morosidade de aprovação do projeto inicial, ela já surge com sua atualidade defasada, não acompanhando, por exemplo, o desenvolvimento dos fenômenos tecnológicos trazidos principalmente pós-internet, que a afetam diretamente. (CABRAL, 2003). Além do mais, o *lobby* produzido pelas empresas de radiodifusão, e principalmente pelas gravadoras, deu a Lei 9610/98 um caráter estritamente empresarial e mercantilista, beneficiando as grandes corporações capitalistas, em detrimento aos próprios artistas. Um grande exemplo está nos artigos referentes à edição de fonogramas. Segundo Silveira,

“Poucas inovações traz a nova lei quanto ao contrato de edição, talvez para pior. (...) É de se lamentar a supressão da imposição de numeração dos exemplares estabelecida no art. 64 (“Somente decorrido 1 (um) ano de lançamento da edição, o editor poderá vender, como saldo, os exemplares restantes, desde que o autor seja notificado de que, no prazo de 30 (trinta) dias, terá prioridade na aquisição dos referidos exemplares pelo preço de saldo”) e seu parágrafo da lei anterior. Aquele dispositivo constituía um sério freio aos abusos dos editores, que não serão supridos pelos selos de identificação criados pelo art. 113” (p. 69-70).

Em 2002, o então presidente Fernando Henrique Cardoso aprovou o Projeto de Lei nº 4.540-A, da Deputada Tânia Soares, o qual acrescenta ao mesmo art. 113 da Lei 9610/98, obrigando a numeração de CDs e a impressão, em cada faixa de todos os discos, de um código digital que obedece a padrões internacionais, o *International*

Security Recording Code (ISRC) e permite a identificação dos autores e intérpretes da obra gravada, por parte das gravadoras. Anteriormente, era utilizado no Brasil o *Guia de Recolhimento Autoral* (GRA), um código que não valia em nenhum outro lugar no mundo. De acordo com Beth Carvalho, uma das entusiastas do projeto, por causa do GRA, “as faixas gravadas por artistas brasileiros eram tocadas no mundo inteiro e o direito autoral nunca vinha”. A Deputada justificou seu projeto de maneira bem coerente e de acordo com a realidade:

“Muito têm os autores, intérpretes de músicas e escritores reclamado acerca de quantidades maiores de suas obras que são postas à venda, num total desrespeito aos seus direitos autorais, por parte de editoras, gravadoras de música, etc. Quantidades de livros e discos compactos (CDs) sempre além do que foi pactuado entre autor/intérprete ou escritor e gravadoras e editoras são rotina de fraudes que desrespeitam os direitos patrimoniais. (...) Com certeza a numeração com assinatura do autor ou intérprete em cada livro ou disco compacto, diminuirá a fraude que é cometida contra esses últimos. Com isso garantiremos efetivo controle, quanto à comercialização desses produtos, permitindo-lhes saber quantos exemplares de sua obra são postos à venda pelas gravadoras e editoras. Não se diga que essa medida é inócua, pois nos Estados Unidos da América é aplicada a numeração de CDs e lá os autores recebem os seus direitos de forma lúdima”.

Isso foi uma grande conquista dos artistas, superando a interferência da Associação Brasileira dos Produtores de Discos, a qual tem o núcleo formado pelas grandes multinacionais da fonografia (Sony/BMG, EMI, Universal Music e Warner Music-WEA), e certamente pode-se considerar um passo para o início de uma “democratização” dos direitos autorais no Brasil. Antes da aprovação do projeto, Lobão, outro apoiador do projeto, relatou que:

“Eles (as gravadoras) estão sob a suspeição de toda a classe artística. Eu não estou reclamando à toa, tenho dados e números para isso. Vendi 23 mil cópias de Me Chama, segundo a gravadora, mas a música foi a mais tocada nas rádios na década de

80. *Como é possível explicar isso? Há 12 anos não recebo os direitos autorais que a BMG me deve e qual o controle que tenho sobre isso?"*

Como se percebe, a lei parece esquecer o consumidor, o qual movimenta e dá lucros a indústria fonográfica. De fato, tal democratização dar-se-á, sobretudo, por uma justa utilização da lei, através de uma interpretação consciente e cuidadosa dela por parte dos juristas, frente à realidade e a necessidade social, ou seja, é necessário que ela atinja também o consumidor. Mesmo com os últimos avanços em matéria de leis no Brasil, sem a coerência devida por parte dos operadores do Direito, continuaremos assistindo a esse “enriquecimento ilícito” por parte da indústria fonográfica, às nossas custas.

4. A polêmica do P2P musical

O mecanismo utilizado atualmente na Internet para a transmissão de fonogramas, que é a troca de arquivos de pessoa para pessoa, o famoso P2P, é simples e inovador: Um programa que liga cada pessoa conectada na rede as outras, formando listas de todos os arquivos disponíveis. Discute-se se essa troca de arquivos de pessoa-a-pessoa seria ou não uma afronta aos direitos do autor.

Esse sistema não é comentado na lei de direitos autorais brasileira, mas já foi tema de disputas jurídicas em várias partes do mundo. O caso mais notório é o da empresa “Napster”, que lançou o primeiro programa P2P que servia para fazer *download* - baixar arquivos - de músicas digitais na Internet. No seu auge, possuía milhões de usuários registrados e trocando arquivos simultaneamente em uma rede descentralizada. A empresa foi condenada pela Suprema Corte dos Estados Unidos por violação de direitos autorais. O primeiro resultado foi obtido pela banda “Metallica”, que conseguiu que todos os usuários que tivessem copiado suas músicas fossem banidos do sistema em 1999. O programa, como funcionava antes não está mais no ar, mas desde 2000 assinou um contrato com uma das maiores gravadoras e cobra pelo *download* de seus arquivos. Novos programas seguindo a mesma lógica de troca de arquivos P2P gratuitamente existem hoje em dia, e são amplamente utilizados pelos internautas (MARZOCHI, 2000).

Não é só de condenações vivem os usuários da Internet adeptos da troca de fonogramas utilizando a rede. Existem no campo jurídico posições recentes que contrariam a Suprema Corte estadunidense. A juíza criminal Paz Aldecoa, da cidade espanhola de Santander absolveu um réu processado por crime autoral por compartilhar músicas na Internet em regime P2P. A juíza considerou que o *download* de músicas para o uso individual não pode ser criminalizado e está amparado pelo direito de cópia privada.

Paz Aldecoa decidiu na sentença que:

“Considerar delito a baixa de músicas pela Internet sem finalidade lucrativa, implicaria na criminalização de comportamentos socialmente admitidos e que a finalidade dessa atividade não constitui enriquecimento ilícito, mas apenas cópia para uso privado” (GUEIROS JR, 2006).

A posição da Suprema Corte é baseada no argumento de que mesmo não tendo pretensões de lucro, programas P2P, fornecem condições materiais para que o delito ocorra. Já a juíza se baseia na corrente que defende que a caracterização desse tipo de delito depende do *animus* de lucro. Acredita que importância do dolo nesses casos é fundamental, e a garantia do direito de cópia para uso particular não pode ser ignorada, pois ao fazê-lo nega-se um direito descrito na lei como excludente de tipicidade.

A legislação brasileira, apesar de não tratar especificamente da questão da tecnologia P2P, é confusa ao definir se tal constitui crime ou não. O § 4º do artigo 184 do código penal, citado mais acima, abre o precedente de que não é crime *“cópia de obra intelectual ou fonograma em um só exemplar, para uso privado do copista sem intuito de lucro direto ou indireto”*. Porém, a Lei 9610/98 Lei de Direitos Autorais deixa clara em seu Art. 29 que *“depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como a **reprodução** parcial ou integral”*¹¹²⁸

Ao interpretar a letra da lei brasileira, não se pode esquecer da sociedade. E está virando quase que um senso comum que baixar músicas da internet apenas para uso

¹¹²⁸ Segundo a Lei 9610/98, em seu Art. 5º, inciso VI, reprodução caracteriza-se como “a cópia de um ou vários exemplares de uma obra literária, artística ou científica ou de um fonograma, de qualquer forma tangível, incluindo qualquer armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos ou qualquer outro meio de fixação que venha a ser desenvolvido”.

privado, sem intenção de lucro, não é crime. A simples troca de arquivos musicais na rede não fere os direitos autorais nem em sua forma moral, a qual é inquestionável, sendo que o autor terá o crédito e o reconhecimento da população, nem em sua forma patrimonial. Não podemos presumir que o usuário da tecnologia P2P fará uso indevido do arquivo baixado. Além do mais, os fatos destacados neste artigo mostram que quem perde com o funcionamento de programas P2P é a indústria fonográfica, justamente a que tem como única pretensão o lucro. Quebrando tal poderio das gravadoras, a tendência é que o preço das obras caia, possibilitando um maior acesso da população às obras originais.

Thomas Jefferson, um dos fundadores da República estadunidense e um dos idealizadores do *copyleft*¹¹²⁹, lembra que nenhuma obra é feita somente com idéias exclusivas de alguém, ao afirmar que:

“Se a natureza produziu uma coisa menos suscetível de propriedade exclusiva que todas as outras, essa coisa é a ação do poder de pensar que chamamos de idéia, que um indivíduo pode possuir com exclusividade apenas se mantém para si mesmo. Mas, no momento em que a divulga, ela é forçosamente possuída por todo mundo e aquele que a recebe não consegue se desembaraçar dela. Seu caráter peculiar também é que ninguém a possui de menos, porque todos os outros a possuem integralmente. Aquele que recebe uma idéia de mim, recebe instrução para si sem que haja diminuição da minha, da mesma forma que quem acende um lampião no meu, recebe luz sem que a minha seja apagada”.¹¹³⁰

Paralelamente a toda essa discussão, alguns artistas se sensibilizaram com a causa e passaram a dispor aos internautas músicas gratuitas. Neste caso, o que mais importa é que todos tenham acesso a suas obras. Exemplos disso são a banda inglesa Radiohead, que proporcionou aos fãs a possibilidade de pagarem o quanto quisessem por cada música do seu álbum *In Rainbows*, e também o site *we7.com*, uma iniciativa

¹¹²⁹ Forma de usar a legislação de proteção dos direitos autorais com o objetivo de retirar barreiras à utilização, difusão e modificação de uma obra criativa em função da aplicação clássica das normas de Propriedade Intelectual, sendo assim diferente do domínio público que não apresenta tais restrições. Trocadilho com o termo *copyright*.

¹¹³⁰ Carta de Thomas Jefferson para Isaac McPherson de 13 de agosto de 1813 (The Writings of Thomas Jefferson. Washington, Thomas Jefferson Memorial Association, 1905, vol. 13, p. 333-335).

do cantor Peter Gabriel, ex-vocalista da banda Genesis, que virou febre na internet. Isto é mais um indício de que a aquisição de músicas na internet para uso próprio não caracteriza crime, mas sim uma onda da realidade tecnológica e virtual em que vivemos.

5. O abuso das gravadoras: um dado a ser considerado

Não é novidade para ninguém os preços abusivos que grandes corporações tecnológicas, entre elas as indústrias fonográficas, impõem ao consumidor. Este, para adquirir um simples CD de música, por exemplo, acaba se sujeitando à pirataria ou baixando da internet cópias das canções, sem dar nenhum rendimento financeiro ao autor e a gravadora, criando uma das questões-tema deste artigo, se tal ato constitui crime ou não, sendo que muitas vezes isso ocorre pela falta de condições em se comprar um produto original, já que os preços estão em constante ascensão. Não há como culpar um consumidor que, em pleno mundo capitalista, é sacrificado pelos interesses das grandes empresas, que visam apenas a vultosos lucros, e que se apropriam também dos direitos e das patentes sobre uma obra, deixando em segundo plano autores e criadores. Segundo Cláudio Prado, coordenador de políticas digitais do Ministério da Cultura, “no mundo da música, por exemplo, os piratas são as gravadoras, elas que é que ganham muito dinheiro”.

Na história, não faltam exemplos que comprovam tal atitude gananciosa. João Gilberto e Yoko Ono, viúva de John Lennon, já processaram gravadoras pelo uso indevido de suas obras. Tais gravadoras lançam CDs aos milhares, não se importando se essas obras vão ter ou não uma boa vendagem, denegrindo a imagem dos compositores, de alguns até que já morreram. De qualquer forma, o lucro já está garantido.

A prática do “jabá”¹¹³¹ é comum em todo mundo. Isso nada mais é do que o “patrocínio” que gravadoras dão a imprensa, seja rádio ou TV, para terem suas músicas divulgadas, de modo que estas se tornam muitas vezes grandes sucessos. Por mais que se esteja em uma era digital, tal prática ainda é relevante, já que o rádio continua sendo importante meio de comunicação. Se a audiência de fato ocorre, lucros para a gravadora, e despesas para o artista, que ainda por cima “deve” a gravadora por tais

¹¹³¹ O “jabá”, apelido derivado de “jabaculé”, gíria brasileira que significa gorjeta, dinheiro, propina, é a nefanda prática das empresas fonográficas de fabricar artificialmente sucessos musicais nas ondas hertzianas que povoam a atmosfera, através de pagamentos em dinheiro, bens e até prostitutas e drogas a diretores, programadores e DJs das emissoras de rádio (GUEIROS JR.).

serviços. Sendo tal prática bem costumeira, a Justiça estadunidense apertou o cerco contra as gravadoras, sendo que, em 2004, depois de várias investigações, e em uma decisão inédita, a Sony/BMG teve que pagar 10 milhões de dólares de multa, obrigando as empresas fonográficas a criarem mudanças em sua política de divulgação de músicas.

John Stuart Mill, em sua obra “Princípios de Economia Política”, datada do século XIX, parecia já antever a era do copyright:

“Haveria o mesmo campo que sempre há para todos os tipos de cultura intelectual, de progresso moral e social, o mesmo espaço para aprimorar a arte de viver, e muito mais probabilidade de esse aprimoramento ocorrer, se as inteligências deixassem de ser absorvidas exclusivamente pela preocupação de prosperar na riqueza” (p. 254).

Infelizmente, a obtenção de lucros parece ser o único objetivo por muitos, e sendo assim, saem perdendo os consumidores e os próprios criadores, que literalmente deixam de ter a propriedade intelectual, tornando-se meros empregados das grandes corporações. Às vezes, até o reconhecimento é deixado de lado.

Contra esta exploração das gravadoras, surgiram no meio musical algumas “rebeliões”. Um caso famoso no Brasil é do cantor e compositor Lobão, que em 1999 rompeu com as gravadoras e passou a lançar seus álbuns de forma independente, através da internet, bancas de jornais e lojas de departamento. Além do preço acessível (o faturamento é garantido da mesma forma), isso fez com que Lobão fosse também elogiado pela grande crítica e tal ato se caracterizou como um incentivo à cena musical independente, sendo que a partir disso outros artistas passaram a fazer o mesmo, ferindo o monopólio das grandes gravadoras. Esses artistas se aproveitam da própria tecnologia existente para divulgar seu trabalho, reduzindo seu gasto e do consumidor, de maneira criativa e independente, sem depender de ninguém.

6. Propriedade intelectual = monopólio

Já não bastassem todos os desmandos da indústria fonográfica, nos últimos tempos temos convivido com notícias que tem dado nova dinâmica ao meio musical,

porém de forma nem tão agradável. As gravadoras, com grande poder em todo mundo, resolveram agir diante do crescimento do *copyleft*. E uma alternativa que acharam para isso foi a fusão entre elas. A Sony, uma das maiores gravadoras do mundo, adquiriu a BMG, a qual também detinha grande mercado, formando um grande conglomerado. A Warner já vem tentando há algum tempo adquirir a EMI (*Empire Musical Industries*), um negócio que envolve dois gigantes da indústria musical. A partir desses dois fatos, fica bem claro o caráter monopolista dos negócios. A compra da BMG por parte da Sony ocorreu, mas até hoje é questionada pela Comissão Anti-Truste Européia. E a Warner não conseguiu realizar seu empreendimento, o qual, se ocorresse, daria ao mundo musical um mapa bem curioso: apenas três grandes indústrias comandariam praticamente todo o mercado musical no mundo, as duas citadas acima, além da Universal. Com tais fusões, as gravadoras aumentariam sua fatia no mercado mundial e seu catálogo de artistas, o qual já era composto de vários *superstars*.

Antes mesmo da popularização da internet, as indústrias fonográficas já tinham preocupações em relação a cópias, através de tecnologias de reprodução doméstica, que possivelmente viriam a reduzir seus lucros. Em 1964, quando a Philips lançou o cassete de áudio, a indústria fonográfica primeiro tentou impedir o lançamento do produto e depois fez *lobby* no Congresso estadunidense para que fosse criado um imposto sobre os cassetes virgens para compensar as "perdas" da indústria resultantes das cópias que os usuários faziam de seus LPs para cassetes. O mesmo aconteceu em 1976 quando a Sony lançou o videocassete formato Betamax. A Universal Studios e a Walt Disney abriram um processo contra a Sony acusando-a de incitar a violação dos direitos autorais e, depois de uma batalha judicial que durou oito anos, a Suprema Corte finalmente reconheceu que a pessoa que gravava o último capítulo da novela, por exemplo, não praticava pirataria. Depois, em 1987, chegou ao mercado um novo dispositivo de reprodução: a fita de áudio digital, que permitia gravações digitais fiéis sem recurso à compressão de dados (como acontece com o CD). Embora, de início, não tenha tido boa aceitação no mercado e, posteriormente, tenha apenas conquistado o mercado dos profissionais de áudio, a fita de áudio digital fez com que a indústria fonográfica entrasse em desespero. Em função de pressões das indústrias fonográficas, foram propostas diversas leis e emendas no Congresso estadunidense que buscavam limitar a capacidade de reprodução dos aparelhos e taxar as fitas virgens. Depois de muitas

disputas, o presidente George Bush, ratificou, em 1992, no último dia do seu mandato, o "Ato sobre a gravação doméstica de áudio" que tinha sido aprovado antes, no Congresso, por voto oral (de forma que não se têm registros sobre quem votou a favor e quem votou contra). O Ato, entre outras medidas, obrigava todos os aparelhos de áudio digital a ter um dispositivo que impedia a cópia em série de uma fita (ou seja, depois de feita uma cópia, não se podia fazer outra cópia a partir dela) e instituiu um imposto sobre os aparelhos (2% sobre o preço de venda) e sobre as fitas virgens (3% do preço de venda). O imposto, depois de recolhido, era distribuído da seguinte maneira: 57% para as empresas (gravadoras e editoras musicais) e apenas 43% para os autores, ou seja, uma exploração aos autores e principalmente ao grande público.

Outro acontecimento que marcou o mundo musical, e do Direito Autoral como um todo nos últimos anos, foi o fato de que muitas obras do começo do século XX estavam com o prazo de validade vencendo, em relação aos direitos de autor e de propriedade, o que as tornaria a partir daí de domínio público, causando preocupação a grandes corporações capitalistas, entre elas Walt Disney e Warner. Nos EUA, tal prazo era de 50 anos. A primeira preocupava-se com os personagens Mickey Mouse, que entraria em domínio público em 2003, Pluto em 2005, Pateta e Pato Donald em 2007 e 2009, respectivamente. Já a Warner preocupava-se com o personagem Pernalonga, cujos direitos expirariam em 2015 e com uma série de obras cujos direitos possuía, entre elas, o filme "E o vento levou" que expiraria em 2014, e uma série de músicas de George Gershwin¹¹³², entre elas a canção "Rhapsody in Blue" e a ópera "Porgy and Bess", cujos direitos expirariam em 1998 e 2010, respectivamente. Lamentavelmente, o Senado americano aprovou, em 1998, após *lobby* de várias corporações, a ampliação dos direitos autorais após a morte do autor de 50 para 70 anos, caso o direito fosse propriedade de uma pessoa e a ampliação de 75 para 95 anos caso o direito fosse propriedade de uma empresa. Ou seja, um monopólio que não parece ter fim: é a laranja que tem sua polpa extraída ao máximo, restando só o bagaço. Além do mais, tal resolução mostra perfeitamente o mundo em que vivemos, onde o interesse de empresas vale mais que o de pessoas.

7. Considerações finais

¹¹³² Compositor estadunidense (1898-1937), dentre suas obras encontram-se clássicos do jazz e da Broadway.

A evolução tecnológica não pode ser vista como inimiga do direito, mas sua parceira. O direito deve tentar caminhar a fim de alcançar as transformações trazidas pela tecnologia através das figuras dos juristas que precisam para fazer um bom trabalho analisar consciente e abertamente a sociedade em que está inserido e acompanhar as evoluções tecnológicas. Leituras conservadoras da lei atrasam ainda mais a evolução do direito e o distancia da realidade social pela qual ele deve zelar. Nós juristas temos que manter nosso foco de visão sempre ampliado, a interpretação e análise da letra da lei não podem restringir ou coibir um ato que a cultura social já absorveu e pratica intensamente. A tecnologia não pode beneficiar apenas grandes multinacionais, neste caso da música, mas também autores e principalmente aqueles que vão adquirir o produto, a população em geral.

Os Direitos Autorais, assim como todo o direito deve ser sempre revisto, seguindo os novos ares que a cultura toma, posto que a cultura é dinâmica e acompanha as transformações da sociedade no ritmo acelerado da atualidade. A internet propiciou tal intercâmbio de músicas, e isto é fato histórico, possibilitando maior acesso à Arte, algo que é direito de todos.

Não é mais o momento de defendermos a posição do autor frente a sua obra com unhas e dentes, por mais que isto seja importante, já que essa posição já lhe é garantida e amplamente aceita no mundo atual. Nos últimos anos, autores vêm obtendo conquistas no mundo, como o exemplo citado no artigo sobre o Projeto de Lei obrigando a numeração de CDs. Infelizmente, as conquistas dos criadores, muitas vezes, não atingem o consumidor, sendo que o abuso econômico continua. O foco das Leis de Direitos Autorais hoje deve centrar-se nas relações humanas, comerciais ou não e nos interesses dos homens frente à arte, possibilitando a todos o acesso a esta, de forma que não haja comprometimento financeiro e nenhum desvio de conduta. A pirataria, tão criticada pela indústria fonográfica (de fato, ela se caracteriza como conduta reprovável), é fomentada por um círculo vicioso, pois com a alta dos preços dos discos, boa parte da população, principalmente de baixa renda, acaba se submetendo a ela. Enquanto as gravadoras só pensarem no lado econômico, a pirataria continuará crescendo, ou seja, indiretamente a própria indústria fonográfica financia a pirataria. No

Brasil já foi comprovado que os artistas que mais sofrem com ela são os preferidos da população pobre.

A Arte é feita para ser apreciada por todos; fatores econômicos que restringem o acesso não podem extrapolar barreiras e tornarem-se o único objetivo da produção artística. Com a troca de arquivos musicais P2P, para uso particular e sem nenhuma intenção de lucro, não podemos interpretar um descaso com os direitos do autor, já que seus direitos morais são mantidos na transferência e os patrimoniais não sofrem nenhuma alteração. A história mostra que autores perdem direitos sobre suas obras por causa da política mercantilista das gravadoras. Isto é que deve ser mudado, portanto, já que enriquece a indústria cultural às custas de consumidores e artistas. As palavras de Nehemias Gueiros Jr. encerram muito bem este artigo:

“A tecnologia é inexorável, e, como sempre, chega para ficar. Caberá aos conglomerados musicais adaptarem-se ou sucumbirem diante das próprias políticas cartelizantes e da locupletação de royalties de seus artistas que praticam há pouco menos de 100 anos no mercado mundial. Um dia a fórmula estava fadada a falhar. Décadas de contratos leoninos e unilaterais, margens absurdamente “inchadas” em seus balanços anuais e, principalmente, substancial “gordura” nos preços praticados com seus produtos no mercado (CDs e DVDs), levaram à disseminação da prática de “baixa” de músicas diretamente da Internet”.

Durante anos, tivemos que aceitar calados a política das gravadoras; agora, elas devem se adaptar ao que vem ocorrendo. Sendo assim, ninguém sairá perdendo, e a transparência estará cada vez mais presente no meio fonográfico, em respeito ao intelecto dos autores e aos próprios consumidores.

8. Bibliografia

CABRAL, Plínio. A Nova Lei de Direitos Autorais – comentários. São Paulo: Editora Habra, 2003.

FIGUEIREDO, Antonio Carlos (org.). Vade Mecum Acadêmico da Legislação Brasileira. São Paulo: Primeira Impressão, 2005.

GUEIROS JR., Nehemias. É legal fazer download musical, afirma juíza da Espanha. In: Revista Consultor Jurídico, 10 de novembro de 2006. Disponível em: <www.consultorjuridico.com.br>. Acesso em: 12 dez. 2006.

_____. A abertura do mercado da propriedade intelectual. In: Revista Consultor Jurídico, 2 de maio de 2006. Disponível em: <www.consultorjuridico.com.br>. Acesso em: 12 dez. 2006.

KAMINSKI, Omar. Um novo rumo para a propriedade intelectual. In: Revista Consultor Jurídico, 2 de junho de 2002. Disponível em: <www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Creative%20Commons.htm>. Acesso em: 13 ago. 2007.

MARZOCHI, Marcelo de Luca. Aspectos jurídicos da Internet no Brasil. Editora LTR, 2000.

SILVEIRA, Newton. A Propriedade Intelectual e as Novas Leis Autorais. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1998.

STUART MILL, John. Princípios de Economia Política. Volume II. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

<http://pt.wikipedia.org/wiki/Lob%C3%A3o_%28m%C3%BAsico%29>. Acesso em: 05 ago. 2007.

<http://www.cartamaior.com.br/templates/materiaMostrar.cfm?materia_id=14116&editoria_id=12>. Acesso em: 05 ago. 2007.

<<http://www.abrale.com.br/noticias/009.htm>>. Acesso em: 05 ago. 2007.

<<http://www.midiaindependente.org/pt/blue/2002/07/31186.shtml>>. Acesso em: 05 ago. 2007.

<http://cliquemusic.uol.com.br/br/Acontecendo/Acontecendo.asp?Nu_materia=3681>. Acesso em: 05 ago. 2007.

<<http://www.socinpro.org.br/decreto.htm>>. Acesso em: 05 ago. 2007.

<<http://conjur.estadao.com.br/static/text/53003,1>>. Acesso em: 05 ago. 2007.

<<http://conjur.estadao.com.br/static/text/36630,1>>. Acesso em: 05 ago. 2007.

<<http://www.midiaindependente.org/pt/blue/2002/06/29908.shtml>>. Acesso em: 05 ago 2007.

<<http://pt.wikipedia.org/wiki/Copyleft>>. Acesso em: 15 ago. 2007.

<http://pt.wikipedia.org/wiki/George_gershwin>. Acesso em: 15 ago. 2007.

Posfácio

Ministério da Cultura - MinC



**POLÍTICA PÚBLICA DE DIREITOS AUTORAIS:
DIAGNÓSTICO, DIRETRIZES E ESTRATÉGIAS**

Marcos Alves de Souza
José Vaz de Souza Filho
Samuel Barichello Conceição
Angeline Monteiro Prata

Os últimos vinte anos têm sido marcados por uma crescente ampliação do alcance e do escopo das leis que regulam o setor de Propriedade Intelectual em todo o mundo, assim como pelo fortalecimento dos mecanismos de observância. Muitos países em desenvolvimento vêm contraindo obrigações restritivas em matéria de Propriedade Intelectual, mesmo não dispondo da infra-estrutura e capacidade institucionais necessárias à assimilação de novas regras.

Estes fatos resultaram em um regime de Propriedade Intelectual que, ao invés de privilegiar a proteção da criação intelectual, caminha progressivamente no sentido de priorizar as garantias jurídicas oferecidas aos que investem na difusão de bens intelectuais. Embora seja vital assegurar um ambiente favorável a esses investimentos, essa mudança de foco tem se mostrado em clara contradição com a evolução das tendências tecnológicas, econômicas e sociais. Isso representa uma ameaça à criatividade e à inovação, ameaça essa acentuada principalmente nos países em desenvolvimento, onde o acesso à cultura e ao conhecimento é dificultado pelos problemas sociais existentes.

Ao contrário do que vem acontecendo com a ampliação do regime mundial de Propriedade Intelectual, o Brasil, além de liderar posições internacionais importantes, vem formulando uma firme política pública no sentido de se preservar os princípios necessários ao equilíbrio fundamental entre os benefícios e os custos sociais provenientes da proteção dos Direitos Autorais. Essa política está baseada nos seguintes pilares:

1. Promoção do equilíbrio entre os direitos conferidos pelas leis de Direitos Autorais a seus titulares e os direitos dos membros da sociedade de terem acesso ao conhecimento e à cultura;

2. Promoção do equilíbrio entre os direitos conferidos pelo regime de Direitos de Autor e Direitos Conexos aos criadores e aos investidores, de forma que estes direitos efetivamente estimulem a criatividade;
3. Implementação de um Sistema de Proteção de Direitos Autorais que responda plenamente às necessidades e problemas específicos de nossa sociedade, garantindo que os custos de sua implementação não sejam superiores aos benefícios por ele proporcionados.

Hoje, os principais desafios a serem enfrentados pela Coordenação-Geral de Direito Autoral do Ministério da Cultura, órgão do Ministério subordinado à Secretaria de Políticas Culturais, responsável pela gestão das políticas de Direitos Autorais, dizem respeito à atualização do marco regulatório e à necessidade de retomar a atuação do Estado como responsável pela supervisão, regulação e fiscalização das atividades de Direitos Autorais no País, o que demanda, também, a reestruturação do setor de Direito Autoral do Estado brasileiro.

O processo de mudança da Lei e a reestruturação desse setor exigem uma grande mobilização da sociedade como forma de pressionar e agilizar a tramitação dos trabalhos no Congresso além de confrontar as resistências provenientes de diversos setores, o que implica no envolvimento das diversas categorias interessadas na área de Direito Autoral, ou seja, os autores, os investidores e a sociedade de uma forma geral.

Nesse sentido, este documento tem como objetivo delinear as diretrizes e estratégias da Política Pública de Direitos Autorais do MinC. Aqui é apresentado o estado da arte sobre o Direito Autoral no Brasil, acompanhado do diagnóstico dos principais desafios identificados, para que sejam amplamente debatidos e, dessa maneira, enriqueçam as propostas ora apresentadas.

O documento está assim organizado: na primeira parte apresentaremos o cenário atual do Direito Autoral no Brasil e as diretrizes que queremos levar a termo; e, em seguida, a estratégia da atuação para se atingir as mudanças sugeridas a partir das diretrizes apresentadas.

1) Diagnóstico dos Direitos Autorais no Brasil

Podemos afirmar que atualmente, no Brasil, o sistema legal e institucional é incapaz de contemplar de forma eficaz e equilibrada todos os interesse envolvidos na área do Direito Autoral. A **baixa institucionalização desse setor no Estado** e a inadequação do seu **marco legal** são dois fatores determinantes que serão discutidos e pormenorizados ao longo desse documento.

Antes de discorrer sobre esses fatores, é importante fazer um breve histórico acerca da evolução do Sistema Autoral no Brasil, de forma não só a traçar um paralelo com sua atual situação, como também identificar as principais causas responsáveis pelas fragilidades existentes hoje no Sistema. Para tal, partiremos da década de 70, quando da criação do **Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA)**, órgão historicamente reconhecido como de importância vital para o setor.

O Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA) foi criado em 1976, por intermédio da antiga Lei Autoral, **Lei nº 5.988** de 14 de dezembro de 1973, que estabelecia em seu art. 116: *“O Conselho Nacional de Direito Autoral é o órgão de fiscalização, consulta e assistência, no que diz respeito a direitos do autor e direitos que lhes são conexos”*.

Em 1990, o Conselho foi desativado e a formulação de qualquer política pública para a área de Direitos Autorais ficou consideravelmente comprometida. **Dessa maneira, o Brasil tornou-se um dos raros países no mundo onde o Estado não possui competências legais para regular a matéria.**

A **extinção do CNDA** ocorreu, na prática, antes mesmo da vigência da **Lei nº 9.610/1998** e demonstra a intenção do Estado, na época, em diminuir sua intervenção nas relações derivadas dos Direitos Autorais. A Lei atual, nascida com o intuito de atualizar e consolidar a legislação sobre a matéria, seguiu esse espírito, não prevendo qualquer espécie de atuação estatal em matéria de Direito Autoral, situando o tema como uma relação de direito privado na qual cabe aos titulares de Direitos Autorais ou a suas Associações a defesa de seus interesses, sem nenhuma regulação do Estado.

Esta lacuna na ação governamental só começa a ser recuperada nos últimos anos, a partir da gestão do Ministro Gilberto Gil à frente do Ministério da Cultura, que se volta ao incentivo e ao fortalecimento do setor autoral, fazendo com que a

Coordenação-Geral de Direito Autoral do Ministério venha adotando uma forte posição institucional em discussões, negociações e outras ações, tanto em nível nacional como internacional, liderando resoluções e promovendo a matéria.

No entanto, os desafios ainda são imensos. O setor autoral brasileiro conta hoje com uma **estrutura tímida** e de certa forma **limitada** para a realização de sua atual missão institucional, qual seja a de “*subsidiar os atos relativos ao cumprimento da legislação sobre Direito Autoral, bem como orientar as providências referentes aos tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil, sobre direito de autor e direitos que lhes são conexos*”, estando dentre esses atos: a difusão dos princípios e objetivos dos Direitos de Autor e Direitos Conexos; a emissão de pareceres técnicos sobre questões relativas aos Direitos de Autor e Direitos Conexos; a defesa da integridade e genuinidade da obra caída em domínio público; o apoio a formulação de proposta de alteração da legislação autoral, na ordem interna e internacional; inclusive aquelas relacionadas com o comércio de bens intelectuais; a coordenação das atividades de registro de obras protegidas; a formulação e gestão da política pública relacionada a Direitos de Autor e Direitos Conexos; as negociações de tratados e convenções internacionais sobre Direitos de Autor e Direitos Conexos; o atendimento ao público de questões relacionadas ao tema autoral.

Mesmo sendo as ações acima elencadas aquém das expectativas de atuação vislumbradas para o Estado no âmbito do Direito Autoral, a execução apenas dessas ações com critérios de excelência exigiria uma estrutura setorial muito mais robusta do que a atualmente encontrada na Coordenação-Geral de Direito Autoral do Ministério da Cultura, que pudesse ainda fazer face à crescente demanda de serviços e responsabilidades que recaem sobre o setor.

Até bem pouco tempo, a área responsável esteve sob a direção de um Coordenador, passando durante o atual governo, sucessivamente, a estar a cargo de um Gerente e, atualmente, de um Coordenador-Geral.

A evolução do grau hierárquico de responsabilidade, primeiro de coordenação onde se trabalhava em nível operacional, para uma gerência responsável pela implementação de políticas de curto alcance no tempo e finalmente para uma coordenação-geral com competências gerais para a formulação e implementação de políticas de longo prazo para o setor é fruto da relevância que a atual gestão do Ministério vem paulatinamente atribuindo à área. Não obstante a evolução do quadro de pessoal do setor de Direito Autoral na Gestão Gil, faz-se necessária ainda, uma reestruturação geral do setor.

Em termos relativos, a atual estrutura do setor brasileiro torna-se insignificante quando comparada à estrutura do setor autoral de outros países, até mesmo a dos países de nosso continente, a América Latina, como a da Argentina com 41 funcionários, a da Colômbia, com 44 funcionários, a de Cuba, com 48 funcionários, a do México, com 172 funcionários e a República Dominicana, com 29 funcionários, conforme dados levantados para a Reunião Regional de Diretores de Oficinas de Direito Autoral da América Latina, em maio de 2006, pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI).

O quadro comparativo a seguir, demonstra a necessidade de uma reestruturação organizacional e funcional desse setor frente aos desafios e complexidade das ações atualmente desempenhadas por ele, sem falar naquelas ações que decorreriam de uma mudança do papel do Estado, já citadas neste documento.

Países	F uncionários
Brasil	08
República Dominicana	29
Argentina	41
Colômbia	44
Cuba	48
México	172

(Fonte: Reunião Regional de Diretores de Oficinas de Direito Autoral da América Latina, promovida em 2006, pela OMPI)

Quando nos defrontamos com as ações que o setor de Direito Autoral do Ministério da Cultura tem empreendido atualmente, as quais muitas vezes vão além daquelas presentes em sua missão institucional, concluímos que a sua estrutura organizacional é insuficiente sequer para dar conta de sua realidade atual: formulação e gestão da política de Direito Autoral com interfaces com o Plano Nacional de Cultura (PNC), com o programa “Mais Cultura”, com a implementação da TV Digital no Brasil etc; negociações e reuniões internacionais (tratado de radiodifusão, Agenda para Desenvolvimento, Mercosul, Rede Internacional de Políticas Culturais, Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais da UNESCO etc); atuação no Conselho Nacional de Combate à Pirataria (CNPC) e no Grupo Interministerial de propriedade Intelectual (GIPI); promoção e difusão do Direito Autoral (atendimento ao público, capacitação técnica e realização de fórum de debates); análise de pareceres sobre projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, realização de estudos e pesquisas; articulação de parcerias transversais; participação em audiências públicas e em grupos de trabalho, com o objetivo de discutir o papel do Estado e a mudança da Lei; sem falar nas inúmeras entrevistas e palestras que somos convidados a participar, dentre outras ações de igual relevância muitas vezes não previstas em nossa agenda regular de trabalho.

Outros fatores considerados preocupantes são a dificuldade de consolidar-se uma *expertise* estatal, perante a falta de expectativas de longo prazo dos funcionários para continuar trabalhando no tema, devido a falta de uma política autoral consolidada e apoiada em um marco legal consistente que garanta a continuidade das ações em curso, além da baixa remuneração dos servidores de carreira do Ministério da Cultura, o que causa uma alta rotatividade do seu quadro técnico. Sendo esta uma área de importância vital e estratégica para o desenvolvimento de ações de governo, é fundamental que seu quadro técnico seja formado por servidores públicos que possam promover a continuidade, garantir a equidistância dos vários interesses envolvidos e assegurar a formação de uma cultura pública de Direitos Autorais.

2) Diretrizes para a Reestruturação do Setor Autoral

A ausência de competências claras do Estado na Lei Autoral não permite que este assumas responsabilidades além das presentes no regimento interno, como por exemplo, a supervisão, regulação e promoção da gestão coletiva de Direitos Autorais, a mediação e arbitragem de conflitos em nível administrativo, e a defesa e proteção das obras caídas em Domínio Público, dentre as inúmeras atividades necessárias à atuação estatal.

Além disso, o País corre um risco potencial de sofrer **painéis de solução de controvérsias na OMC** (Organização Mundial do Comércio), ou seja, se submeter a um processo de julgamento de disputas comerciais internacionais que ocorre quando um país viola algum dispositivo de acordos firmados no âmbito dessa Organização, como é o caso do acordo TRIPS (Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio).

No caso do Brasil, por exemplo, isso pode ocorrer em decorrência de falhas do sistema de gestão coletiva quanto ao **repasso de valores arrecadados em nome de titulares estrangeiros**. É importante ressaltar que as retaliações resultantes de um painel na OMC podem ser retaliações cruzadas, o que significa que um país, ao violar uma regra referente à Propriedade Intelectual, pode sofrer retaliação quanto aos procedimentos de comércio internacional sobre uma *commoditie* qualquer. Isto é, se o Brasil violar uma regra na área de Direitos Autorais, pode sofrer retaliações na exportação de aço, de soja etc. Da mesma forma, o Brasil poderia atuar na defesa dos autores nacionais caso comprovasse sonegação nos repasses de outros países.

Por isso é importante implementar através de legislação específica alguns princípios norteadores das ações dos órgãos de gestão coletiva como a proporcionalidade, razoabilidade e impessoalidade nos critérios de fixação de tarifas e de distribuição dos valores arrecadados para os titulares de direitos; a ampla e célere publicidade de todos os atos da vida institucional, particularmente dos regulamentos de arrecadação e distribuição; a garantia de representação mínima dos associados nas suas instâncias deliberativas; a busca de eficiência e economicidade na administração das associações, objetivando a redução contínua de seus custos administrativos; e a razoabilidade nos prazos de distribuição dos valores aos titulares de direitos, além de

submeter seus atos às disposições da Lei 8.884/94 (Lei da defesa da concorrência). Tais diretrizes contribuiriam para promover e fortalecer essa atividade, aumentando a sua legitimidade e contribuindo para o combate à inadimplência dos grandes usuários de música, principalmente.

Por outro lado, os órgãos de gestão coletiva podem fazer a arrecadação e distribuição dos direitos relativos à remuneração por **cópia privada**, cuja implementação seria desejável no caso brasileiro. Esse instituto permite que o usuário faça uma única cópia privada de uma obra protegida, desde que, **para uso próprio e sem fins comerciais ou de obtenção de lucro**. A fim de evitar prejuízos aos titulares de direitos, isso viria acompanhado do pagamento de uma taxa compensatória que incidiria sobre as mídias virgens e outros equipamentos utilizados para a reprodução, em favor dos autores e demais titulares. A retomada da cópia privada pode ser um instrumento para favorecer o tão almejado balanceamento da Lei, assim como o fazem muitos países, resolvendo inclusive a polêmica questão das fotocópias nas universidades.

Ademais, é importante que seja incentivada a criação de novas associações para a gestão coletiva de direitos em setores em que não há, hoje, qualquer organização dos titulares.

Um exemplo é a criação de uma entidade de gestão coletiva responsável pela arrecadação e distribuição dos direitos gerados pela exibição pública das **obras audiovisuais** para as **diferentes categorias de titulares** dessas obras, incluindo os roteiristas e diretores, categorias hoje não contempladas com o direito de remuneração pela exibição pública.

O novo modelo deve contar também com uma **Comissão de Arbitragem e Mediação Autoral**, criada no âmbito do órgão responsável pela política de Direito Autoral com competência para resolver, sucessivamente por mediação e por arbitragem, os conflitos resultantes de disputas, por exemplo, entre autores, editores e produtores; entre associações de gestão coletiva e usuários e de usuários frente titulares de direitos. Essa Comissão deve ser composta por membros bacharéis em direito ou com notório conhecimento em Direito Autoral, representativos dos diversos interesses ligados aos Direitos Autorais, incluindo obrigatoriamente ao menos um representante dos usuários de obras intelectuais protegidas por Direitos Autorais.

Outra questão fundamental referente à atuação do Estado na seara autoral, diz respeito ao **fortalecimento da proteção das obras intelectuais caídas em Domínio Público**, as quais fazem parte do patrimônio cultural nacional. A proteção concedida pelos Direitos Autorais é limitada pelo tempo, o que significa que depois de um determinado período em que o autor e demais titulares se beneficiam da exploração de suas obras, essas passam a ser de livre acesso da sociedade, proporcionando um equilíbrio entre os interesses públicos e privados.

O sistema de domínio público funciona então, como uma via de mão dupla, em que, após o prazo determinado pela Lei, os criadores e titulares contribuirão para o enriquecimento cultural dos povos, permitindo a formação de um acervo cultural de acesso livre e gratuito para a população, respeitadas, apenas, a sua integridade e o seu crédito.

Sendo assim, algumas medidas devem ser promovidas pelo Estado para a **manutenção e difusão desse acervo cultural**, como a promoção do acesso da população aos bens intelectuais de domínio público e a possível diminuição do prazo de proteção autoral para alguns tipos de obras, pois nossos prazos são maiores do que os exigidos pelos tratados e acordos internacionais firmados pelo Brasil.

Sobre a **garantia de acesso da sociedade** às obras caídas em domínio público, nossa legislação atual é fraca e deve ser revista no sentido de prover o Estado de competências claras para zelar pelo acesso a esses bens. Além disso, a Lei deve estabelecer novos dispositivos que facilitem esse trabalho, como caracterizar como infração de abuso de direito e de ordem econômica o **impedimento de acesso, a utilização indevida ou a apropriação privada** dessas obras;

tornar inequívoco o que não é material protegido por Direito Autoral, portanto de livre acesso; e defender a integridade e a autoria da obra caída em domínio público de autores que não tenham deixado sucessores.

O Estado deve ainda ter meios de manter **bases de dados com informações sistematizadas sobre as obras caídas em domínio público** de forma não somente a facilitar o acesso da população a esses bens, como também, permitir a defesa desse patrimônio, o que representa um grande desafio, mas significa também a capacitação

brasileira na operação de tecnologias de informação de importância estratégica para a formação cultural de nosso povo.

Outro ponto que carece de ampla reforma é o **sistema brasileiro de registro de Direito Autoral**, hoje funcionando em condições bastante precárias. Seguindo a tradição dos países de base jurídica românica, o Direito de Autor no Brasil subsiste sem formalidades, isto é, **o registro é facultativo**, gerando apenas a presunção de autoria. Diferentemente do que ocorre com as marcas e patentes, cujo registro é constitutivo de direito, o registro de obra intelectual é considerado declarativo e voluntário. No entanto, verifica-se na prática que o registro de obras intelectuais é uma medida de **proteção administrativa assecuratória e eficaz contra terceiros**, porque goza de fé pública, valendo inclusive como prova judicial de anterioridade em relação à obra idêntica publicada por terceiros sem autorização.

A Lei Autoral de 1998 derogou o princípio de gratuidade do registro e dispõe que o seu valor deve ser estabelecido por ato do titular do órgão da administração pública declarada competente para lavrar o registro. As entidades que realizam o registro no Brasil são a Fundação Biblioteca Nacional, a Escola de Música da Universidade Federal do Rio de Janeiro, a Escola de Belas Artes da Universidade Federal do Rio de Janeiro e o Conselho Nacional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia. A natureza da obra é o fator determinante para a escolha da entidade competente para o registro, e o fato de serem muitas as entidades tem gerado confusão para os usuários e conflitos entre elas próprias.

Em sua maioria, estas entidades atuam com escassos recursos e comumente registram as obras sem qualquer critério que comprovem se estas são efetivamente obras intelectuais, bastando para isso o pagamento de taxas formuladas, independentemente do Ministério da Cultura ter baixado qualquer norma complementar sobre a formação destes valores. Ademais, não há efetivamente o **registro para obras audiovisuais**, mas apenas uma licença concedida pela Agência Nacional de Cinema (ANCINE) para fins de comercialização em território nacional, devendo o argumento e o roteiro da obra serem registrados, como obra literária, na Fundação Biblioteca Nacional. Isso é válido também para outras categorias de obras protegidas como, por

exemplo, as **obras coreográficas e pantomímicas e as cartas geográficas**, atualmente sem órgão específico para os seus registros.

É fundamental nesta revisão do papel do Estado ora proposta a organização dos serviços de registro, isto é, estabelecer mecanismos transparentes de cobrança e destinação dos valores arrecadados e mecanismos de critérios e padrões uniformes de tratamento e recuperação das informações. Outra idéia seria concentrar as modalidades de registro no âmbito da Fundação Biblioteca Nacional, por meio da criação de um centro de referência que facilite a construção de uma base de dados consistente sobre obras registradas e contribua com o controle das obras caídas em Domínio Público, conforme mencionado anteriormente, além de estimular a descentralização geográfica de escritórios de registro ligados ao órgão responsável, garantindo amplo acesso do autor a esse serviço.

Diante desses e de uma série de outros problemas que serão apresentados em seguida, acreditamos que a mudança da Lei Autoral brasileira é urgente e imprescindível. Não é só **a falta de um papel claro do Estado** que preocupa, mas outros aspectos da Lei precisam ser reavaliados, discutidos e contemplados em virtude de se atingir o justo **equilíbrio entre os interesses de autores e investidores e entre os interesses públicos e privados** além de adequá-la a um novo ambiente de convergência de mídias e novas formas de distribuição de bens intelectuais.

Dentre esses aspectos a serem reavaliados, podemos começar por algumas **definições e conceitos** contidos na Lei Autoral. A Lei contém uma série de imprecisões técnicas, como por exemplo: as definições de **transmissão, retransmissão e radiodifusão**; a ausência de definição de **obra em colaboração**, causando confusão de interpretação sobre o regime de proteção da obra audiovisual; a definição imprecisa da modalidade de utilização referente ao ato de **colocar à disposição do público as obras**.

Vê-se algumas imperfeições, da mesma maneira, na falta de especificação clara de algumas obras no rol de **conteúdos não protegidos** por Direito Autoral, como, por exemplo: as agendas, cadastros e legendas ilustrativas ou explicativas; as traduções de material não protegido por DA; as bases de dados não originais; e as normas técnicas.

Essas últimas são objeto de Projeto de Lei, tramitando atualmente no Congresso Nacional, visando sua inclusão equivocada no rol de obras protegidas por falta de clareza na Lei sobre os requisitos de originalidade e criatividade desejáveis a uma obra intelectual protegida.

Outra lacuna pode ser vista na ausência de um dispositivo que contemple a **“exaustão”** de direitos de distribuição, ou seja, a limitação ao exercício desse direito após a primeira venda, o que não implica em uma renúncia ao Direito de Autor. É uma medida que favoreceria a livre concorrência, gerando maior circulação dos bens culturais e ampliação das suas condições de acesso.

Em se tratado de **ambiente digital**, os problemas se revelam abissais. Apesar de a Lei ser recente, ela não se ajustou aos desafios impostos por esse novo ambiente. É o que se observa quando se trata de **medidas tecnológicas de proteção** (TPMs, em inglês) que foram introduzidas em nossa Lei como solução à circulação de obras protegidas pela Internet numa tentativa equivocada de se controlar tal circulação.

No entanto, as TPMs se revelaram de grande ineficácia e mais um dos elementos que afetam o equilíbrio do Sistema Autoral, representando verdadeira ampliação de direitos dos titulares no ambiente digital. Dessa maneira, prejudica-se o **direito às limitações e exceções e o acesso ao domínio público** previstos na Lei, impede-se a **interoperabilidade e a portabilidade de arquivos** em formatos e mídias diferentes, e coloca-se em questão a disponibilidade para a população brasileira dos avanços propiciados pelas novas tecnologias, como na **convergência de mídias**.

Essas medidas de proteção tecnológica ou devem ser suprimidas da Lei Autoral ou alteradas de forma a possibilitar que esses dispositivos anticópias, introduzidos nas obras e produções protegidas por Direitos Autorais, possam ser desabilitados ou alterados em função dos usos lícitos de uma obra intelectual como é o caso das **limitações e exceções aos Direitos Autorais** (objeto de uma maior reflexão mais adiante) e do **domínio público**.

De fato, não só a Lei Autoral como também o Código Penal devem **tornar ilícitos** todos os atos que impeçam o gozo da exceção ou limitação ao Direito de Autor ou aos que lhe são Conexos, assim como aqueles que impeçam o acesso ou a utilização de obras caídas em domínio público, e ainda ou a apropriação indevida dessas obras.

Quanto ao problema do desequilíbrio entre os interesses **público e privado**, esse se revela, de forma ainda mais intensa, no âmbito das limitações e exceções aos Direitos Autorais, as quais estão em desacordo com nossa realidade social e econômica, causando conflitos constantes entre titulares e cidadãos. É o que se observa em relação ao instituto da **cópia privada**, conforme comentamos anteriormente.

Outro problema que afeta o setor educativo e cultural é a falta de um dispositivo na Lei brasileira que permita a reprodução digital, sem intuito de lucro ou fim comercial, realizada por **biblioteca, arquivo ou museu públicos, ou instituição de ensino ou de pesquisa** e destinada às atividades dessas instituições como, por exemplo, as **cópias digitais para a segurança** e manutenção de seus acervos. Além disso, é igualmente importante que a Lei permita que essas instituições façam **uso local** dessas cópias de seu acervo, colocando-as à disposição de seu público cliente, para fins de investigação ou estudo pessoais, como o fazem muitas bibliotecas do mundo.

Outro ponto não contemplado pela Lei é a possibilidade de **reprodução temporária e efêmera de arquivos digitais**, que na verdade se constitui em uma reprodução transitória ou pontual e parte de um processo tecnológico de transmissão feito por uma rede de computadores, como acontece na Internet. A Lei, da forma com estar hoje, ao controlar o direito de copiar, controla também o acesso à informação, já que para se acessar qualquer conteúdo exibido na Internet, este precisa ser reiteradamente copiado. Quando esse conteúdo é uma obra protegida por direito autoral, torna-se necessária a autorização prévia dos titulares para que não se incorra em ilegalidade, o que praticamente inviabiliza o acesso.

A falta de equilíbrio do Sistema de Direito Autoral, pode ainda ser amenizada por meio da **ampliação do escopo das limitações** previstas na Lei que, para além do instituto da **cópia privada**, pode permitir o **acesso às obras** para alguns casos especiais que não tenham fins comerciais nem intuito de lucro como: para fins humanitários ou científicos, tais como direitos humanos, defesa ambiental, combate às desigualdades, socorro a doenças epidêmicas, preservação de comunidades tradicionais, dentre outras; pelos portadores de necessidades especiais no esforço de contribuir para a inclusão sócio-cultural de uma minoria muitas vezes marginalizada; para fins de ensino, incluindo a educação à distância, contribuindo para o desenvolvimento da educação;

para fins de investigação ou estudo pessoais; para fins de publicidade relacionada com a venda de obras intelectuais; para instituições sociais sem fins lucrativos, tais como hospitais e presídios; e para a seleção regular de artigos e notícias de imprensa periódica, sob forma de revista de imprensa, conhecida como *clipping*.

A Lei também pode contemplar no rol das “limitações” a **comunicação ao público** de obras protegidas, em alguns casos especiais, sem fins comerciais ou intuito de lucro, como a representação teatral, a exibição audiovisual e a execução musical realizadas: no curso de cerimônias oficiais de caráter cívico, promovidas pela administração pública ou cerimônias de caráter religioso restritas ao interior de templos, igrejas etc; e nos hospitais e unidades de saúde públicas e estabelecimentos de ensino.

Outro aspecto condenável que poderia ser considerado inequivocadamente como um **ilícito**, tanto pela Lei Autoral como pelo Código Penal, é o **jabá** - prática habitual na radiodifusão de músicas de se oferecer vantagens monetárias ou de outra natureza para a difusão de músicas em uma rádio ou TV – o que se constitui em um mecanismo perverso e uma competição desleal, onde quem pode pagar mais obtém maior veiculação da comunicação pública de suas obras e, conseqüentemente, recebe maior arrecadação, o que prejudica especialmente o artista iniciante e independente. Ou seja, esses dois instrumentos legais devem reprimir e penalizar aquele que oferecer ganho, vantagem ou proveito que beneficiem o titular com uma maior execução pública de obras ou fonogramas em organismos de radiodifusão.

A Lei também deve contemplar um mecanismo, já freqüente em vários países, conhecido como **licenciamento não voluntário** de obras, que se encontrem sob determinadas condições que possam prejudicar o acesso a essas pela população, como: as que forem utilizadas por seus titulares de forma abusiva; as que não forem exploradas no território brasileiro; e as que tiverem sua comercialização feita de modo a não satisfizer as necessidades do mercado, como no caso de livros esgotados, sempre com o cuidado de garantir uma justa retribuição ao titular originário dessas obras.

O nosso diploma legal é também omissivo no que se refere **às obras sob encomenda, na prestação de serviços e sob contrato laboral**. Vale lembrar que a antiga Lei Autoral, Lei de número 5.998/73, adequadamente garantia para a obra

intelectual produzida em cumprimento de um dever funcional ou a contrato de trabalho ou de prestação de serviços, que a titularidade de seus respectivos direitos econômicos pertencesse a **ambas as partes**. A Lei atual suprimiu totalmente esse dispositivo, gerando conflitos entre as partes envolvidas. Propostas possíveis para a alteração da Lei atual sobre este tópico seria, então, convalidar a disposição estabelecida na antiga Lei para esses casos, ou ainda buscar uma similaridade com o tratamento dado aos programas de computador (Lei 9.609/98) acrescentando outras medidas que visem, dentre outros efeitos, permitir ao autor publicar suas obras sob o formato de coleções e garantir os Direitos Autorais decorrentes da utilização das mesmas.

Já no caso em que as partes fossem o Ente público e o servidor, isto é, **de obras criadas por um agente do Estado no exercício de suas funções**, é importante que a Lei garanta ao autor os seus direitos patrimoniais, dando ao Estado, no entanto, o **direito de uso dessa obra para fins institucionais não comerciais** e sob determinadas condições que não viesse a prejudicar a exploração da obra pelo seu autor e/ou demais titulares. O mesmo pode ser feito para as obras **financiadas com dinheiro público** como, por exemplo, os projetos apoiados pelo PRONAC (Programa Nacional de Apoio à Cultura), evitando que o Estado pague duas vezes pela mesma obra, isto é, pague pela sua criação e pela sua utilização.

Assim como há o desequilíbrio na Lei Autoral entre titulares e cidadãos, observa-se também um desequilíbrio na relação entre **investidores** (editores, produtores fonográficos, radiodifusores etc) e **criadores**. Como já mencionado no início desse documento, a Lei deve buscar a promoção do equilíbrio entre os direitos conferidos pelo regime de Direitos de Autor e Direitos Conexos, aos criadores e aos investidores, e entre esses titulares e a sociedade em geral, de forma que esses direitos efetivamente estimulem a criatividade.

Os interesses normais do criador são os de divulgar amplamente sua obra, receber o crédito moral correspondente, ser remunerado e ser capaz de se envolver criativamente em outros trabalhos derivados da obra original (adaptações, arranjos, *sampling* etc). De acordo com esses interesses, percebe-se que o autor tem pouco a ganhar com a cessão definitiva de direitos, quando, a partir de uma única transação, o

autor pode ficar sem a titularidade da obra, perdendo muitas vezes o controle sobre o aproveitamento econômico de suas próprias criações.

Por outro lado, os interesses dos investidores, como editores, produtores de fonogramas ou de obras audiovisuais, são os de exclusividade e transferência definitiva de direitos, para extrair o máximo de retorno do investimento feito. Porém são comuns os casos em que a exploração econômica ignora a função social que deve ser observada no exercício de direito de propriedade, causando obstáculos para uma ampla difusão da cultura que impulse o desenvolvimento cultural do país.

Apesar de a Lei garantir que as partes contratantes possam determinar o espectro de ação dentro do qual deverão pautar a execução de seus negócios, é sabido que, em regra geral, os investidores são quem elegem a forma contratual que mais beneficie seus negócios em prejuízo dos autores, quase sempre a parte economicamente mais fraca e hipossuficiente da relação contratual, que muitas vezes com receio de perderem o trabalho e o acesso ao mercado, acabam se submetendo a contratos leoninos e abusivos.

Em outras palavras, há um **predomínio da cessão definitiva de Direitos Autorais**, além da transferência total dos direitos sobre **obras futuras**, colocando os criadores à mercê de contratos predatórios que podem levar à perda do controle de suas próprias obras. Sem dúvida, consideramos que a cessão definitiva de direitos – sem ressalvas que permitam a revisão contratual em caso de abusos ou alteração das condições em que foram pactuados - apresenta um alto custo para os criadores e que é fundamental discutir novos modelos de contrato de cessão de Direitos Autorais.

Um forte exemplo está na relação entre **compositores e editoras musicais**, por meio da qual podem ser firmados três tipos de contrato, o de cessão, o de edição e o de obra futura ou encomenda. É comum que esses contratos estabeleçam um **compromisso perpétuo entre os autores e as editoras**, fazendo com que os compositores sejam obrigados a pagar caro se não atingirem as metas contratuais mercadológicas impostas.

Apesar de não podermos generalizar, os problemas maiores se dão no **contrato de edição musical** (que embora seja um contrato de divulgação, na prática se constitui em uma cessão, muitas vezes definitiva, dos direitos autorais) e no de **obras futuras**. No primeiro, a editora fica responsável pela divulgação do repertório do compositor de forma que esse gere receita para ambas as partes, isto é, cabe a ela promovê-la no

mercado. No entanto, em vez disso, o que comumente acontece é que as editoras não assumem qualquer risco e acabam por aguardar comodamente que aqueles que se interessem em utilizar as obras requeiram a autorização necessária.

Quanto ao contrato de obras futuras ou encomenda, o problema é ainda mais grave. A editora passa a ter a exclusividade sobre obras futuras a serem criadas pelo compositor, isto é, sobre todas as suas criações musicais, durante a vigência do prazo estipulado em contrato. Ao assinar esse tipo de contrato, o compositor recebe da editora um adiantamento pecuniário em troca dos direitos de exploração de suas obras futuras. A partir daí, o compositor passa a dever ao contratante, o valor concedido que é transformado em “unidades vendidas”, conhecidas como “faixas”, cujos valores são corrigidos ano a ano. Ou seja, é estabelecida uma conta corrente com um saldo devedor em nome do compositor que é abatido à medida que suas obras são utilizadas em CDs, filmes ou por meio de execução pública.

Na prática, o que acontece, no entanto, é que as obras do compositor não alcançam o número de utilizações em “faixas” estabelecido previamente pela editora, em determinado prazo, o que acarreta o reajuste do saldo devedor novamente no valor das faixas e pior, em função disso os contratos são prorrogados automaticamente enquanto existir o “saldo devedor”. O compositor passa então a dever às editoras muito mais do que recebeu e se vê obrigado a criar mais obras para conseguir de volta sua liberdade.

Sendo assim, faz-se urgente que a Lei regule a **transferência definitiva** de Direitos de Autor e Conexos; a transferência de Direitos de Autor sobre **obras futuras** que porventura venham a ser criadas; a existência de cláusulas contratuais que determinem a **prorrogação indefinida do contrato** firmado, mesmo que seja para a recuperação de valores concedidos ao cedente como forma de adiantamento; além de prever a **revisão dos contratos** em caso de aumento do valor da obra durante a vigência do mesmo; e a **vinculação do contrato** de transferência de direitos **ao contrato de trabalho** ou prestação de serviço.

Quanto às **obras audiovisuais**, a Lei Autoral é mais uma vez inconsistente, visto que seu regime de proteção apresenta uma redação dada a temas como **autoria, prazo de proteção, registro e forma de exploração econômica da obra**, que dificultam o

equilíbrio acima descrito. O rol de autores da obra audiovisual especificado na Lei deve ser mais claro, adotando-se as designações utilizadas na prática como **diretor e roteirista cinematográfico, diretor e roteirista de TV, diretor e roteirista de animação**. Além disso, no caso do autor da música, deve ser especificado que cabe a este a condição de autor apenas no caso da composição musical criada especificamente para a obra audiovisual. Caberia ainda garantir aos autores de obras audiovisuais as mesmas prerrogativas garantidas aos da obra musical, como o direito de remuneração pela sucessivas exposições públicas da obra audiovisual.

Por outro lado, algumas alterações nas definições preliminares são necessárias, como a de **publicação** na contagem do tempo de proteção da obra audiovisual, e reinstaurar a categoria de **obra em colaboração**. Por fim, os autores da obra audiovisual deveriam ter os mesmos direitos já concedidos aos autores das músicas incluídas nos filmes, os quais recebem o direito de execução pública musical de suas obras. Caberia, então, garantir o direito aos autores e artistas intérpretes ou executantes relativo à **comunicação ao público ou radiodifusão** de obras audiovisuais.

Por certo, vários obstáculos surgirão no contexto da discussão dessas mudanças. Desde já se vislumbra uma reação contrária à presença do Estado na supervisão das associações de gestão coletiva de Direitos Autorais, incluindo o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD), contrapondo-se à tese insistentemente repetida de que os Direitos Autorais são exclusivos do âmbito privado, argumentação que olvida totalmente o equilíbrio de interesses que a Lei deve buscar, como determina o texto constitucional.

Por outro lado, no entanto, desde a desativação do CNDA e após a edição da Lei Autoral de 1998 (omissa em relação à tutela administrativa), há uma percepção crescente por parte de certos segmentos da sociedade civil, do governo e de titulares de direitos da necessidade do Estado retomar um papel pró-ativo na aplicação e observância do marco legal. Essa percepção, em grande parte, deriva da proliferação de conflitos na área, seja entre as diversas categorias de titulares de direito, seja entre titulares, usuários e consumidores, além das contínuas reclamações sobre abusos na arrecadação e sobre a falta de transparência na distribuição dos direitos relativos à execução pública de música.

Para que seja possível levar adiante o processo de mudança da legislação, no entanto, é condição essencial que seja enfrentado, de maneira prévia e concomitante ao processo de reforma legislativa, o problema da fraca institucionalização do setor autoral do Estado brasileiro.

No entendimento de que, no resguardo do interesse público, o Estado pode e deve se arrogar às prerrogativas de supervisão por meio de uma política que busque o melhor equilíbrio possível entre os muitos interesses envolvidos, o Ministério da Cultura elaborou o Plano de Fortalecimento Institucional do Setor Autoral, que pretende dar condições ao setor autoral dentro do Estado de empreender essa tarefa transformadora. Esse plano está dividido em duas fases:

- **1ª Etapa:** criação de uma **Diretoria de Propriedade Intelectual**, no curto prazo, ligada à Secretaria de Políticas Culturais (SPC) do MinC;
- **2ª Etapa:** criação de uma **instituição vinculada ao MinC** (conselho, instituto ou agência) mediante a revisão do marco legal.

Toda esse esforço, no entanto, demandará, além da reestruturação do setor autoral dentro do Estado, a obtenção de apoio junto a atores governamentais diretamente envolvidos com o tema, notadamente os que participam do Grupo Interministerial de Propriedade Intelectual (GIPI) e do Conselho Nacional de Combate à Pirataria (CNCP), além da Casa Civil, do Ministério da Educação (MEC), de representantes do poder Judiciário e do Ministério Público, por um lado, e, de outro, que a sociedade seja efetivamente envolvida nesse processo.

De fato, sem o envolvimento efetivo da sociedade, todo esforço pode ser inútil. Nesse sentido, a Coordenação-Geral de Direito Autoral do Ministério da Cultura empreenderá um amplo processo de consulta à sociedade mediante a realização do **Fórum Nacional de Direito Autoral**, iniciado em dezembro de 2007.

O Fórum se estenderá pelos anos de 2008 e 2009, contando com a participação dos vários setores da área autoral como gestão coletiva, acadêmicos e autoralistas, artistas, autores e demais titulares, e usuários e consumidores de obras protegidas. Serão ao todo seis seminários, sendo cinco nacionais e um internacional e onze oficinas, em

todas as regiões do país, além de outros eventos promovidos por diferentes entidades que o Ministério apoiará ou patrocinará.

Assim, por meio de amplo processo participativo, o Ministério da Cultura pretende debater a falta de equilíbrio do atual sistema autoral brasileiro com o objetivo de propor alterações em nossa legislação e na estrutura do setor autoral do Estado, tendo como base de sustentação para se atingir esse objetivo os vários atores da área autoral e a própria sociedade brasileira.

As dificuldades são claras e superá-las depende, sobretudo, da revisão de nossa legislação autoral. É fundamental dotar o Estado de um novo papel regulador e supervisor das instituições que compõe a gestão coletiva de direitos autorais como, também, construir um novo aparato legal que valorize o autor e conseqüentemente incentive a produção de novos bens culturais além de garantir o acesso da sociedade a esses bens. Só nessa perspectiva poderemos vislumbrar, como metas para os anos de 2008 e 2009, a cultura como mola propulsora do desenvolvimento sócio-econômico, com real impacto no PIB e como fator importante para a diminuição de desigualdades sociais, fortalecendo os princípios básicos da democracia como a inclusão social e a construção da cidadania.