IV Congresso

de Direito de Autor e Interesse Público

UFSC/Florianópolis-SC

ANAIS

Esta obra é distribuída por meio da Licença

Creative Commons 3.0

Atribuição/Uso Não-Comercial/Vedada a Criação de Obras Derivadas / 3.0 / Brasil

C749q Congresso de Direito de Autor e Interesse Público (4. : 2010 : Florianópolis, SC)
Anais do IV Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. – Florianópolis :
UFSC : Fundação Boiteux, 2010.
102 p.

Edição em formato impresso e digital

Disponível em: www.direitoautoral.ufsc.br

ISSN: 2178-745X

Catalogação na publicação por: Onélia Silva Guimarães CRB-14/071

Conselho Editorial
Luiz Carlos Cancellier de Olivo
João dos Passos Martins Neto
Eduardo de Avelar Lamy
Horácio Wanderley Rodrigues
Miriam Marques Moreira Reibnitz

Secretária executiva
Thálita Cardoso de Moura

Capa (imagem)
Associação Cultural Alquimídia

Capa (diagramação)
Christiano Lacorte

Diagramação
Christiano Lacorte
Heloísa Gomes Medeiros

Revisão
Christiano Lacorte
Heloísa Gomes Medeiros
Karen da Silva Manenti
Gabriela Arenhart
Ivana Lessa
Rangel Oliveira Trindade
Sarah Helena Linke

Endereço
UFSC – CCJ - 2º andar – Sala 216
Campus Universitário – Trindade
Caixa Postal: 6510 – CEP: 88036-970
Florianópolis – SC
E-mail: livraria@funjab.ufsc.br
Site: www.funjab.ufsc.br

Sumário

1. Apresentação 8

1.1 O Grupo de Estudos em Direito Autoral e Informação da Universidade Federal de Santa Catarina (GEDAI/UFSC) 9

1.2 O IV Congresso de Direito de Autor e Interesse Público (IV CODAIP) 11

1.3 Realização 13

1.4 Organização 13

1.5 Contatos 13

2. Programação do IV CODAIP 14

2.1 Primeiro Dia – 27 de Setembro 14

2.2 Segundo Dia – 28 de Setembro- Local: AUDITÓRIO DA REITORIA 17

2.3 Terceiro Dia – 29 de Setembro - Local: AUDITÓRIO DA REITORIA 19

3. Apresentação dos Expositores 21

4. Artigos Selecionados 36

Direito Autoral: Sociedade da Informação e Domínio Público
Marcos Wachowicz

4.1 Direito autoral e Sociedade da Informação 39

4.1.1 Direitos Autorais na Sociedade da Informação: Ampliação do Acesso às Criações Versus a Relativização dos Direitos Autorais 39

Salete Oro Boff e Wagner de Souza Berton

4.1.2 Transformações dos Direitos Autorais Face às Novas Tecnologias 48

Elisianne Campos de Melo Soares e Geovana Maria Cartaxo Arruda Freire

4.1.3 O Direito de Autor e a Internet: Liberdade Versus Responsabilidade 62

Salete Oro Boff e Guilherme Bortolanza

4.1.4 Direito de Propriedade Intelectual sobre Tipografia: Caso da Hi Technologies 72

Vivian Amaro Czelusniak e Dario Eduardo Amaral Dergint

4.1.5 A Instrumentalização do Pluralismo Jurídico Comunitário Participativo através da Telemática, Inclusão Digital, Socialização dos Direitos Autorais e Criação de Telecentros Comunitários 80

Gustavo Testa Correa

4.1.6 Desafio dos direitos autorais frente ao processo de digitalização de acervos públicos 88

Jaury Nepomuceno de Oliveira

4.1.7 Public Domain in the Information Society 94

Gert Würtenberger

4.1.8 Direitos autorais e acesso à internet: uma relação tensa 98

Alexandre Dias Pereira

4.2 Direito autoral e Constituição 106

4.2.1 Direitos Autorais, Tecnologia e Cultura: por uma Constitucionalização dos Direitos Privados 106

Cíntia Reis Costa e Carla Bichara

4.2.2 O Direito de Autor a partir dos Princípios Constitucionais de Acesso à Cultura, à Educação e ao Conhecimento 118

Grace Kellen de Freitas Pellegrini e Felipe da Veiga Dias

4.2.3 Direito de Autor e Políticas Públicas: entre a Proteção e o Crescimento Social Brasileiro . 126

Grace Kellen de Freitas Pellegrini e Felipe da Veiga Dias

4.2.4 Direito Autoral em Tempos de Internet: a Busca por um Ponto de Equilíbrio entre acesso à Informação e o Direito à Propriedade 135

Neiva Cristina de Araujo e Felipe da Veiga Dias

4.2.5 Diálogo E Estranhamento Entre Os Direitos Autorais E A Dignidade Humana 144

Ângela Kretschmann

4.3 Direito autoral e Função Social 160

4.3.1 Os Novos Contextos do Direito Autoral: a Tecnologia como Instrumento para a Efetivação da Função Social dos Direitos de Autor 160

Stella Monson Tolotti e Eduardo Pires

4.3.2 A Utilização das Obras Intelectuais Autorais Frente às Novas Tecnologias: Função Social ou Pirataria? 172

Eduardo Pires e Jorge Renato dos Reis

4.3.3 Função Socioambiental dos Direitos Autorais na Sociedade da Informação 181

Antonio Carlos Efing, Fernanda Mara Gibran e Flávia Blauth

4.3.4 Propriedade Intelectual e Direito Autoral nos Contratos Administrativos 193

Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva

4.3.4 A Autorização de Uso de Imagens em Unidades de Conservação Federais como Mecanismo de Consolidação dos Objetivos da Política Ambiental Brasileira 204

Felipe Melo Rezende

4.4 Direito autoral e Reforma da Lei de Direito Autoral 213

4.4.1 O Surgimento dos Repositórios Institucionais e uma Breve Análise dos Instrumentos Legais 213

Rodrigo Duarte Guedes

4.4.2 Diálogos entre Direito Autoral e Direito Civil: Análise da Jurisprudência Nacional e do Anteprojeto de Reforma da lei n. 9.610/98 à Luz da Teoria do Ordenamento Unitário 223

Raul Murad Ribeiro de Castro e Vitor de Azevedo Almeida Junior

4.4.3 Relação entre Investidores e Criadores: Mudanças na Área da Música no Contexto da Reforma da Lei 9.610/98 233

Daniel Campello Queiroz

4.5 Direito autoral, Direito à Educação e Direito à Cultura 247

4.5.1 O Acesso às Obras Intelectuais como Pressuposto para Concretização do Direito Fundamental à Educação: a Busca por um Equilíbrio entre Direto de Autor e Direito à Educação 247

Eduardo Pires e Stella Monson Tolotti

4.5.2 O Ensino do Direito de Autor como Educação para Justiça 259

Sandro Roberto dos Santos

4.5.3 Aspectos Jurídicos da Obra Intelectual produzida para fins Didáticos e a Sociedade da Informação 267

Fernando Previdi Motta

4.5.4 DIREITO DE AUTOR E ACESSO À CULTURA 275

Cláudia Sousa Leitão

4.6 Infrações ao direito autoral 282

4.6.1 O Dilema do "Pirata" na Obra de Matt Mason e a Indispensável Nova Feição dos Direitos Intelectuais 282

Luiz Gonzaga Adolfo e Laís Cristina de Souza

4.6.2 Tendências do Direito de Propriedade Intelectual 291

Michael Cesar Silva, Roberto Pôrto Henrique Nogueira e Sávio de Aguiar Soares

4.6.3 Plágio nas Obras Lítero-Musicais na Sociedade da Informação 303

Daniela Camara Colla

4.7 Direito Autoral no Âmbito Internacional 311

4.7.1 ACTA e os Direitos Fundamentais: Uma análise crítica do Anti-Counterfeiting Trade Agreement 311

André Rocha Muniz e Mateus Marconi Rodrigues

4.7.2 O Direito Autoral e a Proteção Jurídica de Expressões Culturais de Povos Indígenas 320

Victor Lúcio Pimenta Faria

4.7.3 Direitos de Transmissão de Eventos Esportivos, Direito Autoral e Aspectos Concorrenciais: o Caso das Fan Fests Organizadas pela FIFA 330

Sérgio L. B. F. Reis

5. Local do Evento 341

6. Informações Úteis 342

6.1 Hospedagem 342

6.2 Telefones úteis 343

1. Apresentação

O **IV Congresso de Direito de Autor e Interesse Público** tem como objetivo principal promover o intercâmbio de informações e a reflexão sobre os temas relacionados à propriedade intelectual. A cada edição se consolida como um grande foro de discussão para expandir o debate do Direito Autoral e questões de interesse público relativas ao acesso à informação, à educação, à cultura e ao desenvolvimento.

O tema central dessa quarta edição está pautado nas temáticas relativas à Sociedade da Informação e ao Domínio Público, as quais vêm se caracterizando como elementos centrais nas reflexões e debates nacionais e internacionais sobre o sistema internacional de tutela dos bens intelectuais.

O evento conta com a presença do jurista José de Oliveira Ascensão para abertura e o encerramento dos debates, além de contar com a participação de outros destacados juristas portugueses e alemães.

Numa abordagem interdisciplinar, enfocando os aspectos jurídicos, sociológicos, tecnológicos e econômicos, aborda a tutela do Direito Autoral, entendendo que este deve estimular a difusão do conhecimento, da tecnologia, da cultura e propiciar o desenvolvimento da sociedade informacional.

Atualmente, a importância dos debates sobre o Direito Autoral na sociedade contemporânea tem apontado para um repensar dos instrumentos e mecanismos jurídicos adequados para sua efetiva tutela.

A obra prospecta, de forma minuciosa, o regime jurídico do Direito Autoral. O texto é fortemente impregnado pelo conhecimento acadêmico e experiência profissional que participam desta obra coletiva.

Os trabalhos aqui apresentados, frutos do compromisso acadêmico e da dedicação dos profissionais/pesquisadores de diferentes matizes doutrinárias, vêm reforçar ainda mais a importância do desenvolvimento de novos paradigmas para a tutela jurídica do Direito Autoral para o enfrentamento dos desafios inerentes a Sociedade da Informação.

A Coordenação Científica registra a expressão de seu profundo agradecimento a todos que contribuíram direta e indiretamente para realização desta obra, cuja pronta colaboração e empenho são marcas indissociáveis da superação das dificuldades da construção deste projeto coletivo.

A todos o nosso muito obrigado!

Coordenação Científica:

Prof. Dr. **Marcos Wachowicz** - UFSC
Prof. Dr. **Manoel J. Pereira dos Santos** – GVlaw/SP

1.1 O Grupo de Estudos em Direito Autoral e Informação da Universidade Federal de Santa Catarina (GEDAI/UFSC)

O Grupo de Estudos de Direitos Autorais e Sociedade da Informação, o GEDAI, foi constituído em maio de 2007, e tem como finalidade principal estudo da Propriedade Intelectual na Sociedade da Informação. Ou seja, o projeto de pesquisa que deu origem ao Grupo está focado nos desafios da tutela dos Direitos Intelectuais na Sociedade da Informação.

O GEDAI a partir de estudos comparativos analisa o sistema internacional de tutela dos direitos autorais e industriais, os processos concretização dos direitos culturais e diversidade cultural, bem como a adequação da regulamentação dos direitos intelectuais frente aos desafios da Sociedade da Informação, tendo como principais objetivos:

* Compreender os efeitos do direito fundamental à cultura e diversidade cultural na sociedade contemporânea analisando os limites dos direitos autorais na tutela dos bens imateriais;

* Avaliar as conseqüências da revolução tecnológica em andamento e do advento da cultura digital sobre a regulamentação dos direitos autorais;

* Identificar o conteúdo da proteção jurídica e o alcance da circulação da produção cultural desenvolvida nas instituições públicas;

* Analisar a tutela jurídica dos novos bens intelectuais advindos da nova Tecnologia da informação com vistas ao desenvolvimento sócio-econômico que promova inovação, inclusão tecnológica e difusão do conhecimento.

O Grupo reúne pesquisadores, mestres e doutores os quais dedicam seus estudos nas diversas áreas da Propriedade Intelectual. Os resultados esperados pelo trabalho dos pesquisadores do GEDAI podem ser relacionados nos seguintes aspectos:

Quanto à produção científica e orientação acadêmica:

1. A pesquisa científica será desenvolvida por meio de artigos, monografias, dissertações e teses buscam o enfrentamento dos desafios para direitos intelectuais diante do novo ambiente tecnológico advindo pela Revolução da Tecnologia da Informação.

2. A orientação acadêmica está de conformidade com as diretrizes do Curso de Pós-Graduação em Direito (CPGD) da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), criado em 1973 dentro de um espírito de inovação da Pós-Graduação em Direito no Brasil, consolidou-se como um dos mais conceituados do país, a qual possui atualmente dentre outras linhas, a linha de pesquisa: direito da sociedade da informação e propriedade intelectual.

3. A orientação acadêmica no que tange ao Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC se desenvolve através do estímulo a pesquisa na área do Direito da Propriedade Intelectual, seja na proposta de projetos de iniciação científica, no estimulo de pesquisas monográficas ou na docência das disciplinas de propriedade intelectual em cursos regulares ou de capacitação interna dos servidores da UFSC.

Quanto à divulgação das pesquisas e dos trabalhos

1. A divulgação da pesquisa se realizará através da publicação de contribuições dos integrantes do GEDAI em revistas especializadas e na elaboração de obras coletivas organizadas com tal finalidade.

2. A divulgação dos trabalhos se realizará também por meio do site: http://www.direitoautoral.ufsc.br

3. A divulgação também será realizada através de boletins informativos em formato digitais enviados para a comunidade científica e para as listas de discussões de especialistas nacionais e estrangeiras. O boletim se constitui num veículo de informação abordando as mudanças legislativas, as tendências jurisprudenciais e as atualizações bibliográficas recentes na área do direito intelectual.

4. A divulgação acadêmica se realizará também através da promoção de eventos, tais como, workshops, seminários, simpósios e congressos organizados sempre para a promoção e ampliação das discussões temáticas ligadas à linha de pesquisa do GEDAI. Neste sentido o GEDAI realiza anualmente o Congresso de Direito de Autor e Interesse Público dentro das atividades de pesquisa extensão do CPGD/UFSC.

Produção de trabalhos em parceria / intercâmbio

1. O GEDAI irá promover a formação de recursos humanos de alto nível integrando os programas de mestrado/doutorado por meio de intercâmbio.

2. O GEDAI realizará o intercâmbio científico por intermédio do envolvimento de equipes acadêmicas de diversas instituições de ensino superior e de pesquisa brasileiras ou estrangeiras.

3. O GEDAI realizará atividades em parceria com o setor produtivo por meio de projetos desenvolvidos com esta finalidade tendo como objetivo a interação da pesquisa aplicada produzida no âmbito acadêmico e o setor produtivo.

1.2 O IV Congresso de Direito de Autor e Interesse Público (IV CODAIP)

O Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD, da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, por intermédio de seu Grupo de Estudos de Direito de Autor e Informação – GEDAI realiza, portanto, o IV Congresso de Direito de Autor e Interesse Público, em Florianópolis, nos dias 27, 28 e 29 de setembro de 2010, no campus universitário da UFSC.

O objetivo do evento é estudar os aspectos relacionados ao desenvolvimento dos Direitos Autorais na Sociedade da Informação, tendo o apoio do Ministério da Cultura – MinC.

Representa-se, assim, 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.

O Congresso vai ao encontro com outras iniciativas objetivando estimular uma abordagem crítica e profunda acerca do Direito da Propriedade Intelectual, analisando-se nesta oportunidade, em especial, os interesses públicos e econômicos envoltos na questão do Direito de Autor e o Interesse Público. O evento tem como apoiador a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES/MEC e da Fundação de Amparo a Pesquisa Universitária – FAPEU/UFSC.

No transcorrer do evento abordar-se-ão temas que têm sido objeto de ampla discussão no Brasil e no exterior na área do Direito de Autor nos tópicos dos diferentes painéis:

Direito de Autor e Liberdade de Criação
Direito de Autor e Acesso à Cultura
Direito de Autor e Prazo de Proteção
Direito de Autor e Sociedade da Informação
Direito de Autor e a Função do Estado
Direito de Autor e Cultura Digital
Direito de Autor e Acervos Digitais
Direito de Autor e Direito do Consumidor
Direito de Autor e Acesso à Internet
Direito de Autor e projetos de Digitalização
Direito de Autor e Licença Não-Voluntária
Direito de Autor e expressões artísticas
Direito de Autor e Dignidade Humana
Direito de Autor e novos modelos de Negócio
Direito de Autor no cenário Internacional
Direito de Autor e Transformação Criativa
Direito de Autor e Domínio Público

A metodologia adotada privilegia a apresentação das palestras individuais em temas específicos, em painéis temáticos compostos por um expositor, um debatedor e um moderador, ao que será seguido de debate geral, provocado por perguntas ou observações dos participantes.

O tema central será Domínio Público e Sociedade da Informação
Estão na programação todos os setores que desenvolvem e estudam as questões relacionadas aos Direitos Autorais na UFSC:

Secretaria de Artes – DECARTE
Departamento de Assuntos Culturais – DAC

TV-UFSC
Museu UFSC
Editora EDUFSC
Laboratório de Educação à Distância – LANTEC
Departamento de Inovação Tecnológica – DPI
Curso de Jornalismo
Curso de Letras
Curso de Cinema
Curso de Educação
Curso de Biblioteconomia
Curso de Direito

Para realização do evento serão utilizados os auditórios da Reitoria, do Centro de Ciências Jurídicas – CCJ, da Biblioteca Universitária, o Espaço Cultural da Igrejinha que será utilizado para apresentações culturais e o Teatro da UFSC que será o espaço para realização dos Workshops.

Sejam todos bem-vindos.

Atenciosamente.

Comissão Organizadora

1.3 Realização

Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Curso de Pós-Graduação em Direito (CPGD)

Grupo de Estudos em Direito Autoral e Informação (GEDAI)

1.4 Organização

Coordenação Científica:

Prof. Dr. **Marcos Wachowicz** - UFSC
Prof. Dr. **Manoel J. Pereira dos Santos** – GVlaw/SP

Organização/Secretaria:

Alexandre Pesserl – Mestrando/UFSC
Amanda Madureira – Mestranda/UFSC
Christiano Lacorte – Mestrando/UFSC
Gabriela Arenhart – Acadêmica/ Bolsista PIBIC/UFSC
Guilherme Coutinho Silva – Mestrando/UFSC
Heloísa Gomes Medeiros – Mestranda/UFSC
Patrícia Areas – Doutoranda/UFSC
Rangel Trindade – Mestrando/UFSC
Sarah Helena Linke – Acadêmica/Bolsista PIBIC/UFSC

1.5 Contatos

Site: www.direitoautoral.ufsc.br

E-mail: direitoautoral@ccj.ufsc.br

Telefone: (48) 3721-6746

Twitter: @gedaiufsc

2. Programação do IV CODAIP

2.1 Primeiro Dia – 27 de Setembro

Local: AUDITÓRIO DA REITORIA

8:30h – **Credenciamento e exibição de vídeos/pré-produção**

9:00h – **Cerimônia de Abertura**

MAGNÍFICO REITOR DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
PROF. DR. **ÁLVARO TOUBES PRATA**
PRÓ-REITOR DE PÓS-GRADUAÇÃO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
PROF. DR. **MARIA LUCIA DE BARROS CAMARGO**
PRÓ REITORA DE PESQUISA E EXTENSÃO - UFSC
PROF. DRA. **DÉBORA PERES MENEZES**
DIRETORA DO CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS CCJ - UFSC
PROF. DR. **OLGA MARIA DE OLIVEIRA**
COORDENADOR DA PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – CPGD - UFSC
PROF. DR. **ANTONIO CARLOS WOLKMER**
PRESIDENTE DA ORDEM DOS ADVOGADOS DE SANTA CATARINA OAB/SC
DR. **PAULO ROBERTO BORBA**

COORDENADORES CIENTÍFICOS DO CONGRESSO:
PROF. DR. **MARCOS WACHOWICZ** - UFSC
PROF. DR. **MANOEL J. PEREIRA DOS SANTOS** - FGV/GVLAW

9:15h – **CONFERÊNCIA DE ABERTURA – DIREITO DE AUTOR E LIBERDADE DE CRIAÇÃO**
EXPOSITOR: PROF. DR. **JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO** – UNIV. DE LISBOA
MODERADOR: PROF. DR. **ANTONIO CARLOS WOLKMER** – UFSC

10:30h – Coffe break

10:45h – **PAINEL I: DIREITO DE AUTOR E ACESSO À CULTURA**
EXPOSITOR: PROF. DR. **MARCOS WACHOWICZ**– UFSC
DEBATEDORA: PROFA. DRA. **CLÁUDIA LEITÃO** – UECE / FACULDADE CHRISTUS - CE
MODERADORA: PROFA. DRA. **CAROL PRONER** – UNIBRASIL

12:00h – Intervalo

TARDE
Local: AUDITÓRIO DA REITORIA

14:00h – **PAINEL II: DIREITO DE AUTOR E PRAZO DE PROTEÇÃO**
EXPOSITOR: PROF. DR. **JORGE RENATO REIS** – UNISC
DEBATEDOR: PROF. DR.**GUILHERME CARBONI** – FAAP/SP
MODERADORA: PROFA. DRA. **HELENARA BRAGA AVANCINI** – FACOS

15:15h – **MESA REDONDA 1: DIREITO DE AUTOR E SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO**
PARTICIPANTES: PROFA. DRA. **ROSE CERNY** – CED/EAD/UFSC
PARTICIPANTES: PROFA. DRA. **CINTHIA O. DE A. FREITAS** - PUCPR
PARTICIPANTES: PROF. DR. **AIRES JOSÉ ROVER** - UFSC
PARTICIPANTES: PROF. DR. **GIUSEPPE COCCO** - UFRJ
MODERADOR: **CHRISTIANO LACORTE** - GEDAI/UFSC

16:15h – Coffee break

16:30h – **PAINEL III: DIREITO DE AUTOR E A FUNÇÃO DO ESTADO**
EXPOSITOR: **RAFAEL PEREIRA OLIVEIRA** – MINC
DEBATEDOR: PROF. DR. **DENIS BORGES BARBOSA** - PUCRJ
MODERADOR: PROF. DR. **SÉRGIO CADEMARTORI** – UFSC

Local: TEATRO DO DAC/UFSC

18:00H – **LANÇAMENTO DOS LIVROS**

ESTUDOS DE DIREITO DE AUTOR: A REVISÃO DA LEI DE DIREITOS AUTORAIS
EDITORA BOITEUX
ORGANIZADORES: MARCOS WACHOWICZ E MANOEL JOAQUIM PEREIRA DOS SANTOS

PROPRIEDADE INTELECTUAL: INOVAÇÃO E CONHECIMENTO
EDITORA JURUÁ
ORGANIZADORES: MARCOS WACHOWICZ E GUILLERMO PALAO MORENO

AUTORIA COLABORATIVA NA ECONOMIA DA INFORMAÇÃO EM REDE: NOVOS FUNDAMENTOS PARA O DIREITO AUTORAL
EDITORA QUIARTIER LATIN
GUILHERME CARBONI

TRATADO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL
EDITORA LUMEN JÚRIS
DENIS BORGES BARBOSA

REIVINDICANDO A CRIAÇÃO USURPADA
EDITORA LUMEN JÚRIS
ORGANIZADOR: DENIS BORGES BARBOSA

O CONTRIBUTO MÍNIMO NA PROPRIEDADE INTELECTUAL
EDITORA LUMEN JÚRIS
DENIS BORGES BARBOSA, RODRIGO SOUTO MAIOR, CAROLINA TINOCO RAMOS

Local: TEATRO DO DAC/UFSC

18:30H – **WORKSHOP 1: DIREITO DE AUTOR E CULTURA DIGITAL**

MODERADORA:
- PATRÍCIA AREAS – GEDAI/UFSC

CINEMA
- ZÉCA PIRES- CINEASTA

CULTURA DIGITAL
- JOSÉ MURILO JR. – CULTURA DIGITAL/MINC

GAMES
- ANTONIO TEOLI – DESENVOLVEDOR DE GAMES

JORNALISMO
- FERNANDO CROCOMO - DIRETOR DA TV UFSC

DIREITO
- PROF. DR. ALLAN ROCHA DE SOUZA - UFRRJ/UFRJ

APRESENTAÇÃO DE CURTA SOBRE A ILHA DE FLORIANÓPOLIS

CINEMA

FILME - CURTA : **A ILHA** – Lançado em DVD 2010

Cineasta Zeca Pires é um reconhecido diretor catarinense, com curtas produzidos desde a década de 1990. É ainda, professor de Cinema e funcionário do Departamento Artístico Cultural (DAC), da Secretaria de Cultura e Arte (Secarte), da Universidade Federal de Santa Catarina e está finalizando o primeiro longa, com o título A antropóloga, que foi quase totalmente filmado na Costa da Lagoa e será lançado no segundo semestre de 2010.

19:30H – **PROGRAMAÇÃO UFSC/CULTURAL e COQUETEL**

EXPOSIÇÕES DE ARTES PLÁSTICAS DA UFSC

SHOW ARTISTAS REGIONAIS

21:30H – **ENCERRAMENTO do 1º DIA**

2.2 Segundo Dia – 28 de Setembro- Local: AUDITÓRIO DA REITORIA

8:30H – **EXIBIÇÃO DE VÍDEOS DO GT DE DIREITO DE AUTOR E INFORMAÇÃO**

Vídeos contendo a edição das apresentações dos pesquisadores que atenderam a chamada de artigos e que tiveram seus trabalhos selecionados para publicação no Grupo de Trabalho de Direito de Autor e Informação.

O material gravado terá divulgação permanente no site do evento, como também nos totens de informação disponibilizados aos participantes durante o Congresso.

9:00H – **PAINEL IV: DIREITO DE AUTOR E ACERVOS DIGITAIS**
EXPOSITOR: PROF. DR. **MANOEL JOAQUIM PEREIRA DOS SANTOS** – FGV
DEBATEDOR: PROF. DR. **MANUEL DAVID MASSENO** –IP/BEJA
MODERADOR: PROF. DR. **QUERINO MALLMANN** – UFAL

10:15H – coffee break

10:30H – **PAINEL V: DIREITO DE AUTOR E DIREITO DO CONSUMIDOR**
EXPOSITOR: **GUILHERME VARELLA** - IDEC
DEBATEDOR: PROF. DR. **JOSÉ ISAC PILATI** - UFSC
MODERADORA: PROFA. DRA. **LEILANE MENDONÇA ZAVARIZZI DA ROSA** – UFSC

11:45H – Intervalo

14:00H – **PAINEL VI: DIREITO DE AUTOR E ACESSO À INTERNET**
EXPOSITOR: PROF. DR. **ALEXANDRE DIAS PEREIRA** – UNIV. DE COIMBRA
DEBATEDOR: PROF. DR.**SÉRGIO AMADEU** – UFABC
MODERADOR: PROF. DR. **ANTONIO CARLOS EFING** – PUCPR

15:15H – **Mesa redonda 2: Direito de Autor e projetos de Digitalização**
PARTICIPANTES: PROF. DR**. PEDRO PUNTONI** - USP
PARTICIPANTES: **JAURY NEPOMUCENO DE OLIVEIRA** – BIBLIOTECA NACIONAL
PARTICIPANTES: PROFA. DRA. **PAULA CINQUETTI** – SENADO FEDERAL
PARTICIPANTES: **CHRISTIANE RAMIREZ** – FÓRUM CULTURAL DE FLORIANÓPOLIS
MODERADOR: **ALEXANDRE PESSERL**- GEDAI/UFSC

16:15H – coffee break

16:30H – **PAINEL VII: DIREITO DE AUTOR E LICENÇA NÃO-VOLUNTÁRIA**
EXPOSITOR: PROF. DR. **JOÃO PAULO REMÉDIO MARQUES** – UV. DE COIMBRA
DEBATEDOR: PROF. DR. **GONZAGA ADOLFO** – UNILASALLE/ULBRA
MODERADOR: PROF. DR. **CLÁUDIO EDUARDO REGIS DE F. E SILVA** – ESMESC

Local: TEATRO DO DAC/UFSC

18:30H – **WORKSHOP 2: DIREITO DE AUTOR E EXPRESSÕES ARTÍSTICAS**

MODERADOR:

- RANGEL OLIVEIRA TRINDADE – GEDAI/UFSC

MUSICA

- PROF. DR. MARCO VALENTE – COORDENADOR DO PROJETO 12:30

CINEMA

- PROF. DR. MAURO POMMER – COORDENADOR DE CURSO DE CINEMA DA UFSC

FOTOGRAFIA

- MARCOS ISSA - FOTOGRAFO

ARTES CÊNICAS

- PROF. DRA. CARMEN FOSSARI - DIRETORA TEATRAL

FOLCLORE

- PROF. DR. JOI CLETISON - UFSC

DIREITO

- PROFA. DRA. CARLA EUGENIA CALDAS BARROS – UFS

19:30H – **PROGRAMAÇÃO UFSC/CULTURAL**

O Projeto, Madrigal e Coral da UFSC, têm por objetivo fomentar e difundir a música instrumental e vocal, proporcionando aos músicos em potencial, que compõe o corpo estudantil desta universidade, espaço para desenvolver seus potenciais artístico-musicais.

Os projetos também visam divulgar a música erudita e popular, através de apresentações e com isso incentivar a formação e a cultura local; incentivar sua participação no processo de interação entre Universidade e Sociedade; aprimorar o processo de ensino-aprendizagem através do envolvimento de estudantes em atividades de extensão; O Madrigal da UFSC é constituído por 11 alunos da instituição e tem como objetivo desenvolver e divulgar a música vocal, erudita e popular.

O coral da UFSC mantém suas atividades desde 1963 e tem expressiva atuação no movimento coral catarinense e brasileiro. Realiza um repertório voltado para música brasileira.

Atualmente o coral possui cerca de 55 componentes e é formado por alunos, professores e funcionários da UFSC, bem como por pessoas da comunidade externa. Desde maio de 2004, conta com a regência de Miriam Moritz.

Hoje o Coral da UFSC irá homenagear os 50 anos da UFSC, com repertório de grandes sucessos da música ouvida nas universidades do país desde os anos 60. Num segundo momento o repertório incluirá músicas do repertório brasileiro. O Madrigal da UFSC irá apresentar repertório variado do popular e erudito à cappella.

CORAL DA UFSC – REPERTÓRIO 50 ANOS UFSC

MADRIGAL

ORQUESTRA

21:30H – **ENCERRAMENTO do 2º DIA**

2.3 Terceiro Dia – 29 de Setembro - Local: AUDITÓRIO DA REITORIA

8:30H – **EXIBIÇÃO DE VÍDEOS DO GT DE DIREITO DE AUTOR E INFORMAÇÃO**

Vídeos contendo a edição das apresentações dos pesquisadores que atenderam a chamada de artigos e que tiveram seus trabalhos selecionados para publicação no Grupo de Trabalho de Direito de Autor e Informação.

O material gravado terá divulgação permanente no site do evento, como também nos totens de informação disponibilizados aos participantes durante o Congresso.

9:00H – **PAINEL VIII: DIREITO DE AUTOR E DIGNIDADE HUMANA**
EXPOSITORA: PROFA. DRA. **ANGELA KRETSCHMANN** – UNISINOS
DEBATEDOR: PROF. DR. **JOSÉ ANTÔNIO PERES GEDIEL** - UFPR
MODERADORA: PROFA. DRA. **SALETE ORO BOFF** – UNISC/IESA/IMED

10:15H – coffee break

10:30H – **PAINEL IX: DIREITO DE AUTOR E NOVOS MODELOS DE NEGÓCIO**
EXPOSITOR: PROF. DR. **PABLO ORTELLADO** (GPOPAI- USP/ BRASIL)
DEBATEDOR: DR. PROF. **BRUNO LEWICKI** – BM&A
MODERADOR: PROF. DR. **MANUEL MIRA GODINHO** - ISEG / UV. TÉCNICA DE LISBOA

11:45H – Intervalo

Show – **PROJETO 12:30 – apresentação musical na concha acústica às 12:30h**

PROJETO 12:30 foi criado em 1986 e com freqüência semanal desde 1993 o projeto de extensão cultural abrange, principalmente, atividades de música, teatro e dança.

Realiza semanalmente apresentações artísticas ao ar livre, todas às quartas-feiras do período letivo, às 12h30, na Concha Acústica da UFSC. Apresentação especial.

14:00H – **PAINEL VII: DIREITO DE AUTOR E DOMÍNIO PÚBLICO**
EXPOSITORA: PROF. DRA. **KARIN GRAU-KUNTZ** - IBPI
DEBATEDOR: PROF. DR. **CARLOS AFFONSO PEREIRA DE SOUZA** – FGV/RIO
MODERADORA: PROFA. DRA. **DANIELLE ANNONI** - UFSC

15:15H – **Mesa redonda 3: Direito de Autor e Transformação Criativa**
PARTICIPANTES: **PHILIPPE ARRUDA** – OVER DIGITAL
PARTICIPANTES: **RICARDO GIACOMOZZI**– KADO DIGITAL ART
PARTICIPANTES: **GUSTAVO ANITELLI** – TEATRO MÁGICO
PARTICIPANTES: **JEAN MAFRA** - MÚSICO
MODERADOR: **GUILHERME COUTINHO** – GEDAI/UFSC

16:15H – coffee break

16:30H – **PAINEL VII: DIREITO DE AUTOR NO CENÁRIO INTERNACIONAL**
EXPOSITOR: PROF. DR. **DÁRIO MOURA VICENTE** – UN. DE LISBOA
EXPOSITOR: DR.JUR. **GERT WÜRTENBERGER** – IBPI-ALEMANHA
EXPOSITOR: **MARCOS ALVES DE SOUZA** – MINC
MODERADOR: PROF. DR**. JOSÉ AUGUSTO FONTOURA COSTA** - USP

18:15H – **SOLENIDADE DE ENCERRAMENTO DO CONGRESSO**

MAGNÍFICO REITOR DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
PROF. DR. **ÁLVARO TOUBES PRATA**
PRÓ-REITOR DE PÓS-GRADUAÇÃO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
PROF. DR. **MARIA LUCIA DE BARROS CAMARGO**
PRÓ REITORA DE PESQUISA E EXTENSÃO - UFSC
PROF. DRA. **DÉBORA PERES MENEZES**
DIRETORA DO CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS CCJ - UFSC
PROF. DR. **OLGA MARIA DE OLIVEIRA**
COORDENADOR DA PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – CPGD - UFSC
PROF. DR. **ANTONIO CARLOS WOLKMER**

COORDENADORES CIENTÍFICOS DO CONGRESSO:
PROF. DR. **MARCOS WACHOWICZ** - UFSC
PROF. DR. **MANOEL J. PEREIRA DOS SANTOS** - FGV/GVLAW

3. Apresentação dos Expositores

Apresentação dos resumos pelo nome do expositor, em ordem alfabética.

PROF. DR. AIRES JOSÉ ROVER – UFSC - Graduação (1987), mestrado (1992) e doutorado em Direito (1999). Atualmente é professor associado da UFSC nos cursos graduação e pós-graduação em direito e engenharia e gestão do conhecimento. Atua nos seguintes temas: gestão do conhecimento, governo eletrônico, informática jurídica, sistemas especialistas, internet, tecnologia e direito.

Exposição: Direito de autor e Sociedade da Informação

Resumo: Hoje vivemos em uma sociedade em rede, baseada nas novas tecnologias. A globalização de todos os processos não é mais algo estranho. A complexidade na vida das pessoas causa mais e emergentes efeitos, entre eles a organização em comunidades e redes virtuais. Os velhos modelos de pensar a vida em sociedade e de organizar as economias já não é possível se o objetivo é construirmos uma sociedade verdadeiramente autônoma e democrática. Ter uma visão sistêmica e interdisciplinar com o apoio da tecnologia seria a única forma de gerarmos um mundo melhor para as próximas gerações.

PROF. DR. ALEXANDRE DIAS PEREIRA – UNIV. DE COIMBRA - Licenciado, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra (FDUC), onde é Professor de Direitos de Autor e de Direito da Informação, entre outras disciplinas. Professor e Conferencista Convidado em diversos Cursos de Pós-graduação, Congressos e Seminários. Investigador do CEIS20-UC. Membro do Conselho Nacional da Cultura, enquanto individualidade de reconhecido mérito na Secção especializada em direitos de autor e direitos conexos. Autor de mais de meia centena de artigos de revista e capítulos de livros e de diversas monografias, com destaque para a obra Direitos de Autor e Liberdade de Informação (Almedina 2008). E-mail: alexis@fd.uc.pt

Exposição: Direito de autor e acesso à internet: uma relação tensa

Resumo: A proteção dos direitos de autor na Internet tem gerado acesa controvérsia na União Europeia. Por um lado, a jurisprudência dos tribunais superiores de diversos Estados-membros não é uniforme no que respeita à questão da licitude de utilização de sistemas de partilha direta de ficheiros entre utilizadores da rede. Por outro lado, a adopção por parte de alguns Estados membros de legislação que permite suspender o acesso à rede dos titulares de contas que sejam utilizadas para cometer infracções aos direitos de autor contrasta com a proclamação do acesso à rede como um direito fundamental dos cidadãos na Escandinávia. Pelo meio, o Tribunal de Justiça é chamado a esclarecer se o quadro de regulação do ciberespaço tecido pelo legislador comunitário permite que os tribunais dos Estados-membros ordenem aos prestadores de serviços de acesso à internet a instalação de filtros de monitorização de conteúdos protegidos por direitos de autor e de mecanismos de bloqueio da sua transmissão. Esta comunicação procura equacionar e discutir os termos de uma relação cada vez mais tensa entre os direitos de autor e o acesso à rede, na qual entram em jogo outros valores fundamentais como a liberdade de informação e de expressão, a reserva da vida privada e a proteção dos dados pessoais.

ALEXANDRE RICARDO PESSERL – GEDAI/UFSC - Advogado, possui graduação em direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2000). Atualmente é pesquisador e mestrando no Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: sociedade informacional, direito autoral, licenciamento, direito da informática, software livre e fonogramas. Pesquisador do Grupo de Estudo em Direito Autoral e Informação (GEDAI) - CPGD/CCJ/UFSC.

Exposição: Direito de autor e projetos de digitalização

Resumo: A digitalização dos acervos culturais do Brasil tem se tornado uma tarefa de grande urgência, solicitando uma reflexão sobre os limites impostos pela atual legislação do direito autoral, as novas tecnologias, os padrões e normas, assim como os caminhos para a formação de uma rede efetiva entre as instituições e os projetos já existentes. Certas questões relativas ao tema exigem reflexões específicas por seu amplo alcance; por exemplo, como a cópia digital afeta a oferta de obras protegidas? O sistema de direitos autorais vigente é um obstáculo a aspectos desejáveis da transição tecnológica? Como as instituições cuja missão é a preservação da cultura – como museus e bibliotecas – podem preservar seus acervos no formato digital sem "competir" de fato com iniciativas comerciais de titulares de direitos, como editoras ou gravadoras?

PROF. DR. ALLAN ROCHA DE SOUZA - UFRRJ/UFRJ - Professor e pesquisador de Direito Civil na UFRRJ-ITR e de Direitos Autorais na UFRJ-PPED. Coordenador do NEDAC- Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direitos

Autorais e Culturais. Doutor em Direito pela UERJ. Sócio do escritório Denis Borges Barboza advogados. Consultor da UNESCO. Autor do livro "A Função Social dos Direitos Autorais" e de diversos artigos acadêmicos.

PROFA. DRA. ANGELA KRETSCHMANN – UNISINOS - Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2006). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS, 1999). É professora nos cursos de Direito e Segurança de Informação, lecionando Direito da Propriedade Intelecutal, Direitos de Autor e Propriedade Industrial (Marcas, Patentes, Software, Cultivares). Advogada (www.krebel.com.br). Membro da Comissão de Propriedade Intelectual (CEPI) da OAB/RS e da Associação Brasileira de Agentes da Propriedade Industrial (ABAPI). Principais publicações: "Dignidade Humana e Direitos Intelectuais: re(visitando) o Direito Autoral na Era Digital" (Ed. Conceito, SC, 2008); Universalidade dos Direitos Humanos e Diálogo na Complexidade de um Mundo Multicivilizacional (Ed. Juruá, PR, 2008); História Crítica do Sistema Jurídico: da prudência à ciência moderna (Ed. Renovar, RJ, 2006). E-mail: angela@krebel.com.br

Exposição: Diálogo e estranhamento entre os direitos autorais e a dignidade humana

Resumo: Para compreender a função da dignidade humana no contexto do direito autoral, parte-se da análise das capacidades humanas e condição humana. O presente texto procura demonstrar o quanto é importante levar em conta não apenas as capacidades e potencial humano, mas também a condição humana para compreender a justificação dos direitos intelectuais como direitos humanos e fundamentais. A dignidade é uma ação, e uma ação emancipatória do indivíduo. O indivíduo se emancipa na medida em que atualiza suas potencialidades. Ele as atualiza sendo livre para criar, tanto quanto as atualiza ao acessar a cultura. Está aí o perigo de se esvaziar o conteúdo da dignidade e da manipulação de seu sentido para fins específicos, assim como os direitos humanos também podem constituir o principal modo pelo qual Estados garantem seu poder. Daqui decorre também a importância da análise sobre a formação de conglomerados e monopólios com poder sobre a distribuição de informação, especialmente controle de conteúdo, que podem pôr em perigo o livre e saudável desenvolvimento das comunidades e da autonomia do sujeito.

PROF. DR. ANTONIO CARLOS WOLKMER – UFSC - Formado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1977), mestre em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1983) e doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1992). Professor titular nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, pesquisador do CNPq. Atualmente é Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC. Professor convidado em diversas universidades do exterior: Espanha, México, Peru, Colômbia, Argentina e Porto Rico. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria do Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: sociologia jurídica, pluralismo jurídico, historia do direito, filosofia do direito e direitos humanos.

Exposição: Direito da Sociedade da Informação e Direito Autoral

Resumo: O Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC) instituiu desde 2009 a linha em Direito da Sociedade da Informação e Propriedade Intelectual, com uma proposta diferenciada de disciplinas, estruturadas e pensadas de maneira interdisciplinar, permitindo um amplo intercâmbio de professores e alunos universalizando o resultado das pesquisas voltadas as questões da Sociedade Informacional e Direito Autoral. Isto, nos seus cursos de mestrado e doutorado. A linha de pesquisa surgiu inovadora, atenta à crescente importância da Propriedade Intelectual diante das transformações internacionais. Com um viés epistemológico eminentemente crítico, pretende estimular a formação de profissionais/acadêmicos dotados de elevados padrões científicos, sem, contudo, relevar valores éticos e de responsabilidade social.

PROF. DR. ANTONIO CARLOS EFING – PUCPR - Mestre e Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná onde leciona na graduação, especialização, mestrado e doutorado, professor convidado da Escola da Magistratura do Estado do Paraná e do Rio de Janeiro, professor da Escola Superior da Advocacia do Paraná e de Santa Catarina, membro do Instituto dos Advogados do Paraná, advogado militante em Curitiba – PR. E-mail: ace@eradv.com.br

ANTONIO TEOLI – Compositor e sound designer para jogos. Ao todo, 6 jogos de PC foram sonorizados por Teoli. Em destaque, o Taikodom e as trilhas feitas para as ilhas construídas na a versão brasileira do Second Life. Seu trabalho estendeu também na televisão onde sonorizou a vinheta da Abragames e 2 comerciais veiculados em canais como a MTV, para o Taikodom. Foram sonorizados por Teoli mais de 270 jogos de Web para diversas empresas, sendo a maioria mediada pela Devworks. Algumas dessas são: Coca-Cola, SBT, Nestlé, Agência Click, Camargo Correia, Cory, Globo, C&A, GROW, Banco Votorantin, Disney, Philips, Aiwa, Schincariol, Siciliano, Portal Gametrack etc. Na área dos portáteis, Teoli desenvolveu pela Devworks cerca de 50 jogos para celulares Nokia, Siemens, Sony Ericsson e Motorola. Pela Imagine Play, sonorizou o divertido Catirina.

Sendo o único músico do Brasil a ter sonorizado jogos oficialmente para os consoles da SEGA: Mega-Drive e Master System, Teoli se orgulha dos quase 70 jogos lançados numa parceria entre a Devworks e a Tec-Toy. Durante 3 anos consecutivos eles desenvolveram e lançaram estes jogos (presentes na memória dos próprios consoles vendidos pela Tec Toy).

DR. PROF. BRUNO LEWICKI – BM&A - Coordenador Editorial da Revista Trimestral de Direito Civil. Lecionou nos cursos de graduação do IBMEC, FGV e PUC do Rio de Janeiro. Professor do Mestrado Profissional do INPI, da pós-graduação da FGV, da PUC-Rio e da Escola Paulista de Direito. Coordenador do curso de Contratos na pós-graduação da FGV-Rio (2003 a 2005). Autor do livro "A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho" (Renovar, 2003). Co-autor da coleção "Código Civil comentado conforme a Constituição da República" (Renovar, 2004). Membro da Comissão de Estudos em Propriedade Intelectual da ABDI (Associação Brasileira de Direito da Internet e das Telecomunicações). Ingressou no Barbosa, Müssnich & Aragão Advogados em julho de 2002.

PROFA. DRA. CARLA EUGENIA CALDAS BARROS – UFS – Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (1981), graduação em Nancy I - Francês - Université de Nancy (1980), graduação em Nancy II - Universite de Nancy II (1981), graduação em Pedagogia - Hab. Adm. escolar, pela Faculdade Pio Décimo (1981), Mestrado em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (1986) e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2002). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Empresarial, atuando principalmente nos seguintes temas: propriedade intelectual, direito societário, direito falimentar, transferência de tecnologia, direito do consumidor , mediação e arbitragem, prática comercial.

PROF. DR. CARLOS AFFONSO PEREIRA DE SOUZA – FGV/RIO - Bacharel pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2000). Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2003). Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2009). Vice-coordenador do Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas - RJ (Direito Rio). Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Direito Rio e da PUC-Rio, lecionando matérias relacionadas ao Direito dos Contratos, Responsabilidade Civil, Propriedade Intelectual e Direito da Tecnologia da Informação. Membro da Comissão de Direito Autoral da OAB/RJ (desde 2007). Conselheiro eleito da ICANN como representante dos usuários não-comerciais da Internet (2008-2009) e Membro eleito do Comitê Executivo do NCUC (non-commercial users constituency), representando os usuários da Internet da América do Sul (2009-2010). Membro eleito do Comitê Executivo da Iniciativa por Princípios e Direitos Fundamentais na Internet, criada no Fórum de Governança da Internet (IGF) da ONU.

PROF. DRA. CARMEN FOSSARI – DIRETORA TEATRAL - Mestre em Literatura Brasileira, pela UFSC, com opção em Teatro. Diretora de Espetáculos e Coordenadora e professora da Oficina Permanente de Teatro da UFSC. Diretora e fundadora do Grupo Pesquisa Teatro Novo/UFSC. Nessa categoria, recebeu inúmeros prêmios estaduais e nacionais, bem como representou o Brasil com espetáculos que dirigiu, escreveu e atuou nos seguintes países: Porto Rico, México, Paraguai, Argentina, Chile, Colômbia, Portugal e Uruguai. Coordenou o 1º ENTEPOLA do Brasil, na cidade de Florianópolis, em 1996, com a participação de 280 artistas das Américas e de outros Continentes. Poetisa, tem poemas publicados:México, Portugal, Espanha, França, Chile. Escreveu entre outras obras: "De Açores a Desterro – Uma Viagem Bruxólica", , "Vô Chapéu Azul na cidade de Pedra Grande" (e também traduziu ao espanhol "Abuelo Sombrero Azul en la ciudad de Piedra "), , "O Menino que jogava com o Sol", "João Unha de Fome e Dona Maria Comecome" (inédito), "Os 7 Segredos do Mar", "Don Pablo Neruda entre vogais",Terra de Terrara, Engenho Engendrado. Blogs, na internet dois de Poesias e Artes e um onde resgata a obra do artista plástico Domingos Fossari.

www.carmenfossari-armazémdapalavra.blogspot.com; www.carmenfossarintatuagem.blogspot.com e www.fossaripintor.blogspot.com E-mail: carmenfossari@ig.com.br

Exposição: O Texto multiautoral nas encenações do Teatro Pós – Dramático

Resumo: O Teatro na Literatura é o gênero que necessita de uma arte subseqüente: a encenação. O objetivo dramatúrgico é ser representado.São recorrentes os debates ao entorno de ser ou não ser o Texto Teatral (parodiando Will (I)Am Shakespeare) um pretexto ou Pré - Texto do espetáculo encenado.Desde o início do século XX com o advento da Era da Encenação o teatro tem absorvido e incorporando na sua linguagem particular da representação (criação e interpretação das Personagens) linguagens de outras manifestações da Arte e das Culturas humanas (no caso do Teatro Antropológico de Barba, ou mesmo de Antonin Artaud). A dança, o canto (sem considerar os já consagrados gêneros: Ópera, Vaudevilles.), a cenografia (capaz de ser transmutada ao meio da representação dando asas ao universo onírico), as possibilidades da Iluminação, a incorporação das novas mídias áudio visuais e ainda a mescla de linguagens teatrais incorporadas em um único espetáculo com o agravante da AUSÊNCIA de uma massiva Dramaturgia, capaz de exprimir este caleidoscópio de possibilidades impulsionou um teatro Pós Dramático assim denominado por Hans-Thies Lehmann. Um autor, mais outro autor, mais outro

recorte de outra cena, passam a ser matéria prima do teatro, o Texto. MULTIAUTORAL,"costurado pel@ encenador, encenadora.

PROFA. DRA. CAROL PRONER – UNIBRASIL - Professora de Direito Internacional e Direitos Humanos. Coordenadora do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia da UniBrasil. Co-Diretora do Programa Master Doctorado en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo UNIA-UPO. Lider PROCAD Democracia, Desenvolvimento e Inclusao Tecnologica UniBrasil-UFSC-PUCPR-UNISANTOS. E-mail: carolproner@uol.com.br

Exposição: Propriedade Intelectual e Diversidade Cultural

Resumo: O sistema de proteção jurídica da propriedade intelectual tem avançado sentido da normatização de situações inéditas e que tocam direitos fundamentais tanto individuais como coletivos. A dimensão coletiva de direitos decorrentes da diversidade cultural, manifestada com freqüência do debate da questão dos conhecimentos tradicionais, é uma das áreas prioritárias no alargamento normativo do sistema de PI e que requer analise equilibrada.

CHRISTIANE RAMIREZ – FÓRUM CULTURAL DE FLORIANÓPOLIS - Publicitária, produtora cultural e de fotografia, atua há 19 anos na área de fotografia e na elaboração e execução de projetos culturais. Presidente do Fórum Cultural de Florianópolis e especializada na produção de acervos para a documentação do patrimônio cultural brasileiro. E-mail: articulturach@gmail.com

Exposição: Políticas Culturais e o Acesso na era digital, leis e diretrizes.

Resumo: Com a implantação do Plano Nacional de Cultural, que prevê acesso e revê conceitos quantos aos direitos constitucionais, tanto autorais como sociais, devemos reconhecer que estamos nos preparando para uma nova era, e devemos estabelecer novas regras para este jogo. Políticas Culturais. A política cultural é um processo interativo, que dissemina informação e conhecimento, e deve propiciar bases sociais. A primeira interação que podemos exemplificar é a do estado e da sociedade. Para a construção de bases sociais além de toda ação política em todas as instâncias a partir do reconhecimento como fonte de desenvolvimento, deve se prever na legislação a garantia destes direitos e os mecanismos de aplicação destes direitos. Quando analisamos as prioridades do estado diante a produção cultural, temos dois itens imprescindíveis: 1. Restauração e preservação do patrimônio cultural; 2. Reconhecimento de toda cadeia de produção cultural, do artista ao gestor e o produto cultural. Acesso cultural na era digital. Diante da necessidade de criar redes e linhas de acesso na área cultural, devemos estabelecer diretrizes e mecanismos que possibilitem que todas as informações referentes à cultura brasileira sejam integradas, e para esta ação devemos criar a base técnica para esta construção. Hoje é impossível falarmos em acesso cultural, geográfico histórico sem citar o Google, por exemplo, e são estas bases de acervos e informações que devemos prever através de um modelo de gerenciamento de dados, nesta apresentação será citado especificamente propostas para o trato dos acervos digitais fotográficos, citando, estruturas existentes, meios de gerenciamento e documentos relativos a concessão de direitos de uso de imagem e práticas de mercado.

CHRISTIANO LACORTE - GEDAI/UFSC - Advogado, graduado em Direito e em Ciências da Computação, com especialização em Tecnologias da Informação e extensão em Direito da Informática e Direitos Autorais. Mestrando em Direito, Estado e Sociedade na Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: clacorte@lacorte.adv.br

Exposição: Direito de Autor e Sociedade da Informação

Resumo: Vivemos em um mundo digital interligado e esta realidade tem grande impacto no Direito Autoral. A tecnologia tem transformado as bases sobre as quais se sustentou o desenvolvimento da proteção autoral, e, portanto, é nesse cenário, marcado pela tecnologia digital e pela conectividade da Internet, que atualmente se assentam as discussões sobre a proteção às obras intelectuais. Obras que já nascem digitais se espalham pelo mundo rapidamente, e mesmo as obras que não surgem neste meio são afetadas por este contexto, em razão das reproduções digitais. Diante desta situação, como fica a questão do equilíbrio entre a exploração econômica das obras protegidas e o direito de acesso ao conhecimento e à cultura? O autor quer explorar economicamente sua obra, mas também tem o interesse de divulgá-la de forma ampla, tornando autor e obra mais conhecidos. O intermediário quer explorar ao máximo aquela modalidade de uso que adquiriu do autor da obra, ainda que isso implique em restringir o acesso àquele bem. A sociedade tem interesse que o conhecimento e a cultura presentes na obra não tenham seu acesso absurdamente cerceado por razões econômicas – ainda que reconheça a importância da exploração comercial para a produção de novas obras. A discussão sobre como promover esse equilíbrio no contexto do mundo digital interligado é o tema a ser debatido nesse espaço.

PROFA. DRA. CINTHIA O. DE A. FREITAS – PUCPR - Engenhara Civil pela Universidade Federal do Paraná (1985), com mestrado em Engenharia Elétrica e Informática Industrial pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná (1990) e doutorado em Informática pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2001). Professora e Pesquisadora da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) desde 1985. Atualmente é Professora Titular da PUCPR para os cursos de: Ciência da Computação e Direito. E-mail: cinthia@ppgia.pucpr.br

Exposição: Direito de Autor e Sociedade da Informação

Resumo: O conceito de sociedade de informação vem mudando ao longo dos anos. Talvez, inicialmente, pelo motivo de que informação não possui uma definição clara. O que é informação? O que não é informação? Hoje com a Internet, a informação é cada vez mais real e presente. O paradigma inicial da Internet era constituir-se em uma rede mundial de computadores trocando informações entre si, mas se tornou muito mais que isto. Atualmente, pode-se constatar que qualquer tipo de informação pode ser localizada ou compartilhada neste meio, quer sejam, textos, imagens, músicas, vídeos, etc. Surgiu o comércio eletrônico (e-commerce), o contrato eletrônico (e-contract), os sites de relacionamento e transações bancárias pela Internet (Internet banking), podendo o internauta ter até uma Segunda Vida (Second Life). Atingiu-se um estágio de desenvolvimento caracterizado pela capacidade de obter e compartilhar qualquer informação instantaneamente, ou seja, agregam-se os conceitos de velocidade, disponibilidade, acessibilidade, além de outros, tais como: autenticidade, veracidade, confiabilidade e integridade. A partir das definições e conceitos fornecidos, permite-se o entendimento da amplitude do tema e traz à discussão o direito de autor em uma sociedade que tem por base a informação.

PROF. CLÁUDIO EDUARDO REGIS DE FIGUEIREDO E SILVA – ESMESC - Juiz de Direito em Florianópolis/SC, mestre e doutorando em Direito pelo CPGD/UFSC, professor de Direito Administrativo e Diretor de Ensino da Escola Superior da Magistratura de Santa Catarina – ESMESC. E-mail: cerf7996@tjsc.jus.br

Exposição: Propriedade Intelectual e Direitos Autorais nos contratos com a Administração Pública

Resumo: Pretende-se abordar alguns pontos polêmicos envolvendo propriedade intelectual e direitos autorais nos contratos com a Administração Pública, a partir da premissa de que a propriedade intelectual não pode ser um fim em si mesmo, e que os contratos com a administração devem visar sobretudo a satisfação do interesse público. Aborda-se o regime dos contratos de risco evolvendo prestação de serviços com transferência de tecnologia para a administração; os contratos de inovação com Fundações de Apoio e Instituições Científicas e Tecnológicas (ICT's); e a obrigatoriedade de licenciamento em contratos para fornecimento de software. Discutem-se ainda os direitos autorais envolvendo produção artística e cultural da administração pública, obras sob encomenda e a interpretação do art. 111 da Lei 8.666/93 diante da edição Lei 9.610/98 (TCU, Acórdão n. 883/2008, Plenário, rel. Min. Guilherme Palmeira).

PROFA. DRA. CLÁUDIA LEITÃO – UECE / FACULDADE CHRISTUS – CE - Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará-UFC (1981), graduação/ licenciatura em Educação Artística pela Universidade Estadual do Ceará-UECE (1986), mestrado em Sociologia do Direito pela Universidade de São Paulo-USP (1988) e doutorado em Sociologia - Université Paris V/ René Descartes (1993). É professora e pesquisadora do Mestrado em Políticas Públicas e Sociedade da UECE, onde lidera o Grupo de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas e Indústrias Criativas. É bolsista e parecerista ad hoc do CNPq, desenvolvendo pesquisas sobre políticas públicas para o desenvolvimento a partir do fomento às indústria criativas .É assessora acadêmica da Faculdade Christus e consultora associada da Animacult Desenvolvimento e Criatividade, prestando consultorias na área da cultura e criatividade para organizações públicas e privadas em diversos estados brasileiros. É conselheira do Programa Cultura Viva do Ministério da Cultura, membro da redepcult (rede de pesquisadores em políticas culturais), integrando o conselho de redação da revista eletrônica www.politicasculturaisemrevista.ufba.br. Tem publicado livros e artigos nas áreas das Políticas Públicas, Indústrias Culturais, Educação e Gestão. E-mail: claudiasousaleitao@yahoo.com.br

Exposição: Direito de Autor e Acesso à Cultura

Resumo: Nas sociedades contemporâneas, marcadas pelos avanços das novas tecnologias da informação e da comunicação, é necessário cada vez mais a formulação de políticas públicas que garantam integrar estoques de conhecimento, no sentido da proteção da diversidade dos conteúdos culturais do planeta. A UNESCO, através da "Convenção sobre a Proteção da Diversidade dos conteúdos culturais e das expressões artísticas" vem propor um instrumento jurídico que permita um diálogo entre as culturas nessa nova ordem mundial. Se, de um lado, a questão da diversidade atravessa os debates em instituições como a Organização Mundial do Comércio e a Organização Mundial da Propriedade Intelectual, do outro, pode-se constatar que a apropriação monopolista das inovações vêm ameaçando o conceito de

diversidade. Se as democracias assumem a garantia da diversidade como seu fundamento, a concentração de renda, de conhecimento e de acesso aos bens e serviços culturais vem produzindo assimetrias perigosas, evidenciando os conflitos em torno do conceito de diversidade. É o que afirma Armand Mattelard, quando destaca o deslizamento de conceitos que produzem um "mercado as palavras" tendente a um alinhamento com as "palavras do mercado" . Nosso desafio é refletir sobre os atuais paradoxos provocados entre a cultura e a comunicação, o cidadão e o consumidor, o povo e o público, a partir da resignificação da cultura enquanto "bem público comum", essencial ao conceito de democracia.

PROFA. DRA. DANIELLE ANNONI – UFSC - Professora dos Cursos de Graduação em Direito e Relações Internacionais da UFSC. Professora Permanente do Programa de Mestrado em Direito da UFSC. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1999), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2002) e Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2006), tendo desenvolvido a pesquisa para a tese (doutorado-sanduíche) junto a Universidad de Malaga (Espanha) e University of Nottingham (Inglaterra) no ano acadêmico 2003-2004. Tem experiência em Direito Público, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos humanos e direitos fundamentais, teoria geral do processo e acesso à justiça, direito internacional e relações internacionais. No Direito Privado atua nas seguintes áreas: direito das obrigações e responsabilidade civil. Atualmente desenvolve pesquisas sobre os seguintes temas: direito internacional dos direitos humanos e minorias, direito humanitário e dos refugiados, migrações internacionais e jurisdição internacional. E-mail: danielle.annoni@pq.cnpq.br

PROF. DR. DÁRIO MOURA VICENTE – UN. DE LISBOA

Professor Associado com Agregação da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Regeu, nessa Faculdade, as disciplinas de Direito Internacional Privado, Direito Comparado, Direito de Autor, Direito da Sociedade da Informação, Direito da Propriedade Industrial, Direito Comercial Internacional e Direito Processual Civil. Presidente do Instituto de Cooperação Jurídica da mesma Faculdade. Membro da Direção da Associação Portuguesa de Direito Intelectual e da Associação Portuguesa de Arbitragem. Membro Associado da Académie Internationale de Droit Comparé. Advogado e Jurisconsulto em Lisboa desde 1987. Autor, entre outras obras de: Problemática Internacional da Sociedade da Informação, Coimbra, Almedina, 2005; A tutela internacional da propriedade intelectual, Coimbra, Almedina, 2008; e La propriété intellectuelle en droit international privé, Haia, Martinus Nijhoff, 2009. E-mail: dmouravicente@fd.ul.pt

Exposição: O Direito de Autor no cenário internacional

Resumo: Apesar dos esforços empreendidos ao longo dos séculos XIX e XX, tendo em vista a harmonização e a unificação internacional do Direito de Autor, subsistem divergências significativas entre os sistemas jurídicos nacionais neste domínio. O ideal de uma proteção universal de conteúdo unitário está ainda em larga medida por alcançar. A tutela internacional do direito de autor funda-se ainda amplamente sobre os princípios da independência dos direitos e da territorialidade. A evolução contemporânea do Direito de Autor demonstra, todavia, uma nítida tendência para a superação da territorialidade que o caracterizava. Esta evolução é reclamada pelas necessidades de funcionamento das economias modernas, em que a exploração de obras intelectuais se faz cada vez mais à escala mundial. Mais do que uma unificação dos regimes jurídicos nacionais em matéria de Direito de Autor, é necessário assegurar uma coordenação destes, nomeadamente através de regras de conflitos.

PROF. DR. DENIS BORGES BARBOSA – PUCRJ - Bacharel em Direito e Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ). Mestre em Direito Empresarial (UGF), Mestre em Direito, Columbia Law School, Nova York, Membro do IAB, ABPI, Associação Portuguesa da Propriedade Intelectual e coordenador acadêmico do Instituto Brasileiro da Propriedade Intelectual. Professor nos Cursos de Pós Graduação em Propriedade Intelectual da PUC/RJ, do Mestrado Profissional do INPI, UCAM, FGV/SP e Rio, ESA/SP, CEU/SP, UNICURITIBA e Fundação Armando Álvares Penteado-FAAP.

Exposição: O Direito de Autor e a Função do Estado

Resumo: A face pública da produção expressiva: obra como "ente da razão" (Santiago Dantas), e concepção de autor como delegatário da Graça (Donaldson v. Beckett). A tese do trabalho intelectual como resultado da noção lockeana: verdades e retórica. O equilíbrio necessário entre o respeito ao trabalhador e à sociedade. O papel do Estado na garantia do trabalhador e da sociedade. As perspectivas da correção da hipossuficiência e da justa remuneração do investimento. O peso da exclusiva como direito de corso, e a exoneração da responsabilidade estatal quando o custo de transação da repressão excede o incentivo social do trabalho criador. O investimento que se cuide: caveat investor.

FERNANDO CROCOMO - DIRETOR DA TV UFSC - possui graduação em Jornalismo pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC (1988), mestrado em Engenharia de Produção pela UFSC (2001) e doutorado em

Engenharia de Produção pela UFSC (2004). Atualmente é professor Adjunto do Departamento de Jornalismo da UFSC. Possui ampla experiência em Comunicação, tanto acadêmica quanto através de trabalho junto a emissoras de TV públicas e privadas, com ênfase em Videodifusão e Telejornalismo, atuando principalmente nas seguintes áreas: Televisão, vídeo, documentários televisivos, TV digital interativa e produção interativa para Televisão. Presentemente é o Diretor Geral da TV UFSC.Foi fundador do Núcleo de Televisão Digital Interativa da UFSC, tendo sido pioneiro na produção interativa de TV com comunidades do interior. É Vice-Coordenador de Linguagem para Televisão do INCoD - Instituto Nacional para Convergência Digital, onde atua no Eixo Serviços e Conteúdo, pesquisando a criação de uma série de aplicações-piloto para prova de conceito das estratégias, modelos e tecnologias para convergência digital multidispositivo desenvolvidas no Instituto.

DR.JUR. GERT WÜRTENBERGER – IBPI-ALEMANHA - Doutor em Direito pela Universidade de Marburg, Alemanha; advogado em Munique, Alemanha; coordenador internacional do IBPI - Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual. Email: wuertenberger@ibpibrasil.org

Exposição: Reforma da Lei Autoral alemã

Resumo: The access to information and its unlimited use collides with the author's moral and material interests resulting from his scientific, literary or artistic productions. Unrestricted access to information will hamper copy right protection, and excessive copy right protection involves the risk of undue limitation of freedom of opinion and expression which includes the right to "seek, receive and impart information and ideas" (Universal Declaration of Human Rights, Art. 19). The task of copy right protection is to reconcile the public interest in promoting creativity through the protection of the interest of authors and owners of working results open to copy right protection and the public interest in safeguarding the freedom of expression and access to information and culture. How the challenge of an appropriate balance between copy right protection and access to knowledge and information may be achieved will be explained on the basis of the German Copy Right Law.

PROF. DR. GIUSEPPE COCCO – UFRJ - possui graduação em Sciences Politiques - Universite de Paris VIII (1984), graduação em Scienze Politiche - Università degli Studi di Padova (1981), mestrado em Sciencie Technologie et Société - Conservatoire National des Arts et Metiers (1988), mestrado em História Social - Université de Paris I (Pantheon-Sorbonne) (1986) e doutorado em História Social - Université de Paris I (Pantheon-Sorbonne) (1993). Atualmente é professor titular da Universidade Federal do Rio de Janeiro, é editor das revistas - Global Brasil, - Lugar comum (1415-8604) e - Multitudes (Paris) (0292-0107). Coordena as coleções << Espaços do Desenvolvimento >> (ed. DP&A) e << A Política no Império>> (Civilização Brasileira).

PROF. DR. GONZAGA ADOLFO – UNILASALLE/ULBRA

Doutor em Direito (Unisinos); Professor dos Cursos de Direito da Ulbra e do Unilasalle; Professor Titular do Mestrado em Memória Social e Bens Culturais e professor titular do Mestrado em Educação do Unilasalle. Presidente da Comissão Especial de Propriedade Intelectual da OAB/RS. E-mail: gonzagaadolfo@yahoo.com.br

Exposição: Direito de Autor e Licença Não-Voluntária

Resumo: O nó górdio do Direito Autoral, na Sociedade da Informação, é o descompasso da forma de regulação jurídico positivada com a realidade tecnológica e as imensas possibilidades de utilização das obras protegidas. Sabidamente as limitações intrínsecas não conseguem dar conta de direitos constitucionais dos usuários, como o direito à informação, à educação e à cultura. Nesta senda, discutir-se-á a possibilidade de concessão de licenças compulsórias ou não-voluntárias para a publicação de obras tuteladas pelo Direito Autoral.

PROF. DR. GUILHERME CARBONI – FAAP/SP

Graduação em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) (1992), Graduação em Comunicação Social pela Escola Superior de Propaganda e Marketing (ESPM) (1989), Pós-Graduação em Sociologia do Direito pela Università Degli Studi di Milano, Itália (2000), Mestrado em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP (2001), Doutorado em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP (2005) e Pós Doutorado pela Escola de Comunicações e Artes (ECA) da USP (2010), com financiamento da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP). Professor do Curso de Pós Graduação stricto sensu da ECA-USP, na disciplina Autoria e Direitos: uma Prospectiva para o Mediaverso Digital, ministrada juntamente com o Prof. Artur Matuck; Professor do Curso de Pós Graduação Internunidades em Estética e História da Arte da USP, na disciplina Direitos Autorais e Novas Tecnologias; Professor Titular Doutor das Faculdades de Direito, Comunicações e Artes Plásticas da Fundação Armando Álvares Penteado (FAAP). Coordenador do Curso de Pós Graduação em Direitos Intelectuais e nos Meios Digitais na Faculdade de Direito da FAAP. Pesquisador do COLABOR - Laboratório Multidisciplinar de Pesquisas em Criações Colaborativas e Linguagens Digitais, vinculado à ECA-USP. Consultor ad hoc do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça para o

assunto Direitos Autorais e Internet; Foi Coordenador da Comissão de Direitos Autorais da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI); da área de Direitos Autorais do Instituto de Direito do Comércio Internacional e Desenvolvimento (IDCID) e do Grupo de Propriedade Intelectual da ECA-USP. E-mail: carboni@gcarboni.com.br

Exposição: Direito de Autor e Prazo de Proteção

Resumo: O prazo de proteção do direito de autor pode ser examinado no âmbito de sua função social. O prazo de proteção ideal é aquele que permite o funcionamento do direito autoral como um mecanismo de estímulo à criação intelectual e, consequentemente, ao desenvolvimento cultural. A estipulação legal de prazos de proteção muito longos pode obstaculizar o desenvolvimento cultural e a dinâmica da criação cultural. Quando o prazo de duração da proteção autoral se esgota, a obra cai em domínio público, o que significa que ela pode ser livremente explorada. Não apenas na legislação brasileira, mas também na de outros países, verifica-se um progressivo aumento do prazo da proteção autoral. Devemos estar atentos ao progressivo aumento dos prazos de proteção do direito autoral, para que o instituto possa continuar servindo de estímulo ao investimento em bens intelectuais, mas em prazo suficiente para não obstaculizar o livre acesso aos mesmos.

GUILHERME COUTINHO SILVA – GEDAI/UFSC - Advogado. Mestrando em Direito na área de Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina. Tem experiência na área de Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: sociedade informacional, direito autoral, licenciamento, direito empresarial e fonogramas. Pesquisador do Grupo de Estudo em Direito Autoral e Informação (GEDAI) - CPGD/CCJ/UFSC.

Exposição: Direito de Autor e Transformação Criativa

Resumo: Nessa apresentação será estudado o conceito de "transformação criativa": de um lado, há o autor que necessita da proteção contra a exploração desautorizada de suas obras. Do outro, há o interesses de outros autores, em criar e discutir arte num ambiente livre protegido de usurpações em termos de conteúdo ou limitado pela ameaça de repercussões financeiras. Este conceito mantém sua presença de forma consistente na história da arte e da cultura, e seu valor é inerente para a criação artística. Também devem ser traçadas distinções entre conceitos similares, como o plágio e a paródia. Finalmente, estas questões precisam ser visualizadas sobre o pano de fundo da sociedade informacional, com a digitalização de conteúdos e o consequente barateamento dos custos de produção e distribuição de obras artísticas, demonstrando a tensão existente entre os direitos autorais e a liberdade de expressão.

GUILHERME VARELLA – IDEC

Advogado do Idec (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor) na área de direitos autorais e acesso à cultura e ao conhecimento. Formado em Direito e mestrando em políticas públicas de cultura pela Faculdade de Direito da USP, é também músico e gestor cultural. E-mail: guilherme@idec.org.br

Exposição: O consumidor, o consumo de cultura e os direitos autorais

Resumo: A apresentação pretende discutir a relação que se estabelece entre a necessária proteção do autor e o direitos do consumidor. Com base na lei de direitos autorais (Lei 9.610/98), objeto de necessária revisão em andamento, o debate proposto pretende identificar as interfaces estabelecidas entre os princípios e normas que regem a defesa do consumidor e aquelas que disciplinam os direitos dos criadores, procurando mostrar que a concretização dessas duas garantias jurídicas depende necessariamente de sua harmonização e compatibilização. Para isso, primeiramente é essencial que tenhamos clara a noção de consumo na área da cultura. O consumo não pode ser visto como ato isolado, descolado de todo o ambiente sociocultural que o circunda, apenas como uma relação alienada de troca mercantil. A cultura consumerista enxerga o consumo como exercício de cidadania. A aquisição de um produto, a opção por um serviço, a escolha de um bem são atos políticos, que abarcam valores e conceitos diversos em cada grupo ou sociedade. Quando se trata de cultura, de economia da cultura, essa acepção valorativa de consumo torna-se potencializada. O consumo de bens culturais - de livros, filmes, música, espetáculos – é o consumo mais qualificado que existe por ter como objeto aqueles bens cujo componente simbólico é o principal elemento caracterizador. Entre o autor, o artista que cria a obra, e o consumidor, o público que vai consumi-la, há um meio-ambiente cultural, um sistema complexo de referências comportamentais, estéticas, éticas. Entre esses dois pontos, que devem se ligar para que o consumo de cultura exista, há o patrimônio cultural de toda a sociedade, a que todos devem ter acesso, como cidadãos e como consumidores, por fazerem parte dele. Entre esses dois pontos, autor e sociedade, estão os direitos autorais. No elo delicado e importante da cadeia cultural que liga produção, circulação e consumo dos bens simbólicos. Hoje, o Brasil possui uma legislação autoral que mais embola do que limpa esse meio-de-campo. Se são os direitos autorais a ponte de acesso entre o artista e o público, essa ponte no Brasil é das mais pedregosas que existe. Esse cenário, para o equilíbrio entre as proteções do autor e do consumidor, e para o desenvolvimento da economia da cultura, precisar ser alterado.

GUSTAVO ANITELLI – TEATRO MÁGICO - Produtor do grupo O Teatro Mágico, e representante do site Música pra Baixar, Gustavo pede mudanças urgentes na lei de direitos autorais para que práticas como a do pagamento de jabá sejam abolidas do processo musical do país.

PROFA. DRA. HELENARA BRAGA AVANCINI – FACOS - Advogada, agente de propriedade industrial, especialista em direito de autor e direitos conexos pela ULA, mestre em direito pela UNISINOS, Doutor em direito pela PUC-RS, Professora de Direito da FACOS, Professora convidada dos cursos de especialização do IDC, UNISINOS e FAAP. Membro da Comissão especial de propriedade intelectual da OAB/RS, do APDI, da ABDA, da SOCOLNET , UbiNET e dos grupos de pesquisas Prismas do Direito civil-constitucional e de Propriedade Intelectual da UFS.

Exposição: A Sociedade da Informação e a obra como um fenómeno econômico e social.

Resumo: A importância cultural, social, econômica e tecnológica das criações intelectuais sempre esteve presente entre os estudos da propriedade intelectual. O Direito Autoral, dentro do sistema do Droit D'Auteur, sempre destacou a importância das faculdades morais do autor, sem, evidente, olvidar as de ordem patrimonial. Entretanto, com o surgimento das tecnologias da informação e da comunicação, o fenómeno da coisificação da obra e, consequente, mercantilização se tornaram mais evidentes para a sociedade, deixando-se a margem os aspectos morais do autor e os sociais de acesso à cultura, à informação e à educação. O presente trabalho procura fazer uma análise dos fundamentos que promoveram a proteção jurídica da obra com a necessidade de equilibrar os interesses de ordem econômica e social que envolvem a relação autoral.

JAURY NEPOMUCENO DE OLIVEIRA – BIBLIOTECA NACIONAL - Historiador, Advogado, Especialização em Propriedade Intelectual pelo Ministério da Cultura da Espanha (MCE) e pela Academia Mundial da Propriedade Intelectual da Suíça (AMPI); Responsável técnico pelo Escritório de Direitos Autorais da Fundação Biblioteca Nacional, Doutorando em Ciência da Informação no Instituto Brasileiro de Informação Científica e Tecnológica – IBICT/UFRJ. E-mail : jaury@bn.br

Exposição: Desafios da Digitalização de Acervos Públicos na Biblioteca Nacional

Resumo: A questão da digitalização de Acervos públicos é enfrentada por instituições detentoras de acervos públicos de obras intelectuais é bastante complexa, envolvendo, seu uso, reprodução, conservação, recuperação e barreiras legais quanto à manifestação digital da informação.

JEAN MAFRA – é compositor, cantor, produtor, DJ e contador de histórias, está lançado novo trabalho – rosebud ep. construído em parceria com alguns nomes importantes da música da capital catarinense.

Exposição: Direito de Autor e Transformação Criativa

Resumo: Estamos em uma época de reentender o que é música e o direito autoral para abarcar um mundo de compartilhamento de MP3's, Creative Commons, YouTube, etc. Quem são os músicos e quem os representa de fato nesta nova era? A maior parte da população é refém da música produzida por artistas financiados por investimentos de "divulgação" (as grandes emissoras recebem verbas e ou produtos para executar certas canções), o processo adotado pelo órgão coloca quase toda sua arrecadação na mão apenas dos compositores mais executados. Ou seja, aquele que mais pode é justamente o que mais irá ganhar. O modus operandi acaba por atrapalhar quem faz música no Brasil do século XXI.

PROF. DR. JOÃO PAULO REMÉDIO MARQUES – UV. DE COIMBRA - Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal).Professor do Departamento de Direito da Universidade Lusíada do Porto (Portugal). Membro da Comissão de Reforma do Processo Civil, constituída pelo XVIII Governo Constitucional português (desde Dezembro de 2009).Membro da Comissão de Ética da Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra.Professor visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Macau (China).Professor visitante da Faculdade de Direito Agostinho Neto, em Luanda (Angola).Jurisconsulto.Integra o painel de Juízes-Árbitros da Associação Portuguesa de Direito Intelectual (Portugal).Orienta cerca de 38 teses de Mestrado (em Portugal, Angola e Macau) e cinco de doutoramento (Portugal e Brasil).Participou no júri de 48 teses de Mestrado e nove teses de Doutoramento (duas como arguente).È membro de várias associações científicas. Pertence ao Conselho Editorial de várias revistas jurídicas em Portugal, Espanha e Brasil. Email: remédio@fd.uc.pt

Exposição: Direito de Autor, Direitos Conexos e Licença Compulsória

Resumo: Embora o titular do direito autoral ou do direito conexo seja o primeiro juiz da escolha das condições de utilização e de exploração da obra ou prestação — exatamente por força do direito de

exclusivo de que se reveste o conteúdo dessa titularidade —, os interesses gerais e coletivos na utilização e fruição destas criações não deverão ser secundarizados. Por um lado, o direito à cultura e ao acesso às obras e às prestações, por outro, as razões morais ou materiais do titular do exclusivo atendíveis na recusa da autorização. As autorizações dadas, que não pelo titular, mas contra a sua real ou presumida vontade. Procurar-se-á situar a possibilidade e os limites da outorga de licenças compulsórias de direito autoral e direitos conexos no quadro das Convenções Internacionais de Direito Autoral e no âmbito dos subsistemas autorais dos Estados contratantes. Por último, indagaremos da possibilidade de, mediante o apelo a uma via extra-sistemática, vinda de fora do subsistema da Propriedade Intelectual — precisamente, a que cura do comportamento dos agentes no mercado, ou seja, o Direito da Concorrência —, fundar a emissão (administrativa ou judicial) de licenças compulsórias de direito autoral e de direitos conexos.

JOI CLETISON – UFSC – Historiador, Fotógrafo e Diretor de Produção**.**. Atualmente está ligado a Secretaria de Arte e Cultura da UFSC onde atua como Diretor do Núcleo de Estudos Açorianos da UFSC é também o Coordenador do Projeto Fortalezas da Ilha de Santa Catarina. No NEA/UFSC trabalha com pesquisa e ensino da herança cultural que os açorianos deixam no Estado de Santa Catarina nas áreas da Literatura, Artesanato, folclore, religiosidade, arquitetura e historia.

PROF. DR. JORGE RENATO REIS – UNISC - Pós-Doutor pela Universidade de Salerno, Itália, com bolsa CAPES. Doutor em Direito pela UNISINOS. Mestre em Desenvolvimento Regional pela UNISC. Especialista em Direito Privado pela UNISC. Graduado em Direito pela UNISC. Coordenador e Pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da UNISC. Coordenador do Grupo de Pesquisa: "A função social do Direito de Autor". Coordenador do Projeto: "O Direito de Autor no Constitucionalismo Contemporâneo: Um estudo comparado Brasil X Uruguai" , financiado com bolsa CNPQ. Advogado atuante. E-mail: jreis@viavale.com.br

Exposição: Direito de Autor e Prazo de Proteção

Resumo: O artigo 41 da Lei 9610/98, prevê a proteção dos direitos de autor, por setenta anos, a contar de primeiro de janeiro do ano seguinte ao do falecimento do autor. O anteprojeto do MinC, mantém igual prazo somente fazendo a correção de referir que igual proteção é dada durante toda a vida do autor, o que, aliás, já é implícito pela redação atual do texto legal. Entende-se, entretanto, que se deveria aproveitar o viés social e de interesse público do anteprojeto para se inovar, reduzindo este prazo para 50 anos, igualando ao prazo de proteção da Convenção de Berna, face à necessidade de se dar efetividade aos direitos fundamentais constitucionais de acesso da coletividade à cultura, à educação e à informação que a obra permite, sem que, haja prejuízo ao autor da obra, haja vista que, certamente, em se mantendo a proteção por toda a vida do autor e mais 50 anos após a sua morte, esta redução do prazo não causaria qualquer prejuízo aos seus interesses, até porque a proteção aos seus descendentes diretos seria mantida.

PROF. DR. JOSÉ ANTÔNIO PERES GEDIEL – UFPR - doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná em 1997. Atualmente é membro da Universidade Federal do Paraná. Publicou 7 artigos em periódicos especializados e 4 trabalhos em anais de eventos. Possui 16 capítulos de livros e 5 livros publicados. Possui mais 126 produções bibliográficas e 17 itens de produção técnica. Participou de 62 eventos. Orientou 24 dissertações de mestrado e 6 teses de doutorado e co-orientou 1 tese de doutorado, além de ter orientado 9 trabalhos de iniciação científica e 38 trabalhos de conclusão de curso na área de direito. Participou de 224 bancas. Recebeu 2 prêmios e/ou homenagens. Atua na área de direito, com ênfase em direito privado. Em suas atividades profissionais interagiu com 29 colaboradores em co-autorias de trabalhos científicos.

PROF. DR. JOSÉ AUGUSTO FONTOURA COSTA – USP - possui graduação em Direito pela Universidade de São Paulo (1992) , doutorado em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (1998) e aperfeiçoamento em UN and Globalization pela Central Europe University (2002) . Atualmente é Professor Associado (DS-5) da Universidade de São Paulo, Professor da Universidade Católica de Santos, professor titular da Faculdade de Direito de Sorocaba, Professor da Universidade do Estado do Amazonas, Consultor do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais, Membro de corpo editorial da Revista Direito GV (1808-2432), Revisor de periódico da Revista Brasileira de Política Internacional, Membro de corpo editorial da Jus Gentium - Revista Jurídica, Membro de corpo editorial da Novos Estudos Jurídicos (UNIVALI), Revisor de periódico da Sequência (UFSC), Revisor de periódico da Revista Direito Empresarial (Curitiba), Revisor de periódico da Revista CEJ (Brasília) e Membro de corpo editorial da Revista Direito Empresarial (Curitiba). Tem experiência na área de Direito. Atuando principalmente nos seguintes temas: Investimento estrangeiro, Regimes internacionais, Globalização, Direito Internacional Público, Acordos internacionais sobre investimento.

PROF. DR. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO – UNIV. DE LISBOA – Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa e antigo Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife. Autor de mais de 350 escritos

jurídicos. Representante de Portugal em várias conferências diplomáticas. Autor de vários anteprojetos de lei. Sócio da Academia de Ciências de Lisboa. Presidente da Direção do Instituto dos Valores Mobiliários, da APDI – Associação Portuguesa de Direito Intelectual e da GESTAUTOR – Associação de Gestão Coletiva do Direito de Autor. Proferiu inúmeras conferências, ministrou cursos e participou em mesas-redondas em Portugal, Brasil, Angola, Moçambique, Cabo Verde, Guiné Bissau, São Tomé e Príncipe, Goa, Macau, Alemanha, Itália, Espanha, Estados Unidos da América, Uruguai e Panamá. E-mail: joascensao.oa@mail.telepac.pt

Exposição: Direito de Autor e Liberdade de Criação

Resumo: O direito de autor foi desde o início justificado por favorecer a liberdade de criação, dando ao autor independência; analogamente aconteceria com o artista. Mas essa independência só existe realmente nas figuras de topo. Não é função dos direitos intelectuais assegurar a subsistência de autores e artistas, apenas recompensar obras ou prestações individualizadas. Na realidade, o protagonismo é hoje do intermediário "cultural", para quem a proteção reverte. Os titulares continuam dependentes de inúmeras forças, o mercado, o Poder, os entes de gestão coletiva... Num outro plano, o direito autoral torna-se um adversário da liberdade de criação quando se empola, cerceando o espaço de liberdade, hoje particularmente na internet. A banalização mercantilista da obra intelectual é um agravo à criação de alto nível, que deve pelo contrário disfrutar de um estatuto privilegiado.

PROF. DR. JOSÉ ISAAC PILATI – UFSC - Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC. Dedica-se ao resgate das tutelas coletivas no Brasil, partindo da revisão das fontes romanas.

Exposição: Direito de autor e direito do consumidor - as dimensões do coletivo

Resumo: O confronto entre direito de autor e direito do consumidor permite flagrar um aspecto que tem passado despercebido nas discussões teóricas de hoje, no Brasil. O direito do consumidor, baseado na categoria dos interesses difusos – voltados a grupos – tem invadido e absorvido a esfera do coletivo propriamente dito, em que estão situados a Cultura e o domínio público. Trata-se de realidades jurídicas diversas e diferentes em espécie e natureza. Propõe-se, assim, uma distinção entre: coletivo impróprio (direitos difusos) e coletivo próprio ou propriamente dito (bens que pertencem a toda a coletividade e dos quais só se pode dispor coletivamente). A nova discussão está no limiar de um novo paradigma.

JOSÉ MURILO JR. – CULTURA DIGITAL/MINC - Gerente de Informações Estratégicas - DGE/SE-MinC

PROF. DRA. KARIN GRAU-KUNTZ – IBPI - Mestre e doutora em direito pela Ludwig-Maximilian Universitaet em Munique, Alemanha; coordenadora acadêmica do IBPI - Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual. Email: grau-kuntz@ibpibrasil.org

Exposição: Domínio Público e Direito de Autor

Resumo: A exposição será desenvolvida a partir de uma proposta de alteração de perspectiva de análise. O exame do direito de autor será deslocado da perspectiva individual tradicional, e será realizado a partir da consideração da obra intelectual como uma composição de elementos do "domínio público" e como um fenômeno simbólico, que pressupõe necessariamente os elementos do "domínio público" para que possa ser compreendido como tal. O parâmetro de análise calcado na máxima que não há creatio ex nihilo levará a resultados surpreendentes.

PROFA. DRA. LEILANE MENDONÇA ZAVARIZZI DA ROSA – UFSC - Bacharel em Direito pela UFSC; mestre em Direito pela UFSC, atualmente cursando o doutorado na UFSC. Professora das disciplinas DIREITO CIVIL - PARTE GERAL, DIREITO DO CONSUMIDOR e DIREITO ADMINISTRATIVO.

PROF. DR. MANOEL JOAQUIM PEREIRA DOS SANTOS – FGV – é advogado especializado em direito de Internet, telecomunicações e propriedade intelectual, Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da USP e Mestre em Direito pela *New York University Law School*. É Coordenador do Curso de Especialização em Propriedade Intelectual e Professor do Curso de Especialização em Responsabilidade Civil da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Foi Presidente da *Associação Brasileira de Direito Autoral – ABDA* e da *Associação Brasileira de Direito de Informática e Telecomunicações – ABDI* . Foi também Conselheiro e Presidente da Primeira Câmara do *CNDA – Conselho Nacional de Direito Autoral*. Foi Vice-Presidente e é atualmente Diretor Editor da *ABPI - Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*. Atua como painelista nos procedimentos de resolução de conflitos da Câmara de Mediação e Arbitragem da OMPI – Organização Mundial da Propriedade Intelectual. Autor de "*O Direito de Autor na Obra Jornalística Gráfica*", publicado pela Revista dos Tribunais em 1981, de "*A Proteção Autoral de Programas de Computador*" publicado pela Lumen Juris em 2008, e de diversos artigos sobre temas de sua especialidade. E-mail: manoel.santos@fgv.br

Exposição: Direito de Autor e Acervos Digitais

Resumo: O autor analisa qual deve ser a função do acervo digital na Sociedade da Informação, indicando que suas finalidades básicas são (a) preservar o patrimônio cultural, evitando que as obras tornem-se indisponíveis por deterioração do suporte material, (b) permitir que os interessados possam facilmente acessar obras referenciais e edições históricas, (c) viabilizar a circulação das obras intelectuais para número maior de usuários e, de maneira geral, (d) ampliar a possibilidade de utilização do acervo cultural existente. A partir desses objetivos, o autor discute as duas opções principais em termos de disponibilização dos acervos, que é a do acesso livre ou aberto e a do acesso limitado. A seguir, o autor examina de que maneira o Direito de Autor pode restringir o acesso aos acervos digitais, verificando quais as opções legislativas adotadas em direito comparado para equacionar essa problemática. Por fim, o autor conclui com o enunciado das regras básicas que deveriam ser estabelecidas na Lei de Direitos Autorais, comparando-as com o que vem proposto no Projeto de Lei de Revisão da Lei de Direitos Autorais atualmente em elaboração no Ministério da Cultura.

ROF. DR. MANUEL DAVID MASSENO –IP/BEJA - Professor Adjunto do Instituto Politécnico de Beja, em Portugal, selecionado em Concurso de Provas Públicas, no qual é Coordenador da Graduação em Solicitadoria, também na versão a distância, e Pesquisador no UbiNet – Segurança Informática e Cibercrime do Instituto Politécnico de Beja; Pesquisador do Instituto Jurídico Interdisciplinar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Portugal, onde é Diretor da Linha de Pesquisa "Direito & Tecnologia";"Membro Sénior" do "Comité de Avaliação e Garantia de Qualidade" do Campus Virtual Partilhado europeu LEFIS;Membro do "International Advisory Board" da "International Review of Law, Computers & Technology" e do "Editorial Board" do "European Journal of Law and Technology"; Membro do Conselho Consultivo do IBDI -Instituto Brasileiro de Direito da Informática; Membro do Conselho Editorial da ABDI - Academia Brasileira de Direito Internacional;já lecionou em Instituições de Ensino Superior de Portugal, Espanha, Itália, Finlândia, Turquia e Brasil; tem estudos publicados em Portugal, Espanha, França, Itália, Polônia, Tunísia e Brasil. E-mail: mdmasseno@gmail.com

PROF. DR. MANUEL MIRA GODINHO - ISEG / UV. TÉCNICA DE LISBOA - Professor Catedrático no ISEG/UTL (Instituto Superior de Economia e Gestão, Universidade Técnica de Lisboa); Coordenador do Mestrado em Economia e Gestão da Ciência, Tecnologia e Inovação; Coordenador da Pós-Graduação em Economia e Gestão da Propriedade Industrial. Agregado in Economia, com uma lição de síntese sobre "Análise Econômica de Patentes", Instituto Superior de Economia e Gestão, Universidade Técnica de Lisboa (2000); Doutorado (Doctor of Philosophy) em "Science and Technology Policy", com a tese Innovation Diffusion in the Portuguese and Italian Clothing Industry, título apresentada no Science Policy Research Unit, Universidad de Sussex, Reino Unido (1995); Mestrado (Master of Science) em Social and Economic Aspects of Science and Technology in Industry, Imperial College of Science and Tecnology, Universidade de Londres (1986); Experiência profissional: Atividade docente desde 1983, ensinando a cursos de graduação e pós-graduação, em particular nos domínios da inovação, mudança tecnológica e propriedade intelectual. Desde 1995 tem orientado vários trabalhos de Doutoramento e mestrado. É autor e co-autor de estudos para o governo português e para a Comissão Europeia, designadamente sobre políticas de investigação e inovação. É investigador da Unidade de Estudos em Complexidade e Economia.

MARCOS ALVES DE SOUZA – MINC - Diretor de Direitos Intelectuais do Ministério da Cultura

MARCOS ISSA – FOTÓGRAFO - é fotógrafo, diretor da agência Argosfoto e ativo pesquisador de novos processos fotográficos digitais. A partir de sua experiência de 24 anos como fotógrafo, atuação como docente há 3 anos ministra cursos de fotografia. E-mail: marcos.issa@argosfoto.com.br

Exposição: Direito de Autor e Expressões Artísticas

Resumo: Pretende expor sobre a importância de embutir metadados nos arquivos digitais, permitindo a identificação dos direitos autorais, assim como informações de contato e demais dados relativos ao arquivo. "Metadados embutidos em arquivos digitais são fundamentais ao exercício dos direitos autorais. Arquivos sem metadados são arquivos órfãos, desprotegidos, cujos detentores dos direitos dificilmente serão identificados ou contatados." Muitas vezes nem mesmo os fotógrafos sabem lidar com este aspecto primordial em seu fluxo de trabalho, criando arquivos desprotegidos. É um aspecto de suma importância para criadores e usuários. Outro assunto polêmico, é a discussão pendente no senado norte-americano, "The Ofan Works Act". É uma proposta que autoriza a utilização de trabalhos cujos direitos não são identificados, após a busca. Já foi muito discutido nos EUA mas aqui passou em branco, embora a lei possa afetar nossos autores.

PROF. DR. MARCOS WACHOWICZ– UFSC - Professor de Direito na Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Professor permanente no Curso de Pós-Graduação – programas de Mestrado e Doutorado em Direito CPGD/UFSC. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR, Mestre em Direito pela Universidade Clássica de Lisboa – Portugal. Coordenador-líder do Grupo de Estudos de Direito e Sociedade da Informação –

GEDAI/UFSC. Autor da obra: Propriedade Intelectual do software e a Revolução da Tecnologia da Informação. E-mail: marcosw@ccj.ufsc.br

Exposição: Direito de Autor e Acesso a Cultura

Resumo: A sociedade tornou-se complexa, sistêmica, informacional. A emancipação humana advinda da liberdade de acesso de bens culturais que a humanidade conquistou nas últimas décadas, por meio da internet, não pode ser restringida ou suprimida em prol da manutenção de modelos de negócios obsoletos diante das novas tecnológicas da informação. Falar na Sociedade da Informação e Diversidade Cultural implica necessariamente em discutir: (i) em primeiro plano, enfrentar a questão da exclusão cultural, em especial no tocante a disponibilidade e acesso à própria Diversidade Cultural, num mundo em que parte significativa da população não possui acesso a internet e que vive abaixo da linha da pobreza pode soar demagógico e utópico; e, (ii) num segundo plano, a percepção de que exclusão cultural, com a tutela jurídica desacertada ou inade¬quada para os bens culturais pode induzir a homogenização de padrões culturais. Assim, pensar uma nova tutela jurídica para bens intelectuais implica, necessariamente, repensar elementos como: (i) o direito fundamental à cultura e a importância da proteção da diversidade cultural para o desenvolvimento da sociedade; (ii) os valores éticos inerentes a Diversidade Cultural para o desenvolvimento da sociedade; (iii) a tutela jurídica tradicional aplicada pelo Direito internacional aos bens intelectuais dissociada da percepção de bens culturais; (iv) a urgência de uma nova reflexão sobre a tutela jurídica dada pelo Direito Autoral Brasileiro diante dos bens culturais desta nova Sociedade Informacional.

PROF. DR. MAURO POMMER – COORDENADOR DE CURSO DE CINEMA DA UFSC - possui graduação em Comunicação Social / Jornalismo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (1978), mestrado em Filosofia pela Universidade Federal de Minas Gerais (1984) e o doutorado: Doctorat en Arts et Sciences des Arts - Université de Paris 1 - Panthéon-Sorbonne (1996), pós-doutorado em Cinema na Universidade da Califórnia, Los Angeles (2003). Atualmente é Professor Associado 2 da Universidade Federal de Santa Catarina. Tem experiência na área de Artes, com ênfase em Roteiro e Direção Cinematográfica, atuando principalmente nos seguintes temas: narrativa cinematográfica, roteiro cinematográfico, estética e análise de filmes.

PROF. DR. PABLO ORTELLADO – GPOPAI/USP - Doutor em filosofia pela Universidade de São Paulo e professor do curso de Gestão de Políticas Públicas também da Universidade de São Paulo - USP. É coordenador do Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas para o Acesso à Informação (GPOPAI) onde desenvolve pesquisas sobre os impactos do direito autoral para o acesso à informação. E-mail: paort@usp.br

Exposição: Pirataria e novos modelos de negócio: impactos da gratuidade sobre o mercado de livros acadêmicos digitais

Resumo: A exposição busca explorar alguns cenários sobre o impacto da gratuidade dos livros digitais nas formas tradicionais de negócio dos livros técnico-científicos. Se a tendência presente de disseminação dos dispositivos digitais de leitura (e-books) se confirmar e se o setor editorial experimentar, como o setor fonográfico, um processo de ampla oferta não autorizada de conteúdos nas redes de compartilhamento, o que será da indústria do livro? A exposição busca, à luz da evidência disponível para o setor do livro e da transposição dos resultados de investigações sobre a indústria fonográfica e do audiovisual, explorar os impactos da pirataria nos modelos de negócio da indústria editorial. Por fim, busca mostrar como as especificidades da estrutura de financiamento do livro técnico-científico podem apontar algumas soluções.

PATRÍCIA AREAS – GEDAI/UFSC - Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (2000), especialização em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Integrado de Ensino Superior (2002), especialização em Direito e Negócios Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina (2004) e mestrado em Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina (2006). Atualmente é doutoranda em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina e na Universidad de Valencia. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Propriedade Intelectual e Direito Internacional, atuando principalmente nos seguintes temas: propriedade intelectual, direito autoral, software, inovação, comércio internacional, contratos internacionais, desenvolvimento e direito internacional privado.

PROF. DR. PEDRO PUNTONI – USP - Possui graduação em História pela Universidade de São Paulo (1989), mestrado (1992) e doutorado (1998) em História Social pela mesma Universidade. É professor doutor da Universidade de São Paulo e pesquisador do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Foi pesquisador do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebrap), entre 1991 e 2008. Foi pesquisador visitante no Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa (2001), onde desenvolveu seu pós-doutoramento. Desde 2001, é membro do conselho gestor da Cátedra Jaime Cortesão (FFLCH-USP). Exerce a função de vice-coordenador do Programa de Pós-graduação em História Econômica da USP (tendo sido coordenador no

período de 2005-2007). Atualmente, é Diretor da Biblioteca Brasiliana Guita e José MIndlin da USP e coordenador do Projeto Brasiliana USP. É presidente do Conselho Supervisor do Sistema Integrado de Bibliotecas (SIBi) da USP. E-mail: puntoni@usp.br

Exposição: A Brasiliana Digital da USP: preservação e acesso

Resumo: A proposta de formação de uma Brasiliana Digital parte de alguns princípios fundamentais. Para nós, a biblioteca digital que estamos construindo deve se nortear pelo seu uso esperado: a pesquisa científica e a investigação interessada; a educação formal e informal; o desejo de conhecimento e de formação dos cidadãos. A instituição desta biblioteca digital, que desdobra virtualmente o magnífico acervo da Universidade – tendo por ponto de partida a Biblioteca MIndlin – poderá, em médio prazo, oferecer um modelo tecnológico de gestão que possa se multiplicar por outras coleções e acervos. Sendo assim, a Brasiliana Digital se oferece como um instrumento de multiplicação, de universalização de acesso, de democratização dos meios que permitem uma formulação mais sólida da memória nacional e uma reflexão ampliada sobre a cultura brasileira. Tendo em vista o compromisso com a preservação do patrimônio cultural e sua difusão, é da maior importância, para as instituições culturais, a alteração da atual legislação sobre os direitos autorais.

PHILIPPE ARRUDA – OVER DIGITAL - Fotógrafo. Tem formação em engenharia mecânica e jornalismo e diversos prêmios de fotografia publicitária em Santa Catarina, seu Estado natal. Realizou diversas exposições individuais nas principais capitais brasileiras, na França e na Alemanha, bem como inúmeras mostras coletivas e individuais em Santa Catarina. Em cinema, fez especialização na Escola Internacional de Cinema em San Antonio de Los Baños (Cuba). Hoje é produtor-executivo do estúdio catarinense Animaking e diretor de fotografia do filme "Minhocas", a primeira animação em stop motion da América Latina, a ser lançado em 2011.

PROF. DR. QUERINO MALLMANN – UFAL - Doutor em Direito pela Unisinos (RS); Professor do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas; Professor da Graduação em Direito da UFAL; Coordenador do Núcleo de Pesquisa em Direito da Propriedade Intelectual (NUPI/UFAL); Editor da Revista do Mestrado em Direito da UFAL; Consultor e Parecerista ad-hoc da Revista Brasileira de Inovação da Secretaria Executiva da FINEP/MEC e Parecerista Ad-hoc da Revista "Locus Científico" da ANPROTEC - Associação Nacional de Entidades Promotoras de Empreendimentos Inovadores. E-mail:qmallmann@hotmail.com

RANGEL OLIVEIRA TRINDADE - GEDAI/UFSC - Mestrando em Direito, sub-área Direito e Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduado em Direito pela UniRitter/RS. Atualmente é pesquisador do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Sociedade da Informação (GEDAI/UFSC/CNPq). Menção Honrosa/2 lugar no Prêmio AJURIS de Direitos Humanos 2006. Advogado.

Exposição: Direito de Autor e Expressões Artísticas

Resumo: Tratará da necessidade de tutela do direito cultural da coletividade, da diversidade de expressões artísticas, onde a autoria das obras deve ser reconhecida, mas sem gerar entraves à criação. Para tanto, se propõe a discutir nesta mesa redonda juntamente aos representantes das modalidades culturais formas de diálogo para implementação de acesso à cultura.

RICARDO GIACOMOZZI – KADO DIGITAL ART - Especialista em tratamento de imagens, hiper-realismo 3D, fotografia, direção de arte. Envolvimento: Processo de preparo de arquivos digitais, editoração, criação, confecção de fotolitos, tratamento de imagens, provas digitais, confecção de banners digitais, banners de recorte. www.kado.art.br

PROFA. DRA. ROSELI ZEN CERNY – CED/EAD/UFSC - Professora de Universidade Federal de Santa Catarina, Departamento de Estudos Especializados em Educação. Doutora em Educação-Currículo pela PUC/SP; Mestre em Educação pela Universidade Federal de Santa Catarina (2001), Coordenadora Pedagógica dos Cursos de Licenciatura na modalidade a distância - CED/UFSC. Tem experiência na área de Educação, com ênfase em Educação a Distância, atuando principalmente nos seguintes temas: educação a distância, formação de professores, educação de adultos, tecnologias de comunicação na educação.

Exposição: Tecnologias, Educação e Direito Autoral

Resumo: O uso das TIC é responsável pela criação de novas formas de relacionamento, pesquisa, gestão, interação, escrita, entre outros, ao produzir mudanças significativas na forma como as pessoas se comunicam e interagem, ao mesmo tempo em que possibilitam novas perspectivas educacionais. Elas oferecem inúmeras possibilidades para o ensino e para a pesquisa, assim como para a promoção e a divulgação do saber. Ao mesmo tempo, vivemos em nossos dias uma nova ordem na educação e na

comunicação, onde mediante o uso de ferramentas de publicação digital (como blogs, wikis, fóruns etc) qualquer sujeito torna-se autor, rompendo com noções de autoria, criação, edição como fenômenos individuais e consumidos por poucos. Na contemporaneidade, com o advento da rede de computadores, somos autores (mas não os únicos responsáveis) pelas narrativas que povoam o ciberespaço. Navegamos à deriva, pois nessa nova ordem, dificilmente conseguimos responder: "quem escreveu essa estória?", "quem é o autor desse texto ou desse vídeo"? É em tal contexto que buscamos compreender como a educação (e os educadores) lida com esse novo paradigma, tendo em vista que grande parte do conhecimento produzido é, em nossos dias, uma criação coletiva. As autorias, assim, passam por várias mãos e não são mais propriedades de um único indivíduo. Duas perspectivas de análise se colocam à mesa de discussão: do ponto de vista jurídico temos um problema de direito autoral e propriedade intelectual; do ponto de vista daquilo que nos é mais caro como educadora, que pesquisa e atua na modalidade à distância, temos a própria noção de autoria, como criação e possibilidade de construção de conhecimento impregnado de valores pedagógicos.

PROFA. DRA. SALETE ORO BOFF – UNISC/IESA/IMED - Possui Graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul-UNIJUI (1992), Graduação em Letras pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul-UNIJUI (1987), Pós-Graduação Lato sensu em Direito Público e em Literatura Brasileira Contemporânea pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul-UNIJUI, Mestrado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos-UNISINOS (2000) e Doutorado em DIREITO pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos-UNISINOS (2005). Pós-Doutorado na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pesquisadora. Avaliadora do MEC. E-mail: salete.oro.boff@terra.com.br

PROF. DR.SÉRGIO AMADEU – UFABC - é graduado em Ciências Sociais (1989), mestre (2000) e doutor em Ciência Política pela Universidade de São Paulo (2005). É professor adjunto da Universidade Federal do ABC (UFABC). Consultor de Comunicação e Tecnologia. Foi professor titular do Programa de Mestrado da Faculdade de Comunicação Social Cásper Líbero (2006-2009). Presidiu o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (2003-2005) e foi membro do Comitê Gestor da Internet no Brasil (2003-2005). Pesquisa as relações entre comunicação e tecnologia, práticas colaborativas na Internet e a teoria da propriedade dos bens imateriais. Autor dos livros: "Exclusão Digital: a miséria na era da informação" e "Software Livre: a luta pela Liberdade do conhecimento". Desenvolve trabalhos nos seguintes temas: exclusão digital, tecnologia da informação e comunicação, sociedade da informação, economia informacional, cidadania digital e Internet.

PROF. DR. SÉRGIO CADEMARTORI – UFSC - possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (1976), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1990) e doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1997). Atualmente é professor do doutorado da Universidade de Granada e professor associado da Universidade Federal de Santa Catarina. Tem experiência na área de Filosofia e direito administrativo, com ênfase em Epistemologia, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos fundamentais, democracia, garantismo, constituição e devido processo legal, processo administrativo e controle judicial da administração. É membro do IDASC - Instituto de Direito Administrativo de Santa Catarina.

ZÉCA PIRES- CINEASTA - Zeca Pires, de nome completo José Henrique Nunes Pires (Florianópolis, 6 de Julho de 1961), é um cineasta brasileiro. Filho do poeta e educador Aníbal Nunes Pires, Zeca é formado em Administração e Jornalismo, com mestrado em História pela UFSC. Atualmente é doutorando em Mídia e Conhecimento pela UFSC. Realizou vários documentários e curtas-metragens de ficção, sempre retratando aspectos da cultura de Santa Catarina, em especial dos habitantes da Ilha de Florianópolis. Agitador cultural no seu Estado, Zeca foi um dos criadores da Cinemateca Catarinense e do Fundo Municipal de Cinema, além do Curso de Cinema e Vídeo da Unisul. De 1996 a 2000 foi diretor do Departamento Artísitco e Cultural da UFSC. Produziu os curtas de seu conterrâneo Penna Filho "Naturezas Mortas" (1995) e "Victor Meirelles - Quadros da História" (1996). Foi assistente de direção de Cacá Diegues em "Um Trem para as Estrelas" (1988) e de Sylvio Back em "Cruz e Sousa - o Poeta do Desterro" (1999) e também em "Contestado, restos mortais" (2008). Dirigiu seu primeiro longa-metragem (o segundo da história de Santa Catarina) em 2004, em parceria com o baiano José Frazão. Em 2006, rodou seu primeiro longa solo, "A Antropóloga", a história de uma antropóloga açoriana que atravessa o Atlântico para descobrir os costumes e os mistérios da cultura ilhéu catarinense. O filme, montado entre 2007 e 2008, deve ser lançado comercialmente em 2010. Tem dois livros publicados: "O Cinema em Santa Catarina", em co-autoria com Norberto Depizzolatti (editora da UFSC, 1987); e "Cinema e História: José Julianelli e Alfredo Baumgarten, pioneiros do cinema catarinense" (Edifurb, Blumenau, 2000), sua dissertação de mestrado. É ainda organizador de "Aníbal Nunes Pires, educação e literatura", biografia de seu pai publicada pela Editora da UFSC em 2006.

4. Artigos Selecionados

Direito Autoral: Sociedade da Informação e Domínio Público

Os artigos que foram selecionados para o **IV Congresso de Direito Autoral e Interesse Público**, que agora estão sendo publicados e divulgados para toda a comunidade acadêmica, cumprem com o objetivo de ampliar o debate na busca de novos paradigmas para o estudo do Direito Autoral, estão divididos nos seguintes grupos: (i) Direito Autoral e a Sociedade da Informação; (ii) Direito Autoral e Constituição; (iii) Direito Autoral e função social; (iv) Direito Autoral e a Reforma da Lei de Direito Autoral, (v) Direito autoral e Direito à Educação; (vi) Infrações ao Direito Autoral e (vii) Direito Autoral no âmbito internacional.

O direito autoral deve ser um instrumento que possibilite a promoção de políticas públicas com vistas ao fortalecimento da criação e do surgimento de novos bens culturais. Neste sentido o direito de autor deve ser visto nas suas duas dimensões: pública e privada. Durante muito tempo o direito autoral foi percebido apenas em sua dimensão privada, ou seja, percebia-se esta como sendo a única e como um direito exclusivo do criador.

Contudo, o Direito Autoral deve ser visto em sua dimensão mais ampla, pois este é concomitantemente público e privado. Isto desde seu nascimento, desde sua criação como obra intelectual.

O autor quando cria algo cria para um diálogo, para uma comunicação entre o artista e seu público. Ora, Camões não escreveu Os Lusíadas apenas para sua leitura, ele escreveu para ser lido, ele escreveu para estabelecer uma comunicação, um diálogo com seu público. Quando Machado de Assis escreveu suas crônicas ele traduziu não apenas sua visão da sociedade carioca do século XIX, mas captou a cultura, os valores e as identidades. De tal forma que não podemos imaginar que todos esses conteúdos sejam absolutamente privados.

O Direito de Autor tem sim que ser mantido, mas não o Direito de Autor que enclausura a obra intelectual, que impede ou dificulta a difusão do bem intelectual, que não perceba a sua dimensão pública.

É preciso ter-se claro que é justamente a difusão e o acesso ao bem intelectual pelo público que vai fazer com que tal bem seja percebido e identificado paulatinamente como um bem cultural portador de valores culturais. É a difusão do bem intelectual na sociedade, a sua assimilação e o seu reconhecimento pelos indivíduos desta sociedade que gradativamente irão fazer com que este bem venha ser reconhecido e passe a integrar o patrimônio cultural de um povo.

Legislação Brasileira

Atualmente a legislação brasileira necessita enfrentar as questões emergenciais relativas às novas tecnologias da informação, mais especificamente quanto à inclusão tecnológica e o direito a cultura. Como por exemplo: (i) a reprodução e digitalização de acervos bibliográficos das bibliotecas, e (ii), a sua disponibilização e o acesso pela internet à sociedade brasileira.

Pela atual legislação brasileira (Lei 9.610/98) é vedada a reprodução ou digitalização de acervos bibliográficos existentes nas inúmeras bibliotecas públicas e privadas. No Brasil tal ato é considerado uma contrafação, o que é legalmente permitido e realizado largamente em outros países. Isto porque a nossa Lei Autoral é uma das mais rígidas e restritivas do mundo.

A Lei Autoral brasileira é de 1998 e surgiu dentro de um movimento maximalista de proteção ao bem intelectual. Numa linha de pensamento jurídico pautada pelo acordo TRIPS da OMC de 1994, que propugnava que pela máxima proteção do bem intelectual ter-se-ia o máximo desenvolvimento e a máxima criação. Ocorre que passados mais de 16 anos não se alcançaram as expectativas iniciais. Ademais, na década de 90 não se vivenciava as novas tecnologias da informação e da comunicação, nem como seria o uso destas tecnologias pelas pessoas, nomeadamente o uso da INTERNET.

O surgimento da INTERNET veio mudar a forma de criação, surgindo novos modelos de difusão dos bens intelectual.

O Século XXI será atemporal

A sociedade da informação do século XXI com o uso das novas tecnologias poderá ser formada por seres humanos atemporais, na medida em que todos terão a partir dos recursos tecnológicos a possibilidade de ter acesso às obras intelectuais tanto dos séculos XVIII, XIX e XX, como obras feitas, produzidas e disponibilizadas no momento presente. Esta atemporalidade de acesso a bens intelectuais faz com que haja uma evolução cultural ímpar do ser humano na história da humanidade.

O direito autoral na sociedade da informação deve ser sim um instrumento de desenvolvimento que venha ampliar políticas públicas de difusão da cultura, promovendo a educação e o conhecimento.

Inclusão tecnológica é inclusão cultural

Na sociedade da informação o tratamento jurídico dado aos bens culturais passa por questões que vão além do acesso e disponibilidade dos bens em meio digital, chegando a questões de políticas públicas de inclusão tecnológica.

É necessário um enfrentamento destas questões de forma crítica porque dizem respeito a toda a sociedade brasileira.

Esses novos desafios não podem ser vistos com os paradigmas do século XIX, a inclusão tecnológica e cultural devem ser enfrentadas por um pensamento jurídico que projete o ser humano para o futuro de forma a integrá-lo a sociedade da informação.

Esse futuro não está preso nas realidades tecnológicas da Revolução Industrial na qual foram concebidos os tratados internacionais de propriedade intelectual (Convenção de Paris, em 1883 e Convenção de Berna, em 1886), mas sim nas novas formas de criação, acesso e comunicação advindas da tecnologia da informação.

Necessidade de formular conceitos novos

O processo de revisão da lei necessita de mecanismos que promovam informação e possibilitem o entendimento para formulação de conceitos novos, que enfrentem a complexidade do uso das novas tecnologias, que permitam o desenvolvimento das potencialidades do ser humano na sociedade da informação.

Com certeza, o primeiro passo não pode ser o exercício de se rotular ou criar estereótipos, antes ao contrário a proposta tem de ser examinada e debatida com a atenção e profundidade necessárias.

A princípio há que se ter claro que, a oportunidade de revisar a legislação autoral não pode ser afastada sob o manto do medo e dos perigos de se almejar a modernização do sistema legal.

Igualmente a oportunidade de revisar a lei autoral brasileira por meio de uma análise profunda não deve se pautar em pensamentos reducionistas, que buscam antes de tudo rotular ideologicamente a proposta para desqualificá-la, ou o que é pior ainda, que a iniciativa de revisão já amplamente discutida e aguardada pela sociedade brasileira nos últimos anos seja tratada como mais uma questão político-partidária dentro de um ano eleitoral.

O movimento para a revisão da lei brasileira não é fato isolado no cenário internacional. Brasil e Alemanha inauguraram oficialmente dia 14 de junho de 2010, o debate sobre revisão das respectivas leis de Direitos Autorais.

No entendimento da Ministra da Justiça alemã Sabine Leutheusser-Schnarrenberger a principal questão é a necessária adaptação da lei à realidade da Internet; nesse sentido é que está sendo elaborado naquele país o 3º pacote legislativo nesta matéria, a partir da transposição da Diretriz sobre os Aspectos do Direito de Autor e Direitos Conexos na Sociedade da Informação.

Os debates na Alemanha se assemelham em muito aos que estão sendo desenvolvidos e travados no Brasil. A questão crucial na Alemanha é como proteger a propriedade intelectual como um pré-requisito para a diversidade cultural, a criatividade e o desempenho acadêmico.

Ficou patente que não se pode na Sociedade da Informação linearmente transferir os instrumentos jurídicos concebidos a mundo analógico para o mundo digital.

A digitalização e novas formas de uso criativo de obras intelectuais

É fato que, com a digitalização, todos os conteúdos protegidos por direitos autorais se multiplicarão massivamente na internet. Porém, não se pode negar que a digitalização dos conteúdos intelectuais (estejam ou não protegidos pelo Direito Autoral) e sua difusão pela Internet criam um enorme potencial social de acesso ao conhecimento, à educação, ao intercambio cultural.

A oportunidade de revisar a legislação autoral não pode ser tolhida apenas sob o temor do risco de digitalização. O que estamos vendo na internet é o surgimento de novas formas de uso criativo de obras intelectuais dentro das redes sociais e das comunidades virtuais.

É preciso ficar claro que a Internet aproxima o autor com o seu público sem a necessidade de intermediários. A tecnologia da informação possibilita um constante dialogo entre autores/criadores com seus leitores. Torna-se cada vez mais comum, o estabelecimento de um contato direto com autor, no sentido de se solicitar deste que venha liberar o uso parcial de um texto ou a cópia de uma foto.

O direito de autor não pode ser considerado um estado de exceção para fundamentar posições extremas, como aquelas contidas nas inúmeras campanhas anti-pirataria nas quais se pretende introduzir o medo em pessoas comuns, com a indução do entendimento de que estariam se transformando em falsificadores, piratas e criminosos, pelo simples fato de utilizar os recursos tecnológicos disponíveis em seus computadores, celulares, Ipods, câmeras de vídeo.

Tudo na esperança de dissuadir todos os usuários da internet, numa visão apocalíptica de que, se não agirem desta maneira, estaremos todos acabando com o direito autoral e com o desenvolvimento.

A bem da verdade, o ato de rotular ou estereotipar, antes de analisar e informar, sempre evocam visões distorcidas da realidade e apocalípticas de um futuro que, se tornam instrumentos poderosos para manter modelos de negócios ultrapassados, com o intuito de colocar toda uma sociedade sob uma pressão, e assim, torná-la refém, sob o manto da ignorância e da desinformação, como sendo toda ela potencialmente criminosa por atos de pirataria. Tudo para impedir que as pessoas experimentem novas formas de criar, de usar e de transformar criativamente músicas e imagens.

A proposta de Revisão da Lei de Direitos Autorais pretende promover o equilíbrio entre interesses público e privado, harmonizando as limitações da lei brasileira com a realidade social, econômica e cultural do país, sem descumprir com os compromissos internacionais do Brasil. E, dotar o artigo 46 de clareza para facilitar o seu entendimento pela sociedade.

Direito de Autor e Acesso à Cultura

A sociedade se tornou complexa, sistêmica, informacional. A emancipação humana advinda da liberdade de acesso a bens culturais que a humanidade conquistou nas últimas décadas, por meio da internet, não pode ser restringida ou suprimida em prol da manutenção de modelos de negócios obsoletos diante das novas tecnológicas da informação. Falar na Sociedade da Informação e Diversidade Cultural implica necessariamente em discutir: (i) em um primeiro plano, a questão da exclusão cultural, em especial no tocante a disponibilidade e acesso à própria Diversidade Cultura; e, (ii) em um segundo plano, a percepção de que exclusão cultural, com a tutela jurídica desacertada ou inadequada para os bens culturais pode induzir a homogeneização de padrões culturais. Assim, pensar uma nova tutela jurídica para bens intelectuais implica, necessariamente, repensar elementos como: (i) o direito fundamental à cultura e a importância da proteção da diversidade cultural para o desenvolvimento da sociedade; (ii) os valores éticos inerentes a Diversidade Cultural para o desenvolvimento da sociedade; (iii) a tutela jurídica tradicional aplicada pelo Direito internacional aos bens intelectuais dissociada da percepção de bens culturais; (iv) a urgência de uma nova reflexão sobre a tutela jurídica dada pelo Direito Autoral Brasileiro diante dos bens culturais desta nova Sociedade Informacional.

Marcos Wachowicz

Professor de Direito da UFSC

4.1 Direito autoral e Sociedade da Informação

4.1.1 Direitos Autorais na Sociedade da Informação: Ampliação do Acesso às Criações Versus a Relativização dos Direitos Autorais

Wagner de Souza Berton[•]
Salete Oro Boff[••]

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar a complexidade das relações jurídicas relativas ao Direito Autoral, inseridas numa sociedade moderna e dinâmica, também chamada de sociedade do conhecimento ou sociedade da informação, cujo seu maior expoente é o avanço tecnológico. É neste contexto que a pesquisa se insere, pois se faz mister uma reflexão, acerca das consequências que esta revolução tecnológica traz ao Direito de Autor, observando sua eficácia e/ou lacunas jurídicas no ciberespaço, visualizando desta forma, 'um novo Direito'. Nesta senda, constata-se que a evolução tecnológica inova constantemente a área da Informática, que é responsável por uma verdadeira transformação nas relações sociais e isso ocorre diariamente numa velocidade incrível, pois em poucos anos, foi possível visualizar novos paradigmas, como no que tange ao comércio, às relações de trabalho e às sociais. No campo do Direito Autoral não foi diferente, pois se questiona como este irá proteger e fiscalizar a propriedade intelectual veiculada na grande rede? Tal questionamento se faz pertinente, na medida em que, a informação lançada na Internet é facilmente acessada por um número inimaginável de usuários, que podem copiá-la quantas vezes desejarem, podendo prejudicar o interesse de seu criador. Em um primeiro momento, pode-se pensar que a Internet constitui um domínio público, sem incidência da lei de Direitos autorais, tornando eventuais atos que violem os direitos dos criadores não apreciáveis pelo Judiciário, mas, engana-se quem assim pensa. O Direito de Autor é protegido em qualquer meio, seja físico ou virtual, o que pode ocorrer, é a ampliação do acesso às obras o que pode levar a uma relativização desse direito, pois como mencionado, a grande rede ainda tem o condão de "desmaterializar" o usuário, tornando difícil a proteção e fiscalização das criações humanas. Destarte, é de conhecimento notório a dificuldade do Direito em acompanhar essa dinâmica evolutiva, surgindo, com isso, inúmeras lacunas que originam discussões no meio jurídico. Em que pese a falta de legislação específica, não pode o Direito ficar sem respostas aos novos fatos que a tecnologia nos apresenta. Por hora, devemos interpretar todo o arcabouço jurídico em prol do criador. Contudo, diante das peculiaridades das relações virtuais, é imprescindível desenvolver instrumentos que levem a maior segurança aos autores, reconhecendo a necessidade de regulação das relações que se estabelecem no ambiente digital, incumbindo a nós operadores jurídicos a busca constante por uma efetiva prestação jurisdicional diante de uma sociedade moderna, volátil e globalizada, a qual todos estamos inseridos.
PALAVRAS-CHAVE: DIREITO AUTORAL; SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO; AVANÇO TECNOLÓGICO; INTERNET.
ABSTRACT: This paper aims to analyze the complexity of legal relationships relating to Copyrights, within a modern and dynamic society, also called the knowledge society and information society, where its greatest exponent is technological advance. It is in this context that the research falls, for it is needful a reflection on the consequences of this technological revolution brings to Copyright, noting their effectiveness and / or gaps in cyberspace by viewing this way, 'a new law'. In this vein, it appears that

[•] Servidor público militar e acadêmico de Direito da Faculdade Meridional – IMED, participante do projeto de pesquisa: "Proteção jurídica da ciência e da tecnologia e a democratização do acesso à inovação: em busca da construção de espaços compartidos para entender aos direitos privativos e ao interesse social", sob orientação da Profa. Dra. Salete Oro Boff.

[••] Phd em Direito/UFSC. Doutora em Direito/UNISINOS. Professora da IMED – Faculdade Meridional. Projeto de pesquisa "A proteção jurídica da ciência e tecnologia". Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito-Mestrado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Linha de pesquisa: Políticas Públicas de inclusão social. Grupo de Pesquisa: Políticas Públicas de inclusão social – Sub-grupo: Políticas Públicas para a Inovação e a Proteção Jurídica da Tecnologia. Professora do Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo - IESA. Avaliadora do INEP. Advogada.

technological change is constantly innovating area of Informatics, which is responsible for a true transformation in social relations, and it occurs daily at an incredible speed, because in a few years could see new paradigms, such as regard to trade, labor relations and social. In the field of copyright law was not different, it is questioned, as this will protect and enforce intellectual property conveyed in the vast network? This question becomes relevant in that the information posted on the Internet is easily accessed by an unimaginable number of users that can copy it as many times as you wish, harming the interests of its creator. At first, one might think that the Internet is a public domain, without incidence of Copyright Act, making any acts that violate the rights of creators not appreciable by the judiciary, but is deceived who thinks so. Copyright law is protected in any medium, either physical or virtual, which can occur is the increased access to works which can lead to a relativization of this right, because as mentioned, the vast network still has the power to " dematerialize "the user, making it difficult to protection and surveillance of human creations. Thus, it is common knowledge the difficulty of law in this dynamic evolving, emerging, thereby giving rise to many gaps discussions among law. Despite the lack of specific legislation, the law can not go without response to new facts that technology presents. For now, we should interpret the entire legal framework to support the creator. However, considering the peculiarities of virtual relationships, it is imperative to develop tools that will lead to greater security to the authors, recognizing the need to regulate the relations established in the digital environment, leaving it to us legal operators with constant search for an effective adjudication before a modern society, volatile and globalized, which we all belong.

KEYWORDS: COPYRIGHT, INFORMATION SOCIETY, TECHNOLOGICAL ADVANCE; INTERNET.

Introdução

O avanço tecnológico dos últimos anos tem a Internet como maior representante. A rede mundial de comunicação deu início a uma verdadeira revolução social, transformando a sociedade Industrial, na sociedade da Informação, e, por conseguinte, ao desenvolvimento da globalização.

Diariamente a mídia divulga evoluções tecnológicas que afetam as mais diversas áreas do conhecimento, como um novo exame médico, processadores mais potentes, baterias mais eficientes e cada vez menores, novos meios de relações *on-line*[1], enfim, uma infinidade de novidades. Na seara do Direito Autoral, também ocorreram profundas mudanças, sobretudo no que diz respeito à relação entre criador e criação, agora com uma capacidade de divulgação muito maior e eficiente, podendo atingir mercados antes inacessíveis.

Por outro lado, a Internet fragilizou a obra intelectual, pois a grande rede permite a criação, o armazenamento e a replicação do bem, antes não prevista pelo ordenamento jurídico, além da comum "desmaterialização" por parte dos usuários da mesma, gerando com isso, insegurança jurídica. Corroborando, há que se considerar que uma informação digital, pode ser facilmente corrompida, já que há programas específicos cujo seu objetivo, é justamente o de "quebrar" a integridade de um documento.

Saliente-se ainda, a notória lentidão do Direito (seja em regular novos fatos, seja em prestar a atividade jurisdicional) em não conseguir acompanhar a evolução comentada em alhures, deixando, com isto, inúmeras lacunas que originam diversas discussões no meio jurídico.

Muito embora a Constituição Federal, o Código Civil e os princípios gerais de direito sejam sempre aplicados a todas as relações jurídicas, o ciberespaço possui peculiaridades distintas do meio físico, o que gera controvérsias na doutrina e nos julgados.

Outras peculiaridades pertinentes que justificam o trabalho são a falta de um marco regulador para Internet, que, diga-se de passagem, está prestes a ser promulgado e a garantia extra de retorno financeiro ao criador, que se torna imprescindível num ambiente virtual. Por isso se faz mister o presente estudo, a fim de analisar a necessidade de novos instrumentos jurídicos hábeis a propiciar maior segurança, garantia e adequação da Justiça em uma sociedade na era digital.

[1] *On-line* significa "estar disponível ao vivo". Em um site, significa acesso a uma página de Internet em tempo real. Na comunicação instantânea, significa estar pronto para a transmissão de dados, também em tempo real.

Cabe ressaltar, que o presente trabalho não possui o escopo de exaurir o tema, mas busca tão somente uma reflexão sobre o assunto do Direito Autoral na Internet, e para tanto, será realizado observações pertinentes a este novo direito que emerge.

1. O Direito de Autor

O direito de autor contempla as obras de arte, a propriedade literária (literatura), científica e artística. São as criações do espírito; seu objeto resulta do trabalho intelectual, é fruto de "um esforço pessoal (trabalho) realizado pela inteligência e inspiração de uma pessoa (ou de um grupo de pessoas), com o apoio no seu patrimônio de conhecimentos e de experiência"[2]. O registro das obras possui um valor relativo de mera publicidade, pois a sua proteção não depende dele[3].

O texto constitucional de 1988 estabelece os princípios para a proteção que servem como base para a legislação infraconstitucional. A Lei n. 9.610/98 dispõe sobre Direito Autoral e Conexos; Lei n. 9.609/98, sobre os Programas de Computador.

O direito de autor é o nome dado ao direito que o autor, o criador, o tradutor, o pesquisador ou o artista tem sobre sua criação, regulamentando as relações jurídicas surgidas da criação e da utilização da obra. Engloba os direitos morais (inalienáveis e irrenunciáveis) e patrimoniais (econômicos) sobre da obra. Os direitos conexos estendem-se aos direitos dos artistas, intérpretes e executantes de obras artísticas (direitos conexos). São os atores, cantores, músicos, bailarinos, os intérpretes de obras literárias, artísticas ou expressões de folclores.

Esse direito garante aos autores exclusividade de utilizar, fluir e dispor da obra literária, artística ou científica, dependendo de autorização prévia e expressa do mesmo, para que a obra seja utilizada, por quaisquer modalidades, dentre elas a reprodução parcial ou integral. O período de duração do direito patrimonial é de setenta anos após a morte do autor. A normatização do direito autoral está prevista na Lei nº 9.610/98, Lei nº 10.994/2004, Decreto nº. 4.533/2002 e compreende, basicamente: as obras literárias, artísticas ou científicas; conferências, composições musicais, obras audiovisuais, sonorizadas ou não, obras cinematográficas, pinturas, gravuras, esculturas, litografia, ilustrações, projetos, adaptações, traduções, coletânea ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, base de dados e outros.

Ocupa-se, igualmente a legislação em que relaciona o que não é protegido pelo direito autoral, como as idéias não externalizadas, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos, esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, formulários em branco para serem preenchido por qualquer tipo de informação científica ou não, texto de tratados ou lei e outros. Também estão relacionadas legalmente algumas situações que o autor deverá suportar o uso de suas criações (limitações ao direito de autor), entre as quais: a reprodução em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado, sem visar lucro; a reprodução de retratos feitos sob encomenda, a citação de trechos de obras, com a indicação do autor.

2. Panorama Geral do Direito Digital

O avanço tecnológico cada vez mais se reflete no direito, influenciando de uma forma geral nos julgados, na aplicação e na criação da lei. A novidade é o processo eletrônico, tendente a substituir o papel por arquivos, no intuito de aperfeiçoar a prestação jurisdicional. Por outro lado, a informática constantemente apresenta fatos problemáticos ao Direito, tornando-se necessário sua rápida atualização para que consiga garantir uma efetiva prestação jurisdicional ao caso que lhe é submetido.

É neste contexto que emerge o Direito Digital, um tema extremamente novo no âmbito jurídico, pois despontou justamente com o surgimento das tecnologias de informação, inteligência artificial, Internet, crimes virtuais, e tantos outros institutos, mas tudo diretamente relacionado com a

[2] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A propriedade intelectual e o desenvolvimento tecnológico sob o prisma da Constituição brasileira. In. Anais do XXII Seminário Nacional da Propriedade Intelectual, 2002, p. 27.
[3] Na legislação brasileira, a matéria sobre os direitos autorais atualmente está disciplinada na lei 9.610, de 19.02.1998.

globalização, onde a informação já não conhece mais limites geográficos, promovendo com isso, a internacionalização da jurisdição.

Basicamente, da união entre a Informática e o Direito, tem-se, então o Direito Digital. E este, por sua vez, pode ser conceituado por um caráter substantivo e por um adjetivo. Nas palavras do Dr. Hugo Cesar Hoeschl[4], o caráter substantivo:

> [...] diz respeito ao aspecto substantivo da ciência jurídica. Assim como o direito comercial trata das questões relativas ao comércio, assim como o direito criminal trata das questões referentes aos crimes, e o direito constitucional refere-se à Constituição e à teoria constitucional, o direito digital agrupa as questões referentes à vida digital. É o direito dos bits.

Ou seja, o sentido substantivo do Direito Geral está relacionado justamente com seu conteúdo, seu cerne jurídico, qual seja, os "fatos" jurídicos que ocorrem na informática. São os acontecimentos jurídicos de cunho digital, regulados pelo direito em comento.

Ao passo que, o sentido adjetivo refere-se às peculiaridades de um ordenamento positivado em meio digital, como novamente explica Hoeschl[5] "o segundo significado refere-se aos atributos e características de certos tipos de normas e comandos jurídicos, aqueles formulados, materializados e consolidados em ambientes digitais. É o direito que está em bits".

Desta forma, pode-se conceituar o Direito Digital, como o conjunto de ferramentas e princípios jurídicos, que busca regular os novos fatos que a sociedade da informação apresenta, englobando todas as áreas do Direito[6]. Assim, para a consolidação deste 'novo Direito', se faz mister o fortalecimento de ambos os sentidos, conceituando e delimitando suas características com o fito de o amadurecer, propiciando assim, uma maior segurança e garantia aos criadores de obras intelectuais, pois terão um direito sólido e otimizado os amparando.

De fato, um Direito atualizado diante do avanço tecnológico poderá garantir um maior desenvolvimento para um país, principalmente no que tange aos Direitos de Autor, pois "a era do conhecimento tem nas inovações científicas e tecnológicas a mola propulsora do desenvolvimento. A proteção e gestão do conhecimento garantirão a capacidade competitiva dos países.[7] Para melhor entender o que é o Direito Digital, é preciso conhecer o seu público, ou seja, para quem este direito foi destinado a proteger.

3. A Sociedade da Informação

Vive-se numa sociedade globalizada, onde a tecnologia impõe-se nas mais diversas áreas e o conhecimento torna-se símbolo de progresso e riqueza, tornando as relações do cotidiano mais dinâmicas e voláteis, influenciando de forma direta ou indireta até mesmo aquele indivíduo que se julga alheio ao avanço tecnológico.

Hoje em dia, tem-se acesso a tudo pela grande rede – filmes, música, jogos, conversação, compras -, enfim, praticamente tudo o que diz respeito ao entretenimento, trabalho, comércio ou cultura, tornando desnecessário o usuário sair de sua residência. O que confirma esta afirmativa é o fato de 66 milhões de usuários brasileiros terem acessado a Internet em 2009, eis a tabela comparativa segundo dados do IBOPE[8]:

Milhões	2006	2007	2008	2009
Usuários de Internet*	32,5	39	62,3	66,3

* total de pessoas com mais de 16 anos com acesso à Internet em qualquer ambiente (casa, trabalho, escolas, universidades e outros locais).

[4] HOESCHL, Hugo Cesar. *Elementos de Direito Digital*. Disponível em <http://www.i3g.org.br/editora/livros/elementosdedireitodigital.pdf>. Acesso em 26/11/09.
[5] HOESCHL, op. cit.
[6] PECK, Patrícia. *Direito Digital*. São Paulo: Saraiva. 2002.
[7] PIMENTEL, Luiz Otavio; BOFF, Salete Oro; DEL'OLMO, Florisbal de Souza (Orgs.). *Propriedade Intelectual – Gestão do conhecimento, Inovação Tecnológica no Agronegócio e Cidadania*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 39.
[8] Fonte: IBOPE *Nielsen Online*.

A Internet propiciou à sociedade o acesso à informação numa velocidade incrível, fazendo com que uma pessoa aqui do Brasil acesse dados ou interaja com uma pessoa do Oriente, por exemplo. A Internet caracteriza-se por ser um mundo com possibilidades ilimitadas, transcendendo qualquer tipo de fronteira, o que favoreceu o desenvolvimento do comércio interno e internacional.

No ciberespaço, a informação é inesgotável. Diferentemente do que ocorre no meio físico, um produto não possui limite de replicação, um exemplo clássico é um *software*[9], pois quando o internauta realiza um *download*[10] de um *software*, ele não está retirando de uma loja, ele está apenas copiando o bem. E este mesmo usuário ou outro qualquer, pode copiar quantas vezes quiser[11]. Desse modo, a Era da Informação, caracteriza-se pelo tráfego de informações em velocidade jamais vista, o que rompeu as barreiras geográficas, devido à popularização da Internet e, de uma forma geral, todos outros meios de comunicação. Sobre o assunto, leciona Gilberto Dupas[12]: "O sistema global se converte em um todo simultâneo; o que acontece no lugar mais afastado é mostrado como se tivesse acontecendo no quarto ao lado da casa de cada um".

Assim, pode-se afirmar que "a complexificação é uma das características da sociedade moderna"[13], considerando que a Internet superou qualquer forma de barreira e de espaço, já que "quando próximo e distante se mesclam em um horizonte de percepção artificialmente ampliado, as coordenadas individuais de espaço e tempo se perturbam."[14]

Aparentemente, a sociedade digital é neutra e imparcial, ou seja, proporciona acesso tecnológico sem qualquer distinção de raça, cor, credo, etc. De fato, a Internet está disponível para qualquer pessoa, mas o professor lusitano José Oliveira Ascensão[15], faz uma observação:

> 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.

Isto se dá, em razão do avanço tecnológico distanciar os que possuem acesso às novidades dos que permanecem alheios ao desenvolvimento, já que para estar inserido neste processo, o sujeito deve ser capaz de suportar custos elevados, algo que não é possível para toda a sociedade[16].

De fato, a Internet tem o condão de separar aquele que está atualizado, daquele que não está, gerando com isso até um certo preconceito, pelo fato do cidadão estar "ultrapassado", como assevera novamente DUPAS[17]:

> No entanto, "sempre acessível e conectado" passou a ser o lema do progresso na era da tecnologia da informação; sentimo-nos culpados e temos de justificar quando não estamos "ligados". Nossas casas, última zona teórica de intimidade, são invadidas até nos fins de semana por insaciáveis operadores de telemarketing, agredindo-nos com a venda de produtos indesejáveis. Se respondemos com agressividade, sentimos culpa por lembrarmos que, do outro lado da linha, está um jovem que faz esse trabalho odioso com enorme desprazer, contra a alternativa de ser mais desempregado. Esse dilúvio de informações e agressões ataca nosso espírito que, para manter-se íntegro e

[9] *Software* é uma sequência de instruções a serem seguidas e/ou executadas, na manipulação ou modificação de um dado/informação. Também é conhecido como a parte lógica de um computador.
[10] *Download* ou descarregar (significa baixar, em português), é a transferência de dados de um computador remoto para um computador local: o inverso de *upload*.
[11] PECK, Patrícia. *Direito Digital*. São Paulo: Saraiva. 2002.
[12] DUPAS, Gilberto. *O mito do progresso ou progresso como ideologia*. São Paulo: Ed. UNESP. 2006, p. 107.
[13] BRÜSEKE, Franz Josef. *A técnica e os riscos da modernidade*. Florianópolis: Ed. da UFSC. 2001, p. 168.
[14] DUPAS, op. cit., p. 126.
[15] ASCENSÃO, José de Oliveira. *A Sociedade Digital e o Consumidor*. In: BOFF, Salete Oro; Luíz Otávio Pimentel (Orgs.). *Propriedade Intelectual, Gestão da Inovação e Desenvolvimento: patentes, marcas, software, cultivares, indicações geográficas, núcleos de inovação tecnológica*. Passo Fundo: IMED, 2009, p. 15.
[16] BOFF, Salete Oro. *Propriedade Intelectual e Desenvolvimento – Inovação, gestão e transferência tecnológica*. Passo Fundo: IMED. 2009, p. 26-27.
[17] DUPAS, op. cit., p. 109.

> diferenciado, exige sistemas eficientes de filtros como uma espécie de proteção imunológica contra agressões externas.

Consequentemente, a Era da Informação caracteriza-se pelo "bombardeio" de informações recebidas diariamente, tornando-as principal fonte de riqueza, pois aquele que detém a informação e a transforma em conhecimento está a frente dos demais, seja produzindo tecnologia, seja detendo a tecnologia. Sobre o assunto, é o ensinamento de Sheila do Rocio Cercal Santos Leal[18]: "Na "sociedade da informação", a riqueza econômica e a concentração de poder não mais têm por pressuposto a detenção de terras ou dos meios de produção, mas sim a possibilidade de acesso às tecnologias de produção e, especialmente, ao mercado consumidor, ou seja, à própria informação."

Portanto, constata-se uma mudança de concepção de riqueza: antes representada pelo capital (meios de produção, terras) ou o trabalho, passando para a informação enquanto conhecimento.

4. Acesso à Informação *versus* Direito de Autor

A Internet, inicialmente usada para fins bélicos, de o uso restrito de poucas pessoas, se difundiu com o tempo, tornando-se popular, devido à facilidade e à redução do custo no acesso. O uso intenso, especialmente para fins comerciais originou um novo ambiente, denominado ambiente virtual, uma vez que as partes, os documentos, etc, não estão presentes fisicamente, possuindo desta forma, peculiaridades distintas.

A grande parte das violações da nova dimensão de direitos ocorre neste ambiente virtual que a Internet proporciona, também chamado de ciberespaço. Aires José Rover[19] comenta este novo ambiente:

> O Ciberespaço, utópico que era, encontra-se completamente integrado ao cotidiano da humanidade. Em todos os setores das mais diferentes sociedades, nos deparamos com os mais diversos fins que, a este espaço, são destinados. Este, como qualquer outro, necessita de regras para que sua utilização não possibilite práticas ilícitas, e que pessoas tirem proveito de outras, ou a estas se sobreponham utilizando-se da rede. Disto surge a discussão sobre um Direito específico para o ciberespaço, o denominado *cyberlaw*.

Realmente, o ciberespaço está diretamente integrado ao cotidiano do indivíduo. Mesmo que as relações se dêem num ambiente imaterial, seus efeitos alastram-se pelo mundo material das mais diversas formas.

Cabe analisar aqui, alguns destes efeitos no que se refere ao Direito Autoral, pois a proteção dos direitos dos criadores tem vital importância no desenvolvimento tecnológico, considerando que as nações industrializadas detentoras do conhecimento, são referência no processo econômico[20].

Como comentado, a obra no meio virtual torna-se passível de reprodução e distribuição de cópias em larga escala, podendo até mesmo ocorrer sua edição de forma não autorizada, burlando desta forma, o Direito de Autor. São exemplos os arquivos com a extensão PDF, que foram criados justamente para garantir a integridade e originalidade de um documento, podendo até mesmo impedir a cópia de seu texto, mas como mencionado, há meios de ter acesso ao seu conteúdo. É o que faz, dentre outros *softwares*, o *Some PDF to Word Converter*, que pode ser "baixado" facilmente por qualquer internauta.

Outro fator importante, é que a Internet não possui um proprietário específico, é aberta para qualquer pessoa, tornando na maioria das vezes, impossível de se realizar uma investigação criminal para apuração da autoria, já que os rastros são quase sempre perdidos. É justamente neste sentido que Sandra Gouvêa[21] se indaga:

[18] LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. *Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via Internet*. São Paulo: Atlas. 2009, p. 6.
[19] ROVER, Aires José. *Direito, Sociedade e Informática: Limites e perspectivas da vida Digital*. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2000, p. 119.
[20] BOFF, op. cit., p. 24.
[21] GOUVÊA, Sandra. *O Direito na Era Digital: Crimes praticados por meio da Informática*. Rio de Janeiro: Mauad. 1997, p. 68-69.

> Computadores não são novidade. Crimes não são novidades. Mas a investigação de crimes praticados com os recursos da informática é uma grande novidade! É exatamente nesta área que reside o maior problema destes tipos de crimes. Como proceder durante a coleta do suporte probatório, já que dificilmente existirão provas materiais e "visíveis" relativas ao crime?

De fato, trata-se de uma pergunta difícil de ser respondida, ainda mais considerando que o autor do crime pode encontrar-se em outro país. E neste caso, qual a lei a ser aplicada?

Quanto à persecução criminal questionada, pode-se dizer que o Estado do Rio Grande do Sul está buscando especializar-se neste sentido, pois é o quarto Estado a contar com uma delegacia especializada em crimes virtuais, trata-se da Delegacia de Repressão aos Crimes Informáticos (DRCI) junto ao DEIC (Departamento Estadual de Investigações Criminais), inaugurada em julho de 2010, com sede em Porto Alegre.

Quanto à lei a ser aplicada aos crimes virtuais, sugeriu-se para esse efeito o critério do lugar de origem, estabelecido pela Convenção de Berna, também foi ventilada a hipótese de todos os países envolvidos num crime virtual serem competentes para conhecer da matéria. Mas na prática, "cada um aplica a sua lei, como pode, ao que se repercute no seu território"[22], ou seja, cada país garante os direitos autorais no seu território. Ocorre que esta forma de proteção individualizada, vem perdendo força na Internet, daí a importância de se estabelecer tratados e convenções internacionais que garantam a efetiva aplicabilidade dos diplomas legais.

Logo, o ideal seria uma harmonização das várias legislações que tratam da Propriedade Intelectual, pois como explanado, vive-se numa sociedade que já não conhece mais fronteiras, e o tema em comento a todos interessa. Há que se pensar inclusive em Tribunais de Arbitragem e Mediação em nível internacional, com competência para dirimir tais controvérsias. Como refere Ricardo Funaki[23], por ser um imenso território virtual a Internet, não convém proibir o acesso, a cópia e a distribuição das obras, mas sim mitigar as violações através de ferramentas como a senha e a criptografia[24] de arquivos.

Entretanto, com o uso destas ferramentas, o que se previne é tão somente a integridade do conteúdo da obra, pois no que tange à cópia e distribuição, nada muda. A grande maioria das obras de espírito, veiculadas pela grande rede não possuem qualquer tipo de criptografia, de modo que qualquer internauta poderá ter pleno acesso ao seu conteúdo. Importante destacar, que o fato da obra ser disponibilizada para acesso na Internet, não importa em renúncia do autor sobre os direitos autorais. Na verdade, quando se lança uma obra na grande rede, o intuito é sua divulgação, com o fim de promover a obra e o seu criador.

Assim, as obras presentes na Internet não são obras pertencentes ao domínio público. Elas continuam protegidas pelo Direito de Autor, não sendo legal sua edição, sem a autorização do seu autor e/ou utilização de pequenos trechos com a referência à autoria. Nas palavras de Ascensão, "o autor faculta, com a colocação da obra não criptada em rede, o acesso e o conhecimento que a ele estão ligados. Mas outras utilizações, que tocam outros aspectos do direito de autor, mantêm o regime próprio das obras protegidas"[25].

Também depende de autorização do criador a reprodução da obra, que está definida no art. 5, VI, da lei de Direitos Autorais 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".

E o art. 30 estabelece: "No exercício do direito de reprodução, o titular dos direitos autorais poderá colocar à disposição do público a obra, na forma, local e pelo tempo que desejar a título oneroso ou gratuito". Ora, em que pese a lei não referir expressamente as redes da Internet, aí deve ser considerada, assim, o autor tem toda a liberdade de autorizar ou não a cópia de sua criação na rede

[22] ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da Internet e da Sociedade da Informação*. Rio de Janeiro: Forense. 2002, p. 88.

[23] FUNAKI, Ricardo. *A Proteção dos Direitos Autorais na Internet*. Disponível em <http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/ricardo-funaki.pdf>. Acesso em 26/08/10

[24] Criptografia significa a escrita escondida, onde a informação pode ser transformada da sua forma legível para uma forma secreta, onde somente a pessoa autorizada poderá ter acesso ao seu conteúdo, o que a torna difícil de ser lida por terceiros.

[25] ASCENSÃO, op. cit., p. 84.

eletrônica. O mesmo ocorre com os chamados direitos conexos, como o uso de imagens e sons, que também necessitarão de autorização por parte do autor para serem reproduzidos.

Seguindo neste raciocínio, é o entendimento de Gandelman: "deve ser ressaltado que todas as obras intelectuais de autoria (…) quando digitalizadas – isto é, transformadas em bits – continuam a ser protegidas"[26]. O fato é que, se todas as relações jurídicas envolvendo propriedade intelectual tivessem a autorização de seus respectivos criadores, com o pagamento dos *royalties*, tais relações seriam legais.

Importante destacar ainda, que o poder Legislativo Federal não está inerte diante do avanço tecnológico que ocorre, uma vez que há ao menos dois relevantes projetos tramitando, quais sejam: do Marco Civil[27] da Internet e da reforma da Lei dos Direitos Autorais[28]. Ambos os projetos são de grande valia para ajudar a pacificar as relações derivadas da tecnologia. O marco civil surge para definir regras ao comércio virtual, pois como se sabe, não há lei específica sobre os direitos e deveres do usuário, do provedor e dos demais atores envolvidos no processo.

> Segundo o secretário do MJ, a falta de leis específicas resulta em decisões judiciais conflitantes entre si e com a própria natureza da internet. "É preciso trazer o Direito à internet, proporcionar segurança jurídica com respeito às características da rede, que são de privacidade e liberdade de expressão", disse. O Ministério da Justiça percebeu a necessidade de elaborar uma regulação com base na realidade brasileira e se propôs a conduzir um debate público a partir de contribuições e textos divulgados na própria internet[29].

A reforma da Lei 9.610/1998 que regula os Direitos Autorais no Brasil, é conduzida pelo Ministério da Cultura (MinC) desde 2007 e reúne informações retiradas de seminários com profissionais da área, acadêmicos, artistas, etc., já tendo realizado até mesmo um projeto de lei, que até o dia 31 de agosto estava sob consulta pública, tendo se encerrado com 7.863 sugestões que buscam adaptar a lei diante dos avanços tecnológicos ocorridos.

> Com advento da internet, aumentam-se a cada dia as facilidades de obtenção de informação e conteúdos por meio da rede. A difusão cada vez maior das obras intelectuais pelos meios de comunicação gerou a necessidade de legislar sobre o direito autoral na web. A internet tem proporcionado dúvidas no que se refere a propriedade do conteúdo disponibilizado on-line. Com a ausência de legislação específica, muitos pensam que qualquer conteúdo disponibilizado na rede passa a ser público, podendo ser livremente utilizado. É preciso atenção ao se apropriar de textos, imagens e outros tipos de conteúdos disponíveis na web. É importante ressaltar que todas as obras intelectuais (livros, vídeos, filmes, fotos, obras de artes, música, etc.), mesmo quando digitalizadas, não perdem sua proteção, portanto não podem ser utilizadas sem prévia autorização[30].

Pode-se perceber que de uma forma geral, todos os agentes ligados ao Direito Digital estão trabalhando no sentido de dar maior efetividade à legislação vigente, para que se adapte diante das novas tecnologias e que assim, possa atingir seu fim, que é o de regular a propriedade intelectual.

Considerações finais

O avanço tecnológico transformou a sociedade industrial numa sociedade digital, culminando também na globalização. Isto gerou um distanciamento do tempo do Direito e do tempo das novas

[26] GANDELMAN, Henrique. *De Gutemberg à Internet: direitos autorais na era digital*. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 176.
[27] A minuta de anteprojeto do marco civil foi apresentada pelo Ministério da Justiça em abril. Disponível em <http://culturadigital.br/marcocivil/>.
[28] Disponível em http://www.cultura.gov.br/consultadireitoautoral/consulta/. Acesso em 31/08/10.
[29] BATISTA, Eurico. *Só 14% dos delitos virtuais ocorrem em lan house*. Disponível em <maioria-delitos-virtuais-ocorre-computadores-particulares>. Acesso em 26/08/10.
[30] ATHENIENSE, Alexandre. Direitos Autorais na Internet. Disponível em <http://www.dnt.adv.br/noticias/direitos-autorais-na-internet/>. Acesso em 26/08/10.

tecnologias. Nesse sentido, verifica-se a dificuldade do Direito acompanhar o rápido desenvolvimento tecnológico ocorrido nas últimas décadas. Assim, emerge um 'novo Direito', sincronizado com as novas necessidades que uma sociedade moderna apresenta, de forma a consagrar o principio da eficiência na prestação jurisdicional. Trata-se do Direito Digital.

A sociedade digital, calcada na Era da Informação, tem por característica estabelecer relações via Internet de forma rápida e dinâmica, o que influenciou a relativização e/ou vulnerabilidade do Direito Autoral, criando facilidades de desrespeito, chegando à apropriação de criações alheias disponíveis no ambiente da rede, caracterizando-se como plágios.

Daí justifica-se a necessidade de estabelecer um novo marco normativo que dê conta desse contexto e garanta os Direitos de Autor no ambiente da rede. Por ora, deve ser aplicada a lei de Direito Autoral, com ampla interpretação no sentido de proteger e valorizar os criadores, mas também garantindo o acesso a informação. Destarte, é evidente que o Estado não pode eximir-se de seu papel de regulador das relações que se estabelecem na Internet, sob pena de existir a revolução dos crimes digitais, fato que não pode ser concebido em um Estado Democrático de Direito. Aos operadores jurídicos resta o dever de buscar constantemente uma efetiva prestação jurisdicional, voltada para uma sociedade moderna, volátil e globalizada, promovedora da info-inclusão, sempre com a ponderação dos Direitos Autorais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da Internet e da Sociedade da Informação*. Rio de Janeiro: Forense. 2002.

ATHENIENSE, Alexandre. *Direitos Autorais na Internet*. Disponível em <http://www.dnt.adv.br/noticias/direitos-autorais-na-internet/>. Acesso em 26/08/10.

BATISTA, Eurico. *Só 14% dos delitos virtuais ocorrem em lan house*. Disponível em <maioria-delitos-virtuais-ocorre-computadores-particulares>. Acesso em 26/08/10.

BOFF, Salete Oro. *Propriedade Intelectual e Desenvolvimento – Inovação, gestão e transferência tecnológica*. Passo Fundo: IMED. 2009.

BOFF, Salete Oro; Luíz Otávio Pimentel (Orgs.). *Propriedade Intelectual, Gestão da Inovação e Desenvolvimento: patentes, marcas, software, cultivares, indicações geográficas, núcleos de inovação tecnológica*. Passo Fundo: IMED, 2009.

BRÜSEKE, Franz Josef. *A técnica e os riscos da modernidade*. Florianópolis: Ed. da UFSC. 2001.

DUPAS, Gilberto. *O mito do progresso ou progresso como ideologia*. São Paulo: Ed. UNESP. 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A propriedade intelectual e o desenvolvimento tecnológico sob o prisma da Constituição brasileira***.** In. Anais do XXII Seminário Nacional da Propriedade Intelectual, 2002.

FUNAKI, Ricardo. *A Proteção dos Direitos Autorais na Internet*. Disponível em <http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/ricardo-funaki.pdf>. Acesso em 26/08/10.

GANDELMAN, Henrique. *De Gutemberg à Internet: direitos autorais na era digital*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

GOUVÊA, Sandra. *O Direito na Era Digital: Crimes praticados por meio da Informática*. Rio de Janeiro: Mauad. 1997.

HOESCHL, Hugo Cesar. *Elementos de Direito Digital*. Disponível em <http://www.i3g.org.br/editora/livros/elementosdedireitodigital.pdf>. Acesso em 26/11/09.

LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. *Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via Internet*. São Paulo: Atlas. 2009.

PECK, Patrícia. *Direito Digital*. São Paulo: Saraiva. 2002.

PIMENTEL, Luiz Otavio; BOFF, Salete Oro; DEL'OLMO, Florisbal de Souza (Orgs.). *Propriedade Intelectual – Gestão do conhecimento, Inovação Tecnológica no Agronegócio e Cidadania*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

RAMOS JÚNIOR, Hélio Santiago. *Os atores sociais e a cidadania na sociedade da informação e do conhecimento*. In: I Conferência Sul-Americana de Ciência e Tecnologia Aplicada ao Governo Eletrônico - CONEGOV. Florianópolis: Ijuris, 2004.

ROVER, Aires José. *Direito, Sociedade e Informática: Limites e perspectivas da vida Digital*. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2000.

4.1.2 Transformações dos Direitos Autorais Face às Novas Tecnologias

Elisianne Campos de Melo Soares
Geovana Maria Cartaxo de Arruda Freire

RESUMO

O surgimento da cibercultura contribuiu não apenas para o advento de uma nova identidade humana, virtual, como também representou uma revolução nos tradicionais conceitos de produtor e receptor de informações. As tecnologias digitais vieram diminuir as distâncias geográficas e permitir o fácil contato entre indivíduos situados nos mais diversos lugares do planeta, representando a quebra das barreiras que impediam ou dificultavam o câmbio de bens culturais entre eles.

No contexto da cultura livre, surgida com a crescente informatização da sociedade e a *web*, as legislações que versam sobre os direitos autorais se veem diante da necessidade de adaptação às mudanças das formas de produção, difusão e distribuição trazidas pelas novas tecnologias. Tendo em vista que os direitos de autor, no contexto brasileiro, conciliam o direito à paternidade e à exploração econômica das obras intelectuais, o conflito entre os interesses públicos – dos usuários da internet – e privados – dos autores e indústrias produtoras de obras culturais – se intensifica, e clama pelo difícil equilíbrio entre os diferentes atores sociais.

O presente estudo tem como objetivo levantar uma reflexão a respeito dessas mudanças, na tentativa de traçar um panorama que permita pensar no futuro das discussões sobre as leis que tratam da propriedade intelectual.

PALAVRAS CHAVES: CIBERCULTURA, PROPRIEDADE INTELECTUAL, INTELIGÊNCIA COLETIVA

RÉSUMÉ

L'avènement de la cyberculture a contribué pas seulement avec la naissance d'une nouvelle identité humaine, virtuelle, mais aussi avec la révolution des traditionnels concepts de producteur et recepteur d'information. Les technologies numériques ont permis la diminution des distances géographiques et rendu plus simples le contact entre les individus placés dans les plus diverses lieux de la planète, en brisant les barrières qu'empêchaient l'échange de produits culturels entre eux.

Dans le contexte de la culture libre, née avec l'informatisation croissant de la société et le *web*, les législations qui traitent des droits d'auteur rencontrent la nécessaire adaptation aux changements des formes de production, diffusion et distribution apportées par les nouvelles technologies. En considérant que, dans le contexte brésilien, les droits d'auteur concilient le droit à la paternité et à l'exploitation économique des oeuvres culturelles, le conflit entre les intérêts publiques – des utilisateurs de l'internet – et privés – des auteurs et des industries productrices d'oeuvres culturelles – s'intensifie, et démande le difficille équilibre entre les différents acteurs sóciaux.

Le but du dossier qui suivre c'est d'en faîre penser sur ces changements, en essayant de tracer un panorama qui permette d'en penser au futur des discussions des lois qui traitent de la propriété intellectuelle.

MOT-CLÉS: CYBERCULTURE, PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE, INTELLIGENCE COLLECTIVE

INTRODUÇÃO

O surgimento da prensa de Gutenberg representou o ponto de partida para as discussões em torno dos direitos de autor. A partir de então, a obra se torna, além de uma manifestação cultural, um produto comercial. É inegável o papel da tipografia como facilitadora do acesso ao conhecimento, pelo barateamento da produção de cópias e aumento da capacidade de difusão de uma obra. Mas, sem dúvida, o advento de outros meios de reprodução, como gravadoras de fita magnética, fotocopiadoras

e, mais recentemente, computadores pessoais (*pc's*) ligados à rede mundial de computadores (internet), foi o marco definitivo na quebra de barreiras físicas impostas pelas distâncias geográficas.

Segundo Moatti (1998, p. 114),

> A internet constitui um indiscutível avanço em matéria de rede eletrônica. [....] ela permite as relações internacionais: qualquer pessoa que utilize um *moden* pode imediatamente se conectar à rede, sem pedir nem solicitar nenhuma autorização oficial particular. Não somente a internet é uma rede internacional, como oferece a possibilidade, a cada usuário, de ser, ao mesmo tempo, receptor e emissor de informações. O usuário se torna um ator potencial do sistema.

A internet é, portanto, uma rede de redes de computadores, interligados em tempo real, que permite que qualquer informação, em qualquer parte do planeta, esteja imediatamente disponível em qualquer outro lugar (SORJ, 2003, p. 36). Isso nos remete ao conceito de *omnivisão*, desenvolvido por Pierre Lévy (2004, p. 374), segundo o qual "É possível encontrar e mostrar, a partir de qualquer ponto da rede, quase tudo aquilo que pode ser captado na esfera digital". O fenômeno daquilo que se pode chamar de certa "onipresença" da informação é explicado pela transformação do suporte material da obra em *bites* – a desmaterialização dos produtos culturais contribuiu para facilitar sua propagação. Antes de tratar do fim das barreiras geográficas trazido pela informatização, é preciso abordar esta metamorfose pela qual passou a obra intelectual em sua forma, o advento da cibercultura e a construção da identidade na rede.

1. O que é cibercultura

O nascimento das tecnologias digitais construiu uma nova espécie de cultura, contemporânea, marcada por relações sociais, econômicas e políticas mediadas pela esfera virtual. Vivencia-se a era da cibercultura; nela, o uso de equipamentos como celulares, palms, pages, etc., e práticas como o voto eletrônico e a utilização de *home bankings* se tornaram rotineiras.

Segundo Lemos (2003, p. 11)

> [....] podemos compreender a cibercultura como a forma sociocultural que emerge da relação simbiótica entre a sociedade, a cultura e as novas tecnologias de base micro-eletrônica que surgiram com a convergência das telecomunicações com a informática na década de 70. Antes de ser uma cultura pilotada (de *kubernetes*, cibernética) pela tecnologia, trata-se [....] de uma relação que se estabelece pela emergência de novas formas sociais que surgiram a partir da década de sessenta (a sociabilidade pós-moderna) e das novas tecnologias digitais. Esta sinergia vai criar a cibercultura.

Ainda segundo Lemos (2003, p. 12),

> Ao atingir a esfera da comunicação, as tecnologias agem, como toda mídia, liberando-nos dos diversos constrangimentos espaços-temporais. Nessa corrente, a convergência da informática com as telecomunicações vai dar origem ao que se vem chamando de sociedade da informação ou informacional (Castells, 1996) [....] a cibercultura será marcada, não de modo irreversível, por diversas formas de apropriação social-midiática (micro-informática, internet e as atuais práticas sociais [....]) da técnica.

A cibercultura não se trata de uma substituição dos tradicionais meios de comunicação e relação social existentes no espaço físico, mas do surgimento de novas relações mediadas por computadores interconectados (LEMOS, 2003, p. 22). Porém, várias práticas na *web* possuem características comuns às formas sociais e os papéis que desempenhamos no dia a dia fora da rede. A relação face a face guarda semelhanças com as relações *on-line* (LEMOS, 2003, p. 23). Segundo Castells (2004, p. 147),

> A atividade social, em toda a sua diversidade, apropriou-se da internet, embora esta apropriação tenha efeitos específicos sobre essa atividade social [....] Os jogos de papéis (*role playing*) e a construção da identidade como base da interação *on-line* constituem uma parte muito reduzida da sociabilidade baseada na internet [....].

É útil observar do que se trata a identidade virtual – uma espécie de outra identidade social possível, construída no ciberespaço.

2. A identidade na *web*

O desenvolvimento das novas tecnologias *on-line* levou ao surgimento da identidade digital, que ampliou e modificou o sentido de "estar no mundo" (FREIRE, 2010, p. 02). Não estar presente como indivíduo no ciberespaço é estar à margem, excluído das possibilidades de acesso às informações e de sociabilidade que se desenvolvem na esfera digital.

Segundo Freire (2010, p. 11), a comunicação digital

> [....] revoluciona as formas de interação do indivíduo com o meio, com o outro, com as coletividades. A possibilidade de conexão global e não apenas local, a visibilidade e reconstrução de atores sociais múltiplos por meio do ciberespaço auxiliam no desenvolvimento de identidades multifacetadas e plurais. [....] A era da revolução digital proporciona a ideia de um "eu" plural ou fragmentado, multifacetado, constituído pela interação de vários aspectos subjetivos difundidos pelo ciberespaço. A rede possibilita relações múltiplas entre personagens que têm suas habilidades, referências, conexões ampliadas pelos computadores, fato que interfere na construção do pensamento e da própria identidade do indivíduo [....].

Unindo o conceito de identidade ao de multiplicidade, Turkle (*apud* TERÊNCIO e SOARES, 2003, p. 143) chama a atenção para a diversidade do "eu" na rede:

> O "eu" não é mais simplesmente experimentar diferentes papéis em diferentes situações em diferentes lugares. A prática de vida das "janelas" (no mundo virtual) é a de um "eu" descentrado que existe em muitos mundos e que experimenta muitos papéis ao mesmo tempo (1996).

Anderson (*apud* TERÊNCIO e SOARES, 2003, p. 143) continua na mesma linha de pensamento quando argumenta: "Parece que o espaço cibernético é todo um novo campo para a construção e transformação do eu, uma dimensão da vida na qual as pessoas podem ser quase infinitamente multifrênicas e proteiformes, uma matriz para novos relacionamentos" (2002, p. 128). Por "multifrenia" o autor entende o "povoamento do eu, a aquisição de múltiplos e díspares potenciais para ser" (GERGEN *apud* ANDERSON, 2002, p. 129). "Proteiforme" define pessoas que, segundo o autor, estão sintonizadas com as transformações de suas identidades em decorrência da chamada "pós-modernidade" (TERÊNCIO e SOARES, 2003, p. 143).

A anulação das distâncias geográficas entre os indivíduos promovida pela cibercultura fez florescer a interação e a construção de um senso de comunidade no ciberespaço. Nota-se que a *web* é uma potente ferramenta de mobilização, já que pode reunir pessoas de diferentes partes do planeta em defesa de interesses comuns com uma facilidade jamais possível antes do surgimento da internet. Para Oliveira (*apud* FREIRE, 2010, p. 11),

> Os mecanismos de sociabilidade que possibilitam a construção das identidades e dos processos identificatórios foram profundamente alterados pela dinâmica singular verificada na sociedade moderna contemporânea, graças à ampliação das redes comunicacionais e informacionais [....] a comunicação e informação não devem ser vistas apenas como instrumentos de entretenimento mas fundamentalmente como importantes variáveis estratégicas que envolvem e determinam a construção de identidades e interferem nos processos de mobilização e participação a favor da regulação ou da mudança social.

A identidade existente no mundo virtual não se distancia completamente da identidade assumida na esfera física, já que as relações na rede são, predominantemente, baseadas nas já existentes no plano real. Como diz Castells (2004, p. 147), "A internet é uma extensão da vida tal como é, em todas as suas dimensões e modalidades. Além disso, mesmo nos jogos de papéis e nos *chat rooms* informais, as vidas reais (incluindo as vidas reais *on-line*) são as que determinam e definem o modelo de interacção *on-line"*.

Segundo Baym (*apud* CASTELLS, 2004, p. 148), "[....] a realidade parece indicar que muitos, provavelmente a maioria dos utilizadores sociais da comunicação mediada por computador, criam as suas próprias identidades *on-line* coerentes com as suas identidades *off-line*."

A vida virtual está à mercê da física. Mesmo que a identidade construída na rede seja diferente da firmada no mundo físico, depende desta última para se manter. Conforme salienta Turkle (*apud* CASTELLS, 2004, p. 147),

> [....] a noção do real contra ataca. As pessoas que vivem vidas paralelas no ecrã estão, em todo o caso, limitadas pelos desejos, o sofrimento e a mortalidade dos seus seres físicos. As comunidades virtuais apresentam-nos um novo contexto dramático no qual pensar sobre a identidade humana na era da internet.

A identidade virtual é o fator facilitador da produção – e, sobretudo, da difusão - dos conteúdos na "*web* social", ou *web* 2.0. Ela está implicada no próprio ato de construção coletiva do saber, e no senso de pertencimento e participação comunitários. O indivíduo no ciberespaço rompe com as barreiras físicas que impedem ou dificultam sua locomoção, e se conecta com outros indivíduos que querem, assim como ele, partilhar as informações que possuem e receber as que correspondam a seus interesses.

A virtualização da era cibernética cabe à identidade e às relações construídas através dela, mas, sobretudo, às informações que circulam na rede.

3. O fenômeno da desmaterialização da obra

Vivencia-se, atualmente, a era da cibercultura, ou da sociedade de informação.[31] Entenda-se informação como "a transferência de uma pessoa para outra de algum dado. A informação tanto pode ser uma música, um livro, uma pintura, ou um banco de dados técnicos" (GANDELMAN, 1997, p. 68). Sendo essa informação aplicada aos bens culturais disponíveis na rede, como os já citados acima, ela constitui, em si mesma, mais um produto a ser explorado pela indústria cultural. E um produto verdadeiramente promissor. Como afirma Vitalis (*In* MinC, 2006, p. 214), "O processamento da informação no mercado econômico supera em muito, em termos de importância e eficácia, a locomoção física de produtos, elemento que detinha maior relevância em época pretérita".

A diferença entre a informação distribuída pela internet e os tradicionais produtos culturais pré-existentes é a mudança de natureza: ela deixou de se apoiar em suportes físicos, como um livro ou cd, por exemplo, para ser convertida em linguagem binária. Essa mudança na forma como a informação é fixada provocou profundas transformações na maneira como é distribuída, comercializada e reproduzida. Conforme diz Paesane (2008, p. 49), "a desmaterialização da obra diminui os limites entre a reprodução, difusão e sua circulação". Já não existem mais barreiras físicas que separem os três processos. A obra cultural, que antes só poderia ser distribuída pelos serviços postais, hoje pode ser acessada através de um *download*, e seu conteúdo pode ser visualizado por meio de um servidor de internet. Como argumenta Vitalis, "A chamada Era Digital inaugura um novo paradigma: a digitalização

[31] "Os avanços na área de tecnologia, os novos conhecimentos, em especial no âmbito genético, informático e biotecnológico, vêm provocando verdadeira revolução, ensejando inclusive a conformação de uma nova sociedade, por alguns já denominada de sociedade da informação, dada a importância exercida por esse componente no desenvolvimento econômico dos Estados". (VITALIS *In* MinC, 2006, p. 250)

que, por ter vocação cosmopolita, rompe fronteiras, barateando os custos da circulação e reprodução de artefatos culturais" (*In* MinC, 2006, pp. 255-256).

Para Sirinelli (*apud* NETO, 1997, p. 14), o fenômeno da numeralização de bens culturais "pode levar à 'dessacralização' da obra de criação intelectual, com a eliminação de seu suporte físico [....]". A ausência do exemplar material faz faltar uma das características da obra protegida pelo direito do autor ligadas à materialidade da exteriorização: a fixação (PAESANE, 2008, p. 48). A desmaterialização da obra e suas consequências são pontos centrais na discussão sobre as mudanças sofridas pelo direito de autor na era da informatização.

4 . Transformações espaço-temporais

A noção de território é polissêmica, e não deve ser entendida apenas pelo aspecto jurídico, como espaço físico delimitado (LEMOS, 2006). A ideia de território evoca o sentido de controle sobre fronteiras, que podem ser físicas, sociais, simbólicas ou subjetivas. A criação de um território supõe a intenção de controlar os processos que se dão no interior das fronteiras. Desterritorializar é, portanto, quebrar essas fronteiras, criar linhas de fuga. É justamente o que vem acontecendo desde o surgimento da *web*.

Conforme diz Lemos (2003), a transformação midiática promovida pela internet aboliu o espaço físico-geográfico. A rede mundial de computadores trouxe a diminuição das distâncias geográficas de forma ainda mais acentuada que outros meios de comunicação veteranos – como o telefone, por exemplo -, através de uma instantaneidade nunca vista antes. Ela promoveu a convergência de diversos meios de comunicação, fazendo-os trabalhar em conjunto e, assim, possibilitando o surgimento de um espaço multimídia capaz de unificar tecnologias de texto, áudio e vídeo em tempo real.

Segundo Sorj (2003, p. 36), com o advento da internet,

> [....] a informação e a comunicação deixaram de estar espacialmente localizadas, isto é, foram transferidas para o "espaço virtual" (denominado de ciberespaço), possibilitando o contato simultâneo de inúmeras pessoas entre si e com a memória do conjunto dos computadores participantes da rede, independentemente de sua localização no espaço.

Conforme argumenta Mattelart (2002, p. 150), a rede torna nulas as noções de centralidade, de territorialidade e de materialidade:

> As quatro virtudes cardeais da sociedade informacional – "descentralizar", "globalizar", "harmonizar" e "dar pleno poder para fazer" (*empowerment*) – estão a ponto de derrubar o arcaico Leviatã. "Nós nos socializaremos em bairros digitais nos quais o espaço físico não será mais pertinente. O digital suportará cada vez menos a dependência em relação a um lugar específico e a um tempo específico" (Negroponte, 1995, p. 165).

E continua:

> A transgressão das fronteiras é seu corolário, quer sejam elas físicas ou funcionais. O local, o nacional e o global se interpenetram. A concepção, a produção e a comercialização são pensadas de modo sincrônico. O recipiente e o conteúdo, o *hardware* e o *software,* se englobam. (MATTELART, 2002, p. 53)

O "espaço virtual" ou ciberespaço a que Sorj (2003) se refere é uma segunda dimensão de lugar. Este se constitui em uma realidade à parte do mundo físico em que vivemos. No espaço virtual, há o que Lemos (2006) chama de "desterritorialização": o desaparecimento das fronteiras físicas e a capacidade do usuário de estar em todos os lugares ao mesmo tempo, mas numa espécie de não-lugar, ou de território transnacionalizado. Segundo Lemos (2006), ocorre que

> A compressão do espaço-tempo institui o "tempo real" e a possibilidade de acesso a informações em todos os espaços do globo. O desencaixe nos permite vivenciar processos globais não enraizados na nossa tradição

> cultural. As mídias eletrônicas criam assim processos desterritorializantes em níveis político, econômico, social, cultural e subjetivo.

E afirma:

> A desterritorialização informacional afeta a política, a economia, o sujeito, os vínculos identitários, o corpo, a arte. A internet é, efetivamente, máquina desterritorializante sob os aspectos político (acesso e ação além de fronteiras), econômico (circulação financeira mundial), cultural (consumo de bens simbólicos mundiais) e subjetivo (influência global na formação do sujeito). Estão em marcha processos de desencaixe e de compressão espaço-tempo na cibercultura.

A desterritorialização promovida pela cibercultura quebra, no universo virtual, os controles das barreiras existentes no mundo físico, fazendo do ciberespaço um território livre de amarras de tradicionais sistemas de controle, como os dos governos. O espaço virtual não se submete às leis dos países ou espaços físicos territoriais, e pela sua virtualização, mesmo, e potencial capacidade de transmissão de informações às mais longas distâncias, o controle torna-se praticamente impossível. Segundo Lemos (2009, p. 45), "Essa gestão do fluxo da informação é incontrolável (*a priori*) pelo território físico onde se dá a conexão". Sobre isso, Castells (2001, pp. 375-376) faz a seguinte observação:

> Quando, mais tarde, a tecnologia digital permitiu a compactação de todos os tipos de mensagens, inclusive som, imagens e dados, formou-se uma rede capaz de comunicar todas as espécies de símbolos sem o uso de centros de controle. A universalidade da linguagem digital e a lógica pura do sistema de comunicação em rede criaram as condições tecnológicas para a comunicação horizontal global. Ademais, a arquitetura dessa tecnologia de rede é tal, que sua censura ou controle se tornaram muito difíceis. O único modo de controlar a rede é não fazer parte dela, e esse é um preço alto a ser pago por qualquer instituição ou organização, já que a rede se torna abrangente e leva todos os tipos de informação para o mundo inteiro.

Porém, ao mesmo tempo em que a cibercultura promove uma "desterritorialização" do espaço, ela também traz uma reterritorialização, já que cria um outro lugar, o virtual, de funcionamento independente. Esse lugar também é restrito, já que o acesso aos conteúdos produzidos e distribuídos na *web* pode ser controlado através de senhas e códigos. Sendo assim, conforme diz Lemos (2006),

> O ciberespaço cria linhas de fuga e desterritorializações, mas também reterritorializações. Os meus *blogs*, *sites*, *chats*, *podcasts*, redes P2P, são reterritorializações, formas de controle do fluxo de informações em meio ao espaço estriado que constitui o ciberespaço planetário [....] O ciberespaço pode ser pensado sobre esse aspecto, como espaço estriado, controlado e vigiado. Ele é controlado por mecanismos técnicos, é gerenciado por instituições governamentais e privadas.

Criar um território é se apropriar, material e simbolicamente, das diversas dimensões da vida. O Estado e as instituições tendem sempre a manter territórios como forma de poder e controle (LEMOS, 2006). Também são assim os territórios informacionais. A posse da informação já é, em si mesma, um privilégio de poder, pelo *saber* (grifo nosso).

> Nessa fusão de espaço de lugar e espaço de fluxo, vemos a constituição dos territórios informacionais: além do território físico, do controle simbólico, corporal, cultural, vemos surgir uma nova dimensão, um território que podemos chamar de território de controle da informação, o território digital informacional (LEMOS, 2009, p. 44)

Na tentativa de firmar uma centralização e uma territorialização no espaço virtual, capaz de vigiar e punir a internet, os governos de diversos países vêm procurando apresentar seus planos de

regulamentação da rede. Sob a alegação de combater crimes virtuais, projetos como, por exemplo, LOPPSI II[32] na França, buscam instaurar uma governança virtual semelhante à já existente no espaço físico, com dispositivos de bloqueio de acesso à rede e mecanismos de espionagem na *web*. Em seus discursos e pronunciamentos, os responsáveis pelas propostas (geralmente membros dos governos ou pessoas ligadas a grandes empresas de mídia) versam sobre a possibilidade de um ciberespaço mais organizado; porém, as punições sugeridas também representam uma ameaça à privacidade e ao direito de acesso às informações dos usuários pelo radicalismo em sua aplicação. Os defensores da regulamentação alegam estar a serviço de uma *web* segura e organizada. Mas isto não seria feito através de premissas controladoras e autoritárias, que poderiam atingir também as liberdades na rede? Esse assunto será abordado de forma detalhada mais adiante.

5. Somos todos criadores: a fusão entre autor e consumidor

O próprio conceito de autor sofreu uma metamorfose na sociedade da informação, sobretudo com o advento da identidade virtual e o alucinante ritmo de desenvolvimento de *softwares* e redes de compartilhamento. O papel do produtor de obras culturais foi transformado. Segundo Neto (1997, p. 14), "as novas tecnologias afastaram o criador da criação, pulverizando os mecanismos de defesa da obra no âmbito das redes de comunicação eletrônica". Para Ferrara (2009, p. 76), tem-se um novo receptor que é, ao mesmo tempo, produtivo, reprodutivo e comunicativo. "A [....] aceleração tecnológica cria outro receptor, ativo, agitado, cada vez mais conectado e produtor de novos valores, sentidos e comportamentos". Lévy (2001, p. 63) afirma que, no ciberespaço, a produção de informações deixou de obedecer à ordem do fluxo um > todos e passou a ser todos > todos.

Conforme diz Lemos (2005, p. 181),

> A grande promessa da internet era exatamente esta: romper com as barreiras entre produtor e consumidor da cultura, entre público e artista. Criar um território neutro, aberto, que tornasse o indivíduo o centro da informação. Um território em que não necessariamente seria preciso reproduzir o modelo de concentração da mídia que predominou em todo o século XX. Em outras palavras, tornar a cultura um produto da interação entre todos, permitindo a qualquer um participar criativamente na sua constituição.

Lemos (2009, p. 39) continua desenvolvendo a ideia em obra posterior, onde diz que

> A cibercultura instaura uma estrutura midiática ímpar [....] na história da humanidade, na qual, pela primeira vez, qualquer indivíduo pode produzir e publicar informação em tempo real, sob diversos formatos e modulações, adicionar e colaborar em rede com outros, reconfigurando a indústria cultural. [....] O que vemos hoje são inúmeros fenômenos sociais em que o antigo "receptor" passa a produzir e emitir sua própria informação, de forma livre, multimodal (vários formatos midiáticos) e planetárias.

No atual contexto da sociedade de informação, os usuários estão produzindo vídeos, fotos, músicas, escrevendo em *blogs*, criando fóruns e comunidades, desenvolvendo *softwares* e ferramentas da *web* 2.0. A facilidade de produzir conteúdos também afeta a forma como se dá essa tarefa. A revolução no papel do produtor atinge um ponto-chave no processo criativo: a questão do estilo.

Nos séculos precedentes, se encarava a atividade de criação como algo completamente individual. O autor era alguém que, isoladamente, desenvolvia suas criações artísticas de forma solitária,

[32] Projeto de Lei de Orientação e de Programação pela Performance da Segurança Interior. LOPPSI II propõe a filtragem e o bloqueio de sites porno-pedófilos, a instalação de softwares espiões em computadores de suspeitos, escutas telefônicas, câmeras de vídeo em lugares públicos, toque de recolher para menores de 13 anos entre 23h e 6h, dentre outras medidas de combate à pedofilia, ações terroristas e regulamentação da internet. Mais informações em: Der Spiegel. França se aproxima de uma regulamentação sem precedente da internet. Publicado em: 18 de fevereiro de 2010. Disponível em: <http://noticias.bol.uol.com.br/internacional/2010/02/18/franca-se-aproxima-de-uma-regulamentacao-sem-precedente-da-internet.jhtm> Último acesso: 04 de março de 2010.

só deixando essa situação no momento em que apresentava sua obra publicamente pela primeira vez. Conforme diz Gandelman (1997, p. 68),

> [....] nesse período nós temos a obra totalmente individual, que se reconhece até pelo estilo. Se você lê um texto, vê uma pintura, ouve uma música no rádio, você vai dizer: esse aí é Bach, esse aí é Mozart, esse aí é João Gilberto. O estilo é o próprio homem, a continuação da sua personalidade. Então nós podemos observar que as primeiras leis de direito autoral são enfocadas, centralizadas nesse trabalho individual em que se tinha claramente o escritor, o pintor, o compositor, o arquiteto, que são trabalhos feitos por uma individualidade, na solidão do seu trabalho.

O estilo pode ser definido como um certo modo de criar próprio de um autor, indicado pelas marcas de autoria (SANTAELLA, 2009, p. 104).

As consequências do desenvolvimento tecnológico ao estilo não podem ser deixadas de lado. Máquinas como o computador alteraram o gesto criativo humano, automatizando-o. Elas passam a funcionar como parceiras do indivíduo no ato de criar. Segundo Santaella (2009, p. 105), já que o estilo se define pelas marcas de autor, na contemporaneidade é preciso compartilhar essas marcas com as máquinas, que misturam personificação e automatização da criação.

A capacidade de interação entre as máquinas e, por conseqüência, entre os diferentes usuários, reforça a afirmativa de que as barreiras entre produtor e receptor foram derrubadas, e toca a questão da autoria na era digital. Como salienta Santaella (2009, p. 108),

> Outro fator que coloca profundamente em questão a ideia de autoria encontra-se no sobejamente discutido conceito de interatividade. Tecnologias da inteligência são *sine qua non* tecnologias interativas. Por isso mesmo, elas nublam as fronteiras entre produtores e consumidores, emissores e receptores. Nas formas literárias, no teatro, no cinema, na televisão e no vídeo, há sempre uma linha divisória relativamente clara entre produtores e receptores, o que não acontece mais nas novas formas de comunicação e de criação interativas [....].

Plaza (2001, p. 36) diz que "A interatividade não é somente uma comodidade técnica e funcional; ela implica física, psicológica e sensivelmente o espectador em uma prática de transformação". Conforme Santaella (2009, pp. 108-109),

> O princípio que rege a interatividade nas redes, seja em equipamentos fixos ou móveis, é o da mutabilidade, da efemeridade, do vir-a-ser em processos que demandam a reciprocidade, a colaboração, a partilha. A interatividade ciberespacial não seria possível sem a competência semiótica do usuário para lidar com as interfaces computacionais. Essa competência semiótica implica vigilância, receptividade, escolha, colaboração, controle, desvios, reenquadramentos, em estados de previsibilidade, de acasos, desordens, adaptabilidade que são, entre outras, as condições exigidas para quem prevê um sistema interativo e para quem o experimenta.

Com a liberação da emissão, os usuários podem produzir e transmitir de forma planetária diversos tipos de informação, nos mais variados formatos. O advento da internet e das máquinas interconectadas fomentou o aparecimento de plataformas colaborativas de construção do saber.

Segundo Lemos (2009, p. 40),

> As formas da arte eletrônica colaborativas mostram diversas ações coletivas, participativas e recombinatórias, nas quais pessoas e grupos cooperam entre si, pela via telemática. [....] A internet, desde seus primórdios, configura-se como lugar de conexão e compartilhamento [....]. Desde então, só vemos crescer as formas de produção e o consumo informacional pela produção livre, pela circulação e por processos colaborativos. Uma nova economia política parece tomar forma: produção é liberação da emissão e consumo é conexão, circulação, distribuição.

A produção centralizada de conhecimentos e os tradicionais meios de comunicação unidirecionais (emissor > receptor) sofreram forte abalo. Num veículo de mídia como a TV analógica, por exemplo, a audiência não pode ser participativa, já que não há canais eficientes de interatividade que permitam o contato do receptor com o emissor de informações, tampouco há a possibilidade de interação com outros usuários. Moraes (*In* MinC, 2006, p. 311) reforça essa mudança, dizendo que

> O clássico modelo centralizador, estruturado num único canal de emissão, encontra-se em xeque com os sistemas de compartilhamento de arquivos. A tecnologia digital permite uma mudança irreversível na noção unilateral de produção e distribuição de obras intelectuais. Cada usuário passa a ser, ao mesmo tempo, emissor e receptor, descentralizando, assim, o tradicional monopólio imposto, há séculos, pelas chamadas indústrias culturais.

Lévy (2001, p. 224) também trata da descentralização da produção de informações, e faz a comparação do atual panorama da sociedade com o quadro comunicacional anterior à informatização, dizendo que

> Em contrapartida, no ciberespaço, não se trata mais de uma difusão a partir de centros, e sim de uma interação no centro de uma situação comunicacional, de um universo de informações, onde cada um contribui explorando de forma própria, modificando ou estabilizando (restabelecimento do ciclo sensório-motor). O ciberespaço abriga negociações sobre significados, processos de reconhecimento mútuo dos indivíduos e dos grupos por meio da atividade de comunicação (harmonização e debate entre os participantes).

A *web* promoveu uma abertura à democratização do saber. O poder concentrado na centralização das informações vem sendo quebrado gradativamente, e as ferramentas de comunicação começam a ser deixadas ao alcance de todos. Esta transformação evoca o conceito de *inteligência coletiva*, elaborado por Pierre Lévy. Na era da cibercultura, assistimos à construção coletiva de conhecimentos, já que o espectador tem o poder de ser, também, emissor de informações, e estar em contato com outros para partilhá-las.

Segundo Lévy (2003, p. 28), a inteligência coletiva "É uma inteligência distribuída por toda parte, incessantemente valorizada, coordenada em tempo real, que resulta em uma mobilização efetiva das competências". Partindo do pressuposto de que "Ninguém sabe tudo, todos sabem alguma coisa, todo o saber está na humanidade" (2003, p. 29), o autor diz que o conhecimento se constrói na reunião do algum saber de cada um sobre determinado assunto. Ele está em constante mutação, pois as diferentes informações vão se agregando gradativamente durante sua construção, incessantemente, de forma que esse conhecimento está sempre inacabado, aberto às adições ou modificações ao longo do tempo e dos diferentes contextos sociais.

A *web* é um espaço privilegiado para a construção da inteligência coletiva, sendo ela, mesma, um fruto desta última. A eliminação das barreiras espaço-temporais cria um lugar de fluxo para o conhecimento em construção, já que a troca e a reunião de informações que partem de diversas origens são facilitadas pela rede. Segundo Lévy (2003, p. 29), "Nessa perspectiva, o ciberespaço tornar-se-ia o espaço móvel das interações entre conhecimentos e conhecedores de coletivos inteligentes desterritorializados". Conforme Lima e Santini (2006, p. 123),

> As relações sociais de colaboração entre produtores e usuários são horizontais, diferindo das relações entre produtores e consumidores da indústria cultural. As relações são constituídas a partir da comunicação entre pessoas e do compartilhamento simbólico, que criam vínculos e possibilitam a solidariedade. As redes horizontais de produção colaborativa não são prisioneiras dos valores de troca dos seus produtos. As redes horizontais de produção são processos sociais criativos.

A interação entre os diferentes usuários da rede na elaboração de conhecimentos coletivos colabora para a construção de um senso comunitário na *web*. Ao invés de ser um espaço

caótico, onde todos falem tudo ao mesmo tempo, a *web* pode ser um lugar onde todos se reúnam e formem uma comunidade organizada em torno de um objetivo comum: a construção coletiva do saber. Para Lévy (2003, pp. 31-32),

> Em um coletivo inteligente, a comunidade assume como objetivo a negociação permanente da ordem estabelecida, de sua linguagem, do papel de cada um, o discernimento e a definição de seus objetivos, a reinterpretação de sua memória. [....] Interagindo com diversas comunidades, os indivíduos que animam o Espaço do saber, longe de ser os membros intercambiáveis de castas imutáveis, são ao mesmo tempo singulares, múltiplos, nômades e em vias de metamorfose (ou de aprendizado) permanente. Esse projeto convoca um novo humanismo que inclui e amplia o "conhece-te a ti mesmo" para um "aprendamos a nos conhecer para pensar juntos", e que generaliza o "penso, logo existo" em um "formamos uma inteligência coletiva, logo existimos eminentemente como comunidade". [....] Longe de fundir as inteligências individuais em uma espécie de magma indistinto, a inteligência coletiva é um processo de crescimento, de diferenciação e de retomada recíproca das singularidades.

"O ideal da inteligência coletiva implica a valorização técnica, econômica, jurídica e humana de uma inteligência distribuída por toda parte, a fim de desencadear uma dinâmica positiva de reconhecimento e mobilização das competências" (LÉVY, 2003, p. 30). Na *web* há espaço para que todos sejam ouvidos. Na construção coletiva do saber, todos têm voz. Os usuários valorizam essa oportunidade - trazida pela internet - de contribuir com informações na formação de conhecimentos disponibilizados na rede, o que explica o êxito de sites colaborativos como o Wikipedia.

Ainda segundo Lévy (2003, p. 30),

> Na era do conhecimento, deixar de reconhecer o outro em sua inteligência é recusar-lhe sua verdadeira identidade social, é alimentar seu ressentimento e sua hostilidade, sua humilhação, a frustração de onde surge a violência. Em contrapartida, quando valorizamos o outro de acordo com o leque variado de seus saberes, permitimos que se identifique de um modo novo e positivo, contribuímos para mobilizá-lo, para desenvolver nele sentimentos de reconhecimento que facilitarão, consequentemente, a implicação subjetiva de outras pessoas em projetos coletivos.

O espaço de construção coletiva do saber é um lugar de participação democrática, onde todos podem contribuir de forma igualitária com alguma informação teórica e/ou prática que possuam sobre determinado assunto. Em seu texto "Pela ciberdemocracia", Pierre Lévy salienta esse quadro da cibercultura, dizendo que a perda de influência dos mediadores culturais tradicionais é o prenúncio de uma liberdade de expressão nunca vista antes.

> O inegável movimento de concentração (ver, por exemplo, a fusão entre AOL e Time Warner) na indústria da comunicação não tem capacidade para frear tal movimento, pois o que se oferece ao consumidor é precisamente a mais ampla liberdade de expressão [....] De fato, a diversidade informacional e a liberdade de expressão continuam a aumentar rapidamente apesar dos movimentos de fusão. (LÉVY, 2004, p. 371)

Para Lévy (2004, p. 225), o rompimento das barreiras entre centros produtores de informações e receptores é positiva pelo fato de que "[....] é muito mais difícil executar manipulações em um espaço onde todos podem emitir mensagens e onde informações contraditórias podem confrontar-se do que em um sistema onde os centros emissores são controlados por uma minoria".

A descentralização da produção de informações foi amplamente sentida no setor editorial, sobretudo na circulação de jornais. Uma pesquisa feita nos EUA e citada por Keen (2007, p. 13) diz que os lucros e a circulação despencaram de maneira impressionante em todas as principais empresas jornalísticas do país – caíram 69% na *New York Times Company*, 28% na *Tribune Company* e 11% na *Gannet*, a maior dos EUA. Essa é uma tendência em todos os mercados editoriais do mundo. No Brasil,

os jornais filiados ao Instituto Verificador de Circulação (IVC) tiveram 4,8% de queda na circulação durante o primeiro semestre de 2009[33].

Na tentativa de amenizar o impacto da digitalização e fácil distribuição de informações via *web*, muitos jornais passam a cobrar pelo acesso ao seu conteúdo *on-line*, como fez em fevereiro de 2010 o diário francês *Le Figaro*[34] e como já vem sido feito pela *Folha Online*. Para o *chairman* do *The New York Times*, Artur Sulzberger, a cobrança pelo acesso a seu conteúdo *on-line*, a partir de 2011, será uma fonte de receita fundamental para o veículo.[35]

6. Legislação autoral na era digital

A desmaterialização da obra e, consequentemente, a facilitação do acesso e da distribuição do produto cultural provocou profundos efeitos na tradicional concepção do direito de autor. A própria metamorfose social promovida pela construção da identidade pós-moderna afeta a relação do autor com suas produções.

O desenvolvimento acelerado das tecnologias da informação e o advento da internet são campos férteis para o surgimento de novas plataformas de comunicação multimídia, baseadas na interatividade entre produtores e receptores de informações. Por seu poder de alcance e possibilidade de interconectar facilmente máquinas instaladas em diferentes pontos do planeta, a internet é um meio de comunicação que tende a se espalhar mais a cada dia. Em fevereiro de 2010, o número de internautas ativos no Brasil atingiu a marca de 36,7 milhões de pessoas. O acesso à rede mundial de computadores chegou a um total consolidado de 67,5 milhões de pessoas durante o quarto trimestre de 2009, segundo dados divulgados pelo Ibope. O número trimestral considera os usuários com acesso em qualquer ambiente (casa, trabalho, escola, etc.) no País, e também conta os usuários com 16 anos de idade ou mais.[36]

A digitalização de obras culturais e seu fácil acesso e distribuição pelos meios eletrônicos suscita discussões sobre o papel dos direitos autorais na sociedade contemporânea. Ferramentas como editores de áudio, vídeo e programas de compartilhamento de arquivos (também conhecidos como P2P: *peer-to-peer*) causam polêmica, pois facilitaram muito a alteração e transmissão de arquivos de áudio, vídeo, imagem e texto pela *web*.

Por isso, os direitos de autor em vários países ao redor do mundo buscam atualizar-se sobre as mudanças trazidas pelas novas tecnologias, adaptando sua legislação para melhor englobar as questões que vêm sendo levantadas. A discussão tende a se globalizar, já que

> Uma das principais consequências da utilização da internet, advinda da sua mundialização e rompimento de fronteiras dos Estados-nação, está na impossibilidade de efetivação da proteção a diversos direitos passíveis de violação sem a celebração de acordos e tratados internacionais, reconhecidos como normas jurídicas e ratificados pela maioria dos países, dada a transcendência territorial da internet. (VITALIS *In* MinC, 2006, p. 230)

Na França, a controvérsia em torno do projeto de lei "Criação e Internet", dito HADOPI 2, sancionado em setembro de 2009, regularmente volta à tona. No Brasil, onde a legislação atual foi amplamente espelhada na legislação francesa, o projeto de lei proposto pelo senador Eduardo Azeredo também é assunto para extensa discussão sobre certo radicalismo no combate às atividades na internet consideradas "ilegais". Ambos os contextos – o francês e o brasileiro – serão discutidos mais detalhadamente no próximo capítulo.

---

[33] Circulação de jornais brasileiros cai quase 5% no primeiro semestre, aponta pesquisa. Portal IMPRENSA. Publicado em: 20 de agosto de 2009. Disponível em: <http://portalimprensa.uol.com.br/portal/ultimas_noticias/2009/08/20/imprensa30234.shtml>. Último acesso: 05 de março de 2010.

[34] Jornal francês "Le Figaro" passa a cobrar por conteúdo on-line. Folha Online. Publicado em: 16 de fevereiro de 2010. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u694818.shtml>. Último acesso: 08 de março de 2010.

[35] Cobrança por conteúdo online será fundamental para NYT, segundo *chairman* do jornal. Portal IMPRENSA. Publicado em: 12 de março de 2010. Disponível em: <http://portalimprensa.uol.com.br/portal/ultimas_noticias/2010/03/12/imprensa34345.shtml>. Último acesso: 12 de março de 2010.

[36] Folha Online. Internautas ativos chegam a 36,7 milhões no Brasil em fevereiro. Publicado em: 31 de março de 2010. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u714726.shtml>. Último acesso: 31 de março de 2010.

7. Interesses conflitantes

As duas ramificações dos direitos autorais – direitos morais e patrimoniais - nos remetem à reflexão sobre o conflito que envolve interesses públicos *versus* interesses privados. Como diz Bittar (1992, pp. 114-115),

> [....] duas ordens de interesses – e conflitantes – ditaram essa orientação: a) o individual, do autor; b) o geral, da coletividade: aquele voltado para a proteção e para a retribuição econômica de sua obra; este, dirigido para a fruição, pela sociedade, dessa mesma obra.

Segundo Vitalis (*In* MinC, 2006, p. 222),

> As obras e criações objeto 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 interesses dos autores e da sociedade, primando-se pelo atendimento de sua função social.

Como administrar esse choque de finalidades, de modo a atender satisfatoriamente os interesses das diferentes esferas de opinião envolvidas no assunto? Seria possível conciliar a liberdade de produção e difusão de informações com os interesses defendidos por produtores intelectuais e empresários da indústria cultural? São questões semelhantes àquela levantada por Moraes (*In* Minc, 2006, p. 239): "Como harmonizar, na era das novas tecnologias, a lógica privatística, organizada principalmente para a lucratividade, com a publicística, orientada pelo interesse público de participação de todos na vida cultural?".

A regulamentação da internet através de leis que administrem e vigiem as atividades dos usuários da rede estaria a serviço de quê e de quem? Qual seu objetivo último?

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos de autor não cessam com a informatização da sociedade. O que ocorre é a emergência de transformações dos tradicionais modelos de propriedade, já que é preciso considerar a internet como um poderoso meio de comunicação que revolucionou a forma como os indivíduos lidam com a produção e a distribuição de obras intelectuais.

Já não há espaço para ideias monopolistas de controle da atividade produtiva de bens culturais, pois ferramentas eficientes de compartilhamento de conteúdos estão facilmente disponíveis através da rede. O que a democratização do saber proposta pela internet instiga é a necessária adaptação da indústria às mudanças trazidas pelo advento do ciberespaço. A lógica exclusivamente lucrativa não conseguirá prevalecer neste ambiente, e as indústrias deverão descobrir e implantar novas formas de lucro através da rede.

As legislações ligadas à propriedade intelectual também precisam se adaptar às transformações, de uma maneira equilibrada ao ponto de promover a abertura do acesso ao saber e, ao mesmo tempo, o respeito ao autor e sua obra.

As tecnologias digitais trouxeram, em sua evolução, a necessidade de pensar o interesse público de acesso ao conhecimento e à cultura acima dos interesses comerciais. Há várias transformações a serem feitas em prol disso. O horizonte da cibercultura é vasto e está em constante processo de metamorfose – é preciso observar seus rumos, sempre considerando o respeito aos Direitos do Homem e favorecendo a inclusão e a democracia na partilha de bens culturais. Este é o caminho através do qual é possível construir uma sociedade mais justa e desenvolvida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FREIRE, Geovana Mª C. A.. **A identidade digital e o acesso à internet: novos direitos na consolidação da ciberdemocracia**. Congresso Aprofundando a Democracia como Forma de Vida. Rosário, Argentina: maio de 2010.

CASTELLS, Manuel. **A Galáxia Internet: Reflexões sobre Internet, Negócios e Sociedade**. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2004.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede: a era da informação**. Vol 1. Paz e Terra: São Paulo, 2001.

FERRARA, Lucrécia D'Alessio. O espaço líquido. *In*: CAZELOTO, Edilson; TRIVINHO, Eugênio. **A cibercultura e seu espelho. Campo de conhecimento emergente e nova vivência humana na era da imersão interativa**. São Paulo: ABCiber-Itaú Cultural-CAPES, 2009. Disponível em: <http://abciber.org/publicacoes/livro1/textos/o-espaco-liquido/> Último acesso: 28/02/2010.

GANDELMAN, Henrique. O impacto da tecnologia digital nos direitos autorais *In*: **Reflexões sobre direito autoral**. Rio de Janeiro: Fundação Biblioteca Nacional, 1997.
KEEN, Andrew. **O culto do amador. Como blogs, MySpace, YouTube e a pirataria digital estão destruindo nossa economia, cultura e valores**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

LEMOS, André; CUNHA, Paulo (orgs). **Olhares sobre a Cibercultura**. Sulina: Porto Alegre, 2003.

LEMOS, André. **Ciberespaço e tecnologias móveis. Processos de territorialização e desterritorialização na cibercultura**. Disponível em: <http://www.facom.ufba.br/ciberpesquisa/andrelemos/territorio.pdf> Último acesso: 28/02/2010.

LEMOS, André. Cibercultura como território recombinante. *In*: CAZELOTO, Edilson; TRIVINHO, Eugênio. **A cibercultura e seu espelho. Campo de conhecimento emergente e nova vivência humana na era da imersão interativa**. São Paulo: ABCiber-Itaú Cultural-CAPES, 2009. Disponível em: <http://abciber.org/publicacoes/livro1/textos/cibercultura-como-territorio-recombinante1/> Último acesso: 28/02/2010.

LEMOS, Ronaldo; CACCURI, Vivian. **Arte, Tecnologia e Ilegalidade: o Futuro da Criatividade**. Disponível em: <http://www.culturalivre.org.br/artigos/LEMOS-e-CACCURI-Arte-tecnologia-ilegalidade.pdf> Último acesso: 05/01/2010.

LEMOS, Ronaldo. **Creative Commons, mídia e as transformações recentes do Direito da Propriedade Intelectual**. Revista Direito FGV, Maio de 2005, p.181-187.

LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura**. Editora FGV: Rio de Janeiro, 2005.

LÉVY, Pierre. **A inteligência coletiva: por uma antropologia do ciberespaço**. Edições Loyola: São Paulo, 2003.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 2001.

LÉVY, Pierre. Pela ciberdemocracia. *In*: MORAES, Dênis (Org). **Por uma outra comunicação: mídia, mundialização cultural e poder.** Rio de Janeiro: Record, 2004.

MATTELART, Armand. **História da sociedade da informação**. Edições Loyola: São Paulo, 2002.

MOATTI, Daniel. **Communication informatique em toute liberté**. Maison des Sciences de l' Homme: Paris, 1998.

MOATTI, Daniel. **Outils de communication et propriété intellectuelle**. Éditions Tribord: Bruxelles, 2007.

MORAES, Rodrigo. A função social da propriedade intelectual na era das novas tecnologias *In*: **Direito autoral**. Coleção Cadernos de Políticas Culturais, vol. 1. Brasília: Ministério da Cultura, 2006.

NETO, Hildebrando Pontes. A propriedade intelectual e as redes eletrônicas *In*: **Reflexões sobre direito autoral**. Rio de Janeiro: Fundação Biblioteca Nacional, 1997.

ORTELLADO, Pablo. **Por que somos contra a propriedade intelectual?** Disponível em: <http://www.midiaindependente.org/pt/blue/2002/06/29908.shtml> Último acesso: 02/02/2010.

PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. **Direitos Autorais**. Editora FGV: Rio de Janeiro, 2009.

PLAZA, Julio. Arte e interatividade: autor-obra-recepção. **Arte e tecnologia da imagem 3**, Brasília, UnB, v.3, n.3, p.29-42, 2001.

SANTAELLA, Lúcia. O fim do estilo na cultura pós-humana. *In*: CAZELOTO, Edilson; TRIVINHO, Eugênio. **A cibercultura e seu espelho. Campo de conhecimento emergente e nova vivência humana na era da imersão interativa**. São Paulo: ABCiber-Itaú Cultural-CAPES, 2009. Disponível em: <http://abciber.org/publicacoes/livro1/textos/o-fim-do-estilo-na-cultura-pos-humana/> Último acesso: 28/02/2010.

SORJ, Bernardo. Brasil@povo.com**: A luta contra a desigualdade na Sociedade da Informação**. Jorge Zahar Editor: Rio de Janeiro; Unesco: Brasília, 2003.

VITALIS, Aline. A função social dos direitos autorais: uma perspectiva constitucional e os novos desafios da sociedade de informação *In*: **Direito autoral**. Coleção Cadernos de Políticas Culturais, vol. 1. Brasília: Ministério da Cultura, 2006.

4.1.3 O Direito de Autor e a Internet: Liberdade Versus Responsabilidade

Salete Oro Boff[37]
Guilherme Bortolanza[38]

RESUMO: a sociedade contemporânea vivencia grandes transformações em seu modo de enxergar e interagir com o mundo, isso se deve aos grandes avanços da tecnologia que proporcionam as pessoas copiar criações protegidas pelo ordenamento jurídico com os direitos autorais. Na década de 90, impulsionada pelo crescente avanço da tecnologia, surgiu a *internet*, entendida como uma rede de comunicação dinâmica, na qual existe a possibilidade do autor expor e divulgar suas obras, mas não só isso, terceiros também têm a faculdade de publicar obras de autoria alheia sem o consentimento dessas. Há inclusive sites que disponibilizam o acesso a diversos documentos, de notória autoria, para o livre acesso e exposição gratuitamente. Isso ocasiona para a ordem jurídica uma gama enorme de problemas que se relacionam com a questão dos direitos autorais. Alguns desses problemas se caracterizam pela dificuldade de identificação do infrator, o sigilo e a privacidade da informação, entre muitos outros. No atual momento histórico se faz importante o desenvolvimento simultâneo do direito de autor para combater esses novos problemas que são decorrentes do grande desenvolvimento tecnológico. Além disso, conceitos do direito do autor, antes tidos como absolutos, deverão ser revistos num sentido ampliativo para que com isso consiga abranger características peculiares da fase que se apresenta ao direito contemporâneo.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO DE AUTOR; INTERNET; RESPONSABILIDADE CIVIL; AUTOR; SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA.

ABSTRACT: contemporary society experiences has changes in the way of seeing and interacting with the world due to great advances in technology that provide people copy creations protected by law with the copyright. In the 90s, with the increasing advance of technology, arise the Internet, a dynamic communication network, which it's possible the author explain and disseminate their works, but not only, other people can publish works of authorship of others without their consent. There are many sites that provide access to several documents, notable authors, for free access and exposure for free. This leads to the legal system a great range of problems that relate to the copyright. Some of these problems are characterized by difficulty in identifying the violator, secrecy and privacy of information, among many others. In the current historical moment is necessary the simultaneous development of copyright to resolve these new problems that are arising from the great technological development. Moreover, concepts of copyright, that were absolute, should be reviewed to can include peculiar characteristics in the phase which presents the contemporary law.

KEYWORDS: COPYRIGHT; INTERNET; LIABILITY; AUTHOR; CONTEMPORARY SOCIETY.

INTRODUÇÃO

O Direito de autor garante a titularidade da obra ao seu criador, dela podendo dispor, através da edição, representação, venda, tradução ou de outra forma. A publicação pode se dar em qualquer suporte, inclusive virtual/desmaterializado. O surgimento da *Internet* (rede internacional de computadores interconectados) causou impacto direito na proteção dos direitos autorais, vez que

[37] Doutora em Direito pela UNISINOS, com Estágio Pós-Doutoral na UFSC em Direito de Propriedade Intelectual. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito-Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Trabalho vinculado à Linha de Pesquisa "Políticas Públicas de inclusão social", projeto "Políticas Públicas para a inovação, proteção jurídica da tecnologia e desenvolvimento: em busca do equilíbrio entre a propriedade privada e os interesses difusos". Professora da Faculdade Meridional – IMED- Passo Fundo-RS. Professora e Coordenadora do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo – IESA.

[38] Mestrando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Membro do grupo de pesquisa Políticas públicas de inclusão social. Graduado em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS).

facilitou o acesso às obras, sem controle. Diante dessa complexidade, a preocupação é como responsabilizar os infratores dos possíveis danos causados ao autor no ambiente da rede e que mecanismos deverão ser implementados visando regulamentar o uso em nível mundial, sem ferir os princípios fundamentais da liberdade, da privacidade e o direito à informação.

1. Direito do Autor: considerações gerais

O surgimento do Direito de autor não é recente, entretanto sua aplicação só ocorreu na atualidade. Existem notícias de sua existência no Império Romano. Naquela época, os criadores mereciam destaque por suas obras, eram 'admirados e homenageados', porém não tinham um direito sobre sua criação e, não raro, surgiam plagiadores, utilizando obras alheias como se fossem suas, sem controle.[39]

Na Idade Média, há marcas da proteção do Direito de autor, porém o seu desenvolvimento foi acelerado pela Revolução Industrial, dado ao domínio da técnica de impressão (por meio de caracteres) e ao domínio da energia elétrica. O impulso da concorrência desleal tornou necessária a codificação de regras para aplicação nas relações entre criadores de obras literárias, artísticas e a sociedade.

Durante o século XIX ocorre a consolidação das normas em matéria de Direito autoral através da Convenção de Berna, cujo objetivo foi proteger os autores de obras literárias e artísticas. A Convenção foi aprovada em 1886, mediante a adesão de vários países. A esse Acordo seguiram-se algumas revisões, com o fim de aprovar novos instrumentos internacionais de proteção e reconhecer uma nova categoria de beneficiários os titulares de direitos conexos[40]. Já no século XX, o direito do autor deixa de ser uma área reservada às criações das letras e das artes, alargando suas fronteiras, abrangendo obras que cumprem função prática e utilitária.

Particularmente no Brasil, o direito da propriedade intelectual tem início após a independência do país. A Constituição de 1824 registra a proteção ao inventor, sem mencionar, contudo, o Direito do autor[41]. O direito do autor é contemplado, pela primeira vez, na Carta Constitucional de 1891. Em 1898, a Lei n.º . 496, foi a primeira norma infraconstitucional a tratar sobre o assunto de forma clara[42], seguida por outras leis e pelo Código Civil. As constituições brasileiras posteriores, com exceção da carta de 1937, mantiveram o conteúdo integral no que se refere ao direito de reprodução, pela imprensa ou qualquer outro processo mecânico das obras literárias, artísticas e científicas a seus autores.

No atual texto constitucional, a matéria do Direito autoral teve seu registro ampliado. A garantia aos cidadãos do direito à liberdade de expressão, quanto ao exercício de atividades intelectuais, artísticas e de comunicação, independente de prévia censura ou licença está inscrita dentre os direitos e garantias fundamentais, no artigo 5º, inciso IX complementa a idéia desse preceito o inciso XXVII, que assegura aos autores o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros, pelo tempo que a lei fixar. E mais o inciso XXVIII que assegura a proteção às participações individuais em obras coletivas e a reprodução da imagem e voz humanas.

Ainda, aos incisos relacionados acima, acresce-se o artigo 220, da Carta Constitucional, que contém expressa a livre manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, sem qualquer restrição. Além disso, existe legislação ordinária específica em matéria de Direito autoral: a Lei 9.610/98.

Deve-se observar que as criações dos autores possuem espírito universal, razão que leva à necessidade de proteção internacional, com reconhecimento e vigência em todos os lugares. Os países exportadores de obras são os mais preocupados em buscar amparo, uma vez que é comum dispensar a mesma proteção da obra nacional à obra estrangeira[43]. Assim, os países procuram conciliar suas legislações, através de convênios bilaterais de reciprocidade, evoluindo para convenções. A Convenção de Berna exige que os países signatários reconheçam o Direito aos autores, visando a sua proteção[44]. As

[39] HAMMES, Bruno Jorge. Internet, nomes de domínio, marca e nomes de comércio. **Revista Estudos Jurídicos.** Vol. 33, nr. 87, jan/abr 2000. P.19 e 75.

[40] Convenção de Roma, em 1961. Por "direitos conexos" deve-se entender os direitos afins, relacionados, vinculado a um autor (compositor/cantor). São os direitos dos intérpretes, produtores de fonogramas e empresas radiodifusoras.

[41] HAMMES, Bruno Jorge. Internet. Op. Cit. P.21.

[42] Lei Medeiros de Albuquerque.

[43] LIPSZYC, Delia. **Derecho de Autor Y derecho conexo**. Buenos Aires: Edições UNESCO, 1993. P. 590 e ss.

[44] Assim também prevê a Lei 9.610/98, no seu artigo 2º a garantia aos estrangeiros dos direitos assegurados nas Convenções que os Estados façam parte.

obras protegidas pelo Direito de autor são as que resultam da criação humana[45]. A partir da criação da obra, o Direito do autor passa a existir. Assim, para ser autor e gozar das prerrogativas inerentes ao direito, é necessário produzir a obra. A obra é uma forma de exteriorização da inteligência humana, expressão por qualquer meio ou fixada por qualquer suporte.[46]

No Brasil, não há necessidade de registro da obra para que o autor tenha o seu direito reconhecido. Basta, por exemplo, que a mesma tenha sido escrita, em meio gráfico ou eletrônico. É importante considerar, que mesmo não sendo obrigatório, o registro facilita a prova em caso de dúvida quanto à autoria. A sua falta não acarreta a perda do direito, mas talvez o retardamento de seu reconhecimento. Para provar a autoria, o titular poderá utilizar todos os meios de prova permitidos no Direito.

O autor possui direito moral e patrimonial sobre sua criação. O direito moral, segundo Hammes[47], "é o que protege o autor nas suas relações pessoais e ideais (de espírito) com a obra." O direito moral está ligado ao respeito que merece a pessoa do autor, enquanto criador da obra[48]. Mesmo que o autor autorize a terceiro utilizar sua obra, este não passa a assumir a condição de 'novo autor'.[49]

Os direitos morais incluem a possibilidade de opção pelo autor pela publicação ou não de sua obra, pela alteração ou modificação em razão de novas publicações, assim como possibilita o arrependimento do autor de ter publicado e divulgado a obra, retirando-a do mercado. Pelo reconhecimento do direito moral, o autor pode ainda, sem delimitação de tempo, reivindicar a paternidade da obra, do mesmo modo que permite evitar a deformação, a mutilação ou qualquer modificação.[50]. Agregam-se ao direito de autor as qualidades de inalienável, imprescritível e irrenunciável.

Por outro lado, o direito patrimonial apresenta-se vinculado aos direitos econômicos (vantagens econômicas). Relaciona-se com a propriedade e, sendo o autor o detentor, pode utilizá-la exclusivamente, permitindo ou não que outros a utilizem.[51] Nessa linha, o autor pode autorizar a utilização de sua obra a outras pessoas[52], através da edição, da tradução, da adaptação e da comunicação ao público. A par disso, existem limitações que o autor deve suportar como o tempo determinado de duração desse direito[53]; a possibilidade de reprodução da obra para o próprio uso e o direito à citação. Essas limitações não representam ofensa ao direito do autor.

Um ponto distintivo do direito patrimonial do autor é a sua temporalidade. A Convenção de Berna estabelece que cada país poderá estabelecer o prazo de duração, utilizando como critério para contagem do tempo a morte do autor. A legislação brasileira em vigor prevê a proteção do direito patrimonial pelo prazo de setenta anos, após a morte do autor, contados a partir de primeiro de janeiro do ano seguinte ao fato. Passado o período previsto em lei, a obra passa a pertencer ao domínio público e qualquer pessoa poderá utilizá-la, sem o consentimento dos sucessores do autor.

Vale registrar que, quando se adquire um exemplar de uma obra original protegida, se adquire apenas um substrato material que exterioriza a obra. A qualidade de autor não se transfere. O autor é

[45] O artigo 7° da Lei 9.601/98, relaciona, de maneira exemplificativa obras protegidas pelo direito de autor.
[46] Se não houver nenhum tipo de exteriorização, não há proteção.
[47] Vale acrescentar que o direito moral do autor nada diz sobre a moralidade (ética) do autor, se merece respeito como pessoa.
[48] O artigo 24 da Lei 9.610/98 enumera as prerrogativas do direito moral do autor:
-o direito de reivindicar, a qualquer tempo, autoria da obra;
o direito de ter o seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;
-o direito de conservar a obra inédita;
-o direito de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;
-o direito de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;
-o direito de arrependimento;
-o direito de acesso.
[49] HAMMES, Bruno Jorge. Internet. Op. Cit. P.60.
[50] Alguns direitos morais transmitem-se aos sucessores do autor: O direito de reivindicar a autoria da obra; de ver seu nome indicado; de manter a obra inédita e de não permitir modificações a obra original.
[51] A permissão para utilização deve ser expressa e prévia, conforme enumera exemplificativamente o artigo 28, da Lei 9.610/98 os casos que dependem de autorização prévia e expressa do autor: I – a reprodução parcial ou integral; - a edição; - a adaptação; - a tradução; - a inclusão em fonogramas ou produção audiovisual; - a distribuição; entre outros.
[52] Veja-se a indicação do artigo 28 da Lei 9.610/98.
[53] O artigo 41, da Lei 9.610/98, dispõe que os direitos patrimoniais duram por toda a vida do autor mais setenta anos após a sua morte, contados a partir do dia 1° de janeiro do ano subseqüente ao falecimento.

quem gerou a obra[54] e tem, geralmente, interesse que sua obra seja conhecida. Entretanto, quando seu direito for violado o autor pode exigir a cessação da violação, o ressarcimento de danos, a remoção dos objetos contrafeitos, entre outros.[55] A obrigação de indenizar deve compensar tanto os danos materiais, quanto os danos morais.[56]

Entre as violações ao direito do autor estão o plágio e a pirataria. Valerio De Sanctis, citado por Hammes[57], conceitua o plágio como o processo que "consiste na reprodução parcial e levemente disfarçada dos elementos criativos de uma obra alheia, acompanhada de usurpação da paternidade." Já, a pirataria de acordo com a Organização Mundial de Propriedade Intelectual - OMPI, é entendida "como a reprodução de obras publicadas ou fonografadas por qualquer meio adequado visando à distribuição ao público, sem a correspondente autorização" e com intuito de lucro[58].

Na mesma linha, representa violação ao direito autoral a cópia de parte de uma obra, a tradução de uma obra ou a sua adaptação para outro meio (livro/cinema). Perante a legislação, não há distinção entre a forma como as cópias são obtidas. Se as cópias resultam através de meios mecânicos ou eletrônicos, ambos produzem a mesma responsabilidade a quem copia, devendo responder pela violação.

2. *Internet* e o Direito do Autor

O progresso da humanidade se reflete na capacidade de transmitir informações. As questões de 'tempo e distância', na área da informação, têm sua amplitude reduzida. O direito à informação expandiu-se, facilitando o acesso ao conhecimento, nos mais diversos pontos do planeta. Colabora expressivamente a *Internet* neste campo.

Internet significa rede internacional de computadores. O espaço virtual (ciberespaço) é um espaço social, formado pelo fluxo de informações e mensagens transmitidas entre computadores. É uma rede aberta, qualquer pessoa pode ter acesso a ela. Possui caráter interativo possibilitando ao usuário gerar dados, navegar e estabelecer relações na rede. Através de provedores de acesso se realizam várias atividades como o correio eletrônico; a computação de longa distância, o comércio eletrônico, o lazer, a pesquisa e outros. A *World Wide Web* ('teia de alcance mundial) é a tecnologia utilizada para acessar a *Internet.* Segundo as explicações de Paesani[59]:

> O WWW nasceu no ano de 1989 no Laboratório Europeu de Física de altas energias, com sede em Genebra, sob o comando de T. Berners – Lee e R. Cailliau. É composto por hipertextos, ou seja, documentos cujo texto, imagem e sons são evidenciados de forma particular e podem ser relacionados com outros documentos. Com um clique no *mouse* o usuário pode ter acesso aos mais variados serviços, sem necessidade de conhecer os inúmeros protocolos de acesso.

As *homepages* possuem grande quantidade de informações e dados. São construídas a partir dos interesses de seus autores, disponibilizando aos internautas uma gama de informações muito grande, sobre os mais diversos assuntos, genéricos ou específicos. Seu surgimento ocorreu na década de 60, nos EUA, através do projeto ARPANET (Advanced Research Projets Agency) para interligar computadores por meio de pequenas redes locais posicionadas em pontos estratégicos, garantindo, mesmo em caso de ataques nucleares, a comunicação entre as cidades remanescentes.

Atualmente pela *Internet* todos podem se comunicar com todos. Basta possuir um computador, um *modem* e uma linha telefônica. Ampliou-se a facilidade de acesso a informação armazenada em computadores, quer se trate de informações livremente disponíveis, quer se trate de obras protegidas pelo Direito de autor. Em razão de sua dimensão, por não possuir uma sede e nem um responsável

[54] HAMMES, Bruno Jorge. Op. Cit. P.109.
[55] HAMMES, Bruno Jorge. Op. Cit. P. 147.
[56] As sanções penais estão previstas no Código Penal brasileiro.
[57] HAMMES, Bruno Jorge. Pirataria de obras intelectuais. In. **Revista de Estudos Jurídicos**. São Leopoldo: Unisinos, 1995. P.81 a 96.
[58] Um dos problemas atuais é a tendência a tolerância da pirataria, dadas a falta de trabalho. Porém, sabe-se que isso agrave cada vez mais a situação social. Cai-se em um círculo vicioso, uma vez que essa aparente vantagem fomenta o ganho ilegal de alguns em detrimento dos criadores e do Estado que deixa de arrecadar tributos, e por sua vez, deixa de fornecer serviços públicos por falta de recursos HAMMES, Bruno Jorge. Op. Cit. p. 172 e ss.
[59] PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e *Internet*. Liberdade de Informação, privacidade e responsabilidade civil.** São Paulo: Atlas, 2000. P.26.

direto, a fiscalização sobre a reprodução de material por terceiros sem autorização na *Internet* fica difícil. Dado a isso ocorre freqüentemente o desrespeito aos direitos autorais, chegando alguns a atribuir de forma imprecisa o caráter de domínio público ao material presente na rede. A partir dessas incertezas, surgem algumas dúvidas, como: se o proprietário de uma página na *Internet* adquire os direitos autorais sobre todos os elementos que a constituem e a integram? Se os conteúdos veiculados estariam totalmente protegidos, na medida em que sua veiculação e disponibilização podem ser utilizadas por terceiros, sem que exista um controle mais rigoroso por parte de seu titular?

Primeiramente, deve-se considerar os preceitos da Carta Constitucional brasileira, a qual assegura a liberdade de informação e de imprensa como um direito fundamental do homem, assim como a liberdade de criação de obras intelectuais. Além disso, existe legislação ordinária específica em matéria de direito autoral. Nesta percebe-se as pretensões claras de proteger os materiais veiculados no 'w.w.w.', especificamente no artigo 7º, da Lei 9.610/98, o qual relacionada como obras protegidas as criações de espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro. Ressalte-se que a lei não delimita o meio em que poderão aparecer expressas as obras, deixando aberta a possibilidade de fixação em meios até desconhecidos no presente. Essa previsão leva a abrangência dos direitos autorais às obras virtuais divulgadas na rede mundial de computadores[60]. Sobre o assunto argumenta Galdeman[61]:

> quando digitalizadas continuam a ser protegidas. E isso, apesar de passarem a ser lidas por computadores, já que o importante é saber se estas obras são originais (não são copias de outras obras); se estão *fixadas* (um suporte físico de qualquer meio de expressão); e se apresentam características de *criatividade* (não sejam apenas descrições de fatos comuns ou de domínio público).

Percebe-se que o ponto de maior relevo para o direito autoral é a originalidade da criação, independente se sua divulgação/fixação se dá no mundo real ou virtual. Nesse sentido toda criação que for publicada na rede virtual deve ter a mesma proteção aplicada aos demais meios de divulgação. Os direitos autorais não se extinguem se uma obra for disponibilizada na *Internet,* assim como os direitos conexos. A mudança de ambiente em que a obra é fixada e explorada e as condições de exercício dos direitos, não mudam a natureza destes ou da obra que geram.[62]

Daí afirmar-se que a legislação autoral é válida tanto para as obras que se apresentam no mundo real quanto no mundo virtual (eletrônico), embora muitos defendam que as obras inseridas na rede não deveriam seguir a nenhuma regulamentação. Os materiais publicados eletronicamente estão protegidos da mesma forma que os publicados em papel e, por conseqüência, a cópia eletrônica não autorizada viola o direito autoral igualmente a fotocópia de livros (observadas as previsões legais). Como em outro meio de divulgação, as obras presente no 'w.w.w' não necessitam de registro prévio para garantir os direitos de seus autores. Em alguns países, como os EUA, o registro representa uma forma de controle do direito autoral. O United States Copyrigth Office (Escritório de Registros Autorais) é o sistema de registro utilizado. As obras publicadas na *Internet* também seguem o mesmo caminho. Porém esse registro garante os direitos dentro do território americano, já quando a transgressão se der fora do território surge o problema das fronteiras eletrônicas.

Em comentário à matéria, Paesani[63] considera que o direito de autor pode ter sua concepção tradicional alterada, com a *Internet,* uma vez que:

> -deixa de ser relevante a figura de *quem* exerce a atividade de intermediação da troca de informações entre o autor e o público, o que resulta na inadequação de toda a normativa centrada na cópia e na distribuição das cópias;

[60] Para os internautas é considerada obra fixada em meio tangível a expressão do trabalho colocada no computador, em uma forma que possa ser lida na tela, ou mesmo enviada para impressora, mesmo que nunca seja colocada em disquete.

[61] GALDEMAN, Henrique**. De Gutemberg à *Internet*. Direito autorais na era digital**. São Paulo: Record, 1997. P. 153.

[62] A Lei 9.610/98, no entanto apresenta no artigo 46 algumas exceções, com possibilidade de cópia de determinados trechos da obra, para uso privado de quem copiou, entre outros (art. 46).

[63] PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e *Internet*. Liberdade de Informação, privacidade e responsabilidade civil.** São Paulo: Atlas, 2000. P.64.

-a obra não é oferecida a pessoas indeterminadas, mas é depositada (stored) para poder ser divulgada; e a divulgação só ocorre em relação ao usuário que a demanda;
-não existe um exemplar material, logo, falta uma das características da obra protegida pelo direito de autor ligado à materialidade da exteriorização: *a fixação*. Em conseqüência desses fatores, torna-se necessária uma nova interpretação dos institutos fundamentais do direito de autor, como, por exemplo, *o esgotamento da obra;*
-o próprio conceito de *obra* entra em crise hoje, pois, com a nova tecnologia, a obra pode ser decomposta em partes infinitesimais (como uma fotografia). Indaga-se até que ponto pode ser aplicada a tutela do direito de autor para a utilização por terceiros e qual é o limite além do qual se torna necessário o consentimento do autor;
-a desmaterialização da obra diminui os limites entre a reprodução, difusão e sua circulação. A presença do suporte material é que tem determinado o direito à multiplicação e comercialização da mesma, diversamente do direito de utilização (como por exemplo, o direito de execução, de representação e de radiodifusão); nas estradas eletrônicas, ao contrário, reprodução, circulação e difusão parecem coincidentes.

Apesar das controvérsias entre a aplicação ou não do direito autoral, tem-se claro que a *Internet* é o 'meio' onde as obras estão dispostas, em nada alterando ou reduzindo o conteúdo primordial, que dá surgimento a proteção do direito do autor: a 'criação intelectual'. Merecem destaque as considerações de Lorenzetti sobre os bens protegidos em *sites*. Segundo o autor, um *site* pode ser considerado uma obra nova, composto a partir de obras preexistentes, de *links* e outros *sites*. Nos *sites* surgem dúvidas sobre quais os bens que o integram e o limite de proteção que os mesmos devem receber. A questão se torna ainda mais complexa mediante a utilização do usuário, que não se limita ao uso passivo, interagindo com o *site*, modificando os bens existentes ou utilizando-os para terceiros.[64]

Toda e qualquer cessão de obra a terceiros necessita da autorização expressa do titular. Dessa forma os *sites* que disponibilizam aos usuário textos, filmes, bancos de dados, devem obter a licença através de contrato de autorização de uso comercial, através da venda ou qualquer outra forma. Entre as alternativas apontadas pelo autor estão a celebração de contratos entre os proprietários dos *sites* e os usuários da rede, "mediante cobrança de tarifa por cada utilização" e o estabelecimento de controle de "acesso, identificação e prevenção de cópias".[65]

Quanto às citações de obras e a utilização de *links,* a legislação autoral exige que a citação se limite a um 'fragmento da obra', de forma ilustrativa, identificando o título e o autor da obra. A abstenção desses dados configura o plagio. A identificação de *links* serve como indicação de consulta, sem autorização para reproduzi-la.

A legislação brasileira em vigor, relativamente à matéria, prevê sanções à publicação e/ou reprodução de obra sem o consentimento expresso dos autores. Essa norma aplica-se a *Internet.* Aos autores é assegurado o direito de ação contra os transgressores, pleiteando pela cessação da veiculação indevida, juntamente com a ação indenizatória por danos morais e patrimoniais[66]. Nesse ponto, é necessário considerar que a violação do direito de autor pode envolver realidades diferentes. Existem situações em que o agente inicia o ato ilícito em determinado território, mas ele produz efeitos em outro (delito complexo). Distinguem-se, nesses casos, o local do delito e o local do dano (local da recepção), que poderá ser singular ou plural, estendendo-se a outros países.

[64] LORENZETTI, Ricardoi Luis Lorenzetti. Informática, Cyberlaw, E-commerce. In. **Direito & *Internet.*** Bauru: EDIPRO, 2000. P.436.
[65] LORENZETTI, Ricardo Luis Lorenzetti. Op. Cit. P. 438.
[66] São permitidas as cópias de obras fixadas na rede em determinadas situações. Uma delas é quando o autor manifesta de forma expressa nesse sentido, como no caso de encontrar-se o seguinte aviso: "Copie livremente, desde que citada a fonte". Outra situação é a que se pode entender como autorização implícita. Essa situação pode-se configurar quando o autor manda uma mensagem para um grupo de discussão. Necessariamente serão tiradas cópias e ocorre a publicação do texto. Na mesma linha são consideradas práticas comuns a utilização de material com vistas a noticiar, criticar ou parodiar.

Problemas como esses têm levado juristas a sugerirem à adoção de sistemas alternativos de resolução dos conflitos, de acordo com cada situação. Ora utilizando-se a lei do país do servidor, ou a lei do país do provedor de serviços, ou, ainda, a lei do país de emissão (*site*). Há também os que sugerem seja adotada a lei do local do dano (domicílio da parte lesada). São alternativas possíveis no caminho da solução de conflitos no ambiente da rede que merecem atenção com vistas ao seu aperfeiçoamento e aplicação.

3. Responsabilidade Civil por danos causados ao autor na *Internet*

Inicialmente convém destacar o significado de 'responsabilidade civil'. A palavra responsabilidade, de origem latina 'respondere', é empregada com o sentido de responsabilizar, garantir, assegurar, assumir o pagamento que se obrigou ou assumiu o ato que se praticou. O termo 'civil' refere-se a cidadão, assim considerado nas suas relações com os demais membros da sociedade, das quais resultam direitos e obrigações. Daí conceituar-se a responsabilidade civil como "obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam".[67]

Pelo conceito, verifica-se a presença de alguns traços básicos da responsabilidade civil que conduzem ao mesmo significado, entre os quais: a responsabilidade civil é uma obrigação que uma pessoa tem de reparar/ressarcir os prejuízos causados a outrem, pressupõe a ação ou omissão, culpa ou dolo do agente; nexo de causalidade e o dano experimentado pela vítima. [68]

A responsabilidade civil pode estar fundamentada na culpa (subjetiva) ou na teoria do risco (objetiva). Como exemplo de responsabilidade subjetiva, exemplifica Martins, citado por Paesani, a ocorrência da responsabilização na *Internet*: a culpa *in eligendo* tem papel destacado na área, "tomando-se o banco como exemplo, pode-se dizer que o banco prestador de serviço em rede eletrônica terá culpa se houver adquirido recursos informáticos inadequados". Porém, "se o banco efetivamente recorreu a consultorias especializadas, e contratou recursos que se afiguravam mais apropriados, em princípio não terá incorrido em culpa *in eligendo".* No que se refere a culpa *in vigilando,* seguindo o mesmo exemplo, o banco "teria algumas limitações no que tange a seu dever de vigilância, que, em tese, o isentaria de responsabilidade". A isenção de responsabilidade se justifica pela inviabilidade de "rastreamento simultâneo de todas as operações realizadas na rede pelos usuários respectivos – ou por invasores não autorizados" e pelo "respeito à privacidade e à intimidade alheias".[69]

Ainda, segundo a autora, a culpa *in omitendo* se configuraria se o banco "omitisse informações relevantes". A delimitação da ocorrência desse tipo de culpa é "muito delicada", devido à inexistência de um grau correto de informações que o prestador de serviços deve garantir aos seus clientes. Daí os casos de culpa devem ser analisados com cautela. A culpa *in custodiendo,* " pode-se configurar, no caso em questão, em relação à guarda de dados (recursos financeiros) que os clientes do banco fazem trafegar pela rede no âmbito da prestação de serviço". E, por fim, a culpa *in contraendo,* "tem a ver especialmente com as condições em que o banco se encontra no momento da oferta de seus serviços, no sentido de poder cumprir as promessas com que acena".[70]

Há também a responsabilidade civil na *Internet* relacionada a teoria do risco. Nesta é necessário destacar a "responsabilidade de cada parte". Enquanto, por exemplo, o banco é responsável pela rede, "os clientes são responsáveis pelos equipamentos e programas que utilizam para acessar a rede". Para caracterizar essa modalidade é necessário o resultado de um dano certo e atual.[71]

---

[67] RODRIGES, Silvio. **Direito Civil-Responsabilidade Civil.** 16.ed. São Paulo: Saraiva, 1998. P.6.

[68] Diversamente a responsabilidade penal é colocada em prática, quando certos comportamentos do ser humano, são de tamanha gravidade e de hediondas conseqüências para o restante da população, que os são conhecidos como delitos, sendo necessária a punição pela máquina pública, para punir o indivíduo, autor do ato infracional, recupera-lo, para coloca-lo novamente perante o convívio social e servir de exemplo para que outros cidadãos não comentam tal ato. MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Dano Moral, dano material e reparação**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1995. p. 20.

[69] PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e *Internet*. Liberdade de Informação, privacidade e responsabilidade civil.** São Paulo: Atlas, 2000. P. 83-84.

[70] PAESANI, Liliana Minardi. Op. Cit. P. 84.

[71] PAESANI, Liliana Minardi. Op. Cit. P. 84.

Merece destaque a extraterritorialidade, característica intrínseca da *Internet,* além de sua desmaterialização, uma vez que o seu suporte é eletrônico. Diante dessas peculiaridades da rede mundial de computadores, ao operador do Direito cabe a difícil tarefa de identificar qual a lei que se aplica ao caso particular. Complementando Carvalho apresenta a tendência da doutrina "em estabelecer uma diferenciação entre país de localização e país de acesso, propondo que o país de localização seja competente para dirimir as controvérsias decorrentes".[72]

Na rede são identificados três atores: o cliente do provedor; o provedor de acesso e o usuário, a quem se destinam as informações colocadas na rede. Diante disso cabe questionar: quem responsabilizar? Relativamente ao cliente, a sua identificação é precisa, porque mantém contrato com o provedor, assim como o provedor, que é quem aluga seu espaço na rede junto à empresa de telecomunicações. Entretanto, a dificuldade surge em relação a identificação do usuário, que pode ser qualquer pessoa física ou jurídica, em qualquer lugar do mundo. Sobre essa questão ainda não existe uma solução uniforme. Alguns mecanismos como a exigência de cadastro e utilização de senhas de acesso aos *sites*, facilitam a identificação dos usuários, inclusive quando da violação dos direitos autorais. O provedor da *Internet* responde pelos danos causados pelos produtos oferecidos aos seus usuários, pelos vícios ou defeitos no fornecimento dos serviços, no gerenciamento da caixa postal, no fornecimento de programas, pela lentidão nos acessos e pela venda direta de software. A responsabilidade dos provedores, nesse sentido, "é vista como alternativa ou concorrente do sujeito que cometeu o ilícito"[73]

Além desse caso, poderá haver responsabilização do provedor para com os atos de terceiros que utilizam os serviços do provedor, locando espaço em seu servidor, anunciando sua página, vendendo produtos e serviços e remunerando o servidor para tanto. Neste caso, figura a responsabilidade objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor, segundo a qual a simples colocação no mercado de determinado produto ou prestação de serviço, garante ao consumidor o direito de intentar as medidas contra todos os que estiverem na cadeia de responsabilidade em função da colocação do produto no mercado, ou então da prestação do serviço.

Pelo exposto, constata-se que a responsabilidade do provedor de *Internet* é muito ampla, sobre todos os produtos e serviços negociados, ainda que sem a sua participação direta. Verifica-se a sujeição dos provedores a responsabilização, mesmo que figurando na condição de mero veículo, sem intervenção nas relações existentes na rede. Naturalmente que o provedor poderá eximir-se de sua responsabilidade se provar a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (art. 12, parágrafo 3º, III e art. 14, parágrafo terceiro, II, do CDC). Assim, estaria isento o fornecedor, se controlasse o conteúdo das informações no momento de sua divulgação; se as informações fossem fornecidas por outros fornecedores; se as informações fossem instaladas em outros fornecedores ou quando o fornecedor adotasse as precauções indicadas no código de auto-regulação, inclusive da identificação do usuário.[74]

Nesta linha o "fornecedor de acesso é um intermediário e não um editor das páginas que hospeda, por isso não se pode culpá-lo por ato de seus clientes." Porém, caso o fornecedor tenha conhecimento via denúncia, de *sites* ilegais criados por clientes, poderá ser responsabilizado. É ilustrativa a comparação realizada por Dehon entre a figura do provedor da *Internet* e um hotel e seus quartos aos sites. Os ilícitos praticados no interior do hotel, pelos hóspedes, se do conhecimento do proprietário, podem obrigá-lo solidariamente.[75]

4. Formas de resguardar os direitos autorais na Internet

As formas de resguardar os direitos dos criadores de obras originais presentes na rede mundial de computadores são as que apresentam no momento da sua fixação na rede, as condições de uso possíveis, assim como as restrições a essas possibilidades. Outra forma é a utilização da técnica da 'criptografia', que significa a conversão de dados de modo a impedir sua interceptação por pessoas não autorizadas, necessitando de uma senha.[76] A esteganografia é outra forma possível de "esconder,

[72] CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. Direito de Informação, Liberdade de Expresão e Internet. In ***Internet* e Direito. Reflexões doutrinárias.** Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2001. P. 82.

[73] PAESANI, Liliana Minardi. Op. Cit. P. 79.

[74] PAESANI, Liliana Minardi. Op. Cit. P.89.

[75] DEHON, Miguel. A responsabilidade civil do provedor da *Internet*. In. ***Internet* e Direito. Reflexões Doutrinárias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.p.201.

[76] GRECO, Marco Aurelio**. *Internet* Direito**. 2.ed. São Paulo: Dialética, 2000. P.41-42.

ocultar"a mensagem escrita dificultando o acesso do *internauta,* por meio de uma mensagem ou uma gravura diversa daquela pretendida[77].

Acrescente-se a essas formas a limitação de acesso às páginas virtuais, como adotado por alguns *sites*, permitindo o acesso somente aos usuários assinantes/cadastrados. A identificação do usuário inibe a prática de violações, uma vez que poderá ser identificado e responsabilizado pelos seus atos. A equiparação das transmissões via *Internet* como uma transmissão eletrônica, geradora de *royalties,* os quais seriam recolhidos pelas arrecadadoras de música.[78]

Questão fundamental, junto às já relacionadas, é a harmonização das leis nacionais nas áreas de propriedade intelectual e de telecomunicações. A lei de proteção dos direitos autorais não é a única que deve ser observada no momento do envio de material para a *Internet.* Destacam-se outros pontos, como: a invasão de privacidade, a possibilidade de ofensas, calúnias ou difamações a terceiros. Reafirma-se, também, o papel de destaque da jurisprudência na tutela dos direitos do autor na *Internet*, uma vez que as decisões referendadas podem orientar a estruturação legal da matéria.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, infere-se que os criadores possuem proteção dos seus direitos autorais de forma a garantir que as criações artísticas, literárias e científicas, quando fixadas em qualquer suporte (exteriorização da obra), recebam o respeito e a remuneração adequada (direito moral e patrimonial). A *Internet* como meio de comunicação, é uma forma de divulgação das obras da criação humana.

Assim, é imperioso aos operadores do Direito considerar que a rede nada mais é do que um 'meio de fixação' das criações humanas. Dada a abrangência da *Internet,* caberá aos legisladores buscar soluções criativas ajustadas às necessidades da convivência social harmônica, complementando os dispositivos legais e prevendo alternativas de controle sobre o uso das informações, bem como formas de punição aos infratores. Como bem frizou Bruno Jorge Hammes[79]: "o progresso técnico trouxe perspectivas grandiosas sem nos libertar dos desafios que as acompanham. Somos chamados a progredir e a desenvolver soluções".

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CABRAL, Plinio. **Revolução Tecnológica e Direito Autoral**. Porto Alegre: Sagra Luzatto, 1998.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. Direito de Informação, Liberdade de Expresão e Internet. In **Internet e Direito. Reflexões doutrinárias.** Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2001.

DEHON, Miguel. A responsabilidade civil do provedor da Internet. In. **Internet e Direito. Reflexões Doutrinárias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

GALDEMAN, Henrique**. De Gutemberg à Internet. Direito autorais na era digital**. São Paulo: Record, 1997.

GRECO, Marco Aurelio**. Internet Direito**. 2.ed. São Paulo: Dialética, 2000.

HAMMES, Bruno Jorge. **O direito da propriedade intelectual**. São Leopoldo: Unisinos, 2000.
_____. Pirataria de obras intelectuais. In. **Revista de Estudos Jurídicos**. São Leopoldo: Unisinos, 1995.
_____. Internet, nomes de domínio, marca e nomes de comércio. **Revista Estudos Jurídicos.** Vol. 33, nr. 87, jan/abr 2000.

[77] Autores alertam para o risco da utilização dessa forma, uma vez que pode ser utilizada por grupos terroristas, grupos de traficantes e outros, como forma de dissimular estratégias de ação.
[78] CABRAL, Plinio. **Revolução Tecnológica e Direito Autoral**. Porto Alegre: Sagra Luzatto, 1998. P.49.

[79] HAMMES, Bruno Jorge. Internet, nomes de domínio, marca e nomes de comércio. **Revista Estudos Jurídicos.** Vol. 33, nr. 87, jan/abr 2000, p. 82. (62-83)

LIPSZYC, Delia. **Derecho de Autor Y derecho conexo**. Buenos Aires: Edições UNESCO, 1993.

LORENZETTI, Ricardoi Luis Lorenzetti. Informática, Cyberlaw, E-commerce. In. **Direito & Internet.** Bauru: EDIPRO, 2000.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Dano Moral, dano material e reparação**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1995.
_____. **Responsabilidade Civil do Médico**. Porto Alegre : Sagra Luzzatto, 1998.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet. Liberdade de Informação, privacidade e responsabilidade civil.** São Paulo: Atlas, 2000.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil-Responsabilidade Civil.** 16.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

4.1.4 Direito de Propriedade Intelectual sobre Tipografia: Caso da Hi Technologies

Vivian Amaro Czelusniak*
Dario Eduardo Amaral Dergint**

RESUMO
Existem diferenças sobre os direitos referentes à proteção das tipografias (criação dos caracteres, impressão e acabamento) nas legislações sobre propriedade intelectual (PI) dos vários países signatários de Tratados Internacionais sobre Propriedade Intelectual, dos quais o Brasil participa. Nos Estados Unidos da América (EUA), por exemplo, a tipografia é protegida por patente de desenho, entretanto, no Brasil, a natureza desse ativo ainda é discutida, mas existem estudos tendendo a considerar que a natureza é de direito autoral (DA). Dado que a natureza da proteção é discutível, a forma de registro desse ativo é objeto de embate entre os órgãos especializados nos registro de PI no Brasil, como será descrito nesse trabalho, o que inviabiliza atualmente o registro nacional desse ativo intangível. O objetivo desse artigo, então, é discutir a questão da natureza e do registro de tipografia em órgãos especializados na proteção da PI no Brasil. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica, para a determinação dos conceitos utilizados durante o artigo, e a observação participante, para descrever um caso ilustrativo da problemática apresentada. No desenvolvimento do trabalho apresentam-se os conceitos de PI (propriedade industrial e direito autoral), situa-se a tipografia perante os direitos de PI e descreve-se um caso referente ao registro de tipografia por micro empresa fabricante de equipamentos eletromédicos no Brasil, a Hi Technologies. O resultado esperado é trazer à tona a discussão sobre a proteção das tipografias no Brasil, já que o assunto é pouco tratado pelos estudos de direito autoral no país, ilustrando-se o tema a partir de um caso real vivenciado por uma empresa de base tecnológica.

PALAVRAS CHAVES: Tipografia; Propriedade Intelectual; Propriedade Industrial; Direito Autoral.

ABSTRACT
There are differences between the rights to protection of the typography (creation of characters, printing and finishing) in the laws on intellectual property (IP) of the various signatories of international treaties on IP in which Brazil participates. For example, in the United States of America (USA) the typography is protected by design patent, however, in Brazil, the nature of this asset is still debated but there are studies tending to consider that nature is copyright (DA). Specialized institutes in the IP registration in Brazil to disagree about the register because doesn't know the nature of this right, as described in this work, which currently prevents the Brazilian registry of such intangible assets. The aim of this article, then, is discuss the question of the nature and register of typography in institutes specialized in IP protection in Brazil. The methodology used was a literature review to determine the concepts used in the article, and participant observation to describe a case illustrating the problem presented. In developing this work presents the concepts of IP (intellectual property and copyright), concepts of typography and describes a case concerning the registration of small entity of manufacturer of medical equipment in Brazil, Hi Technologies. The expected result is to bring up the discussion on the protection of the typography in Brazil, since the subject is poorly treated by the studies of copyright in the country, illustrating the theme from a real case experienced by a technology based company.

KEYWORDS: Typography; Intellectual Property; Industrial Property; Copyright.

* Advogada, Especialista em Direito Aplicado e Mestre em Tecnologia com ênfase em Propriedade Intelectual pelo Programa de Pós-Graduação em Tecnologia (PPGTE) da Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR), vivian.amaro@gmail.com, (41) 3310-4786.
** Engenheiro, Doutor em Sciences de l'Homme e Technologie - Universite de Technologie de Compiegne, Universidade Tecnológica Federal do Paraná – UTFPR, Professor do Curso de Engenharia Industrial Elétrica ênfase Eletrônica e Telecomunicações e do Programa de Pós-Graduação em Tecnologia (PPGTE) da Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR), dergint@utfpr.edu.br, (41) 3310-4786.

INTRODUÇÃO

Houve mudanças significativas no desenho das letras do alfabeto latino durante toda a evolução da civilização. Com a criação e a difusão dos meios de produção e editoração de livros, a tipografia foi uma ferramenta para a melhor apresentação dos textos nos livros e nos materiais escritos de um modo geral. A tipografia trouxe a possibilidade de tornar a leitura dos escritos mais agradável, pois conseguia, por meio de estudos e criações, melhorar a disposição do texto, produzir letras mais homogêneas e adequadas à mensagem que se queria externar e, também, produzir letras do tamanho apropriado para o papel.

A tipografia tem uma importância histórica. Observa-se, pela trajetória da tipografia, "traços característicos da cultura de cada país e do momento histórico em que foram produzidos" (ROCHA, 2005, p. 26). A tipografia continua evoluindo e observa-se que mesmo os tipos mais antigos ainda inspiram criações contemporâneas. Contudo, mais recentemente, na sociedade da informação, ganham força os meios informáticos para a comunicação entre as pessoas e para a editoração eletrônica, que utiliza os computadores para a produção de textos. Em decorrência desse crescimento, a tipografia ganhou notoriedade, passando a ter papel principal em campanhas publicitárias, em editoração de livros e textos, bem como nas páginas *web*. A escolha de um tipo gráfico é um aliado da comunicação, pois a partir dele é possível reforçar ou amenizar a mensagem que se quer passar por meio das palavras. Segundo Barroca, (2008, p. 27) "A maior difusão da atividade deu-se com a utilização dos computadores pessoais pelos designers de fontes".

> Graças ao Macintosh e à tecnologia e à linguagem das impressoras a laser, ocorreu uma guinada em 180º no cenário tipográfico. Os designers deixaram de ser simples usuários da tipografia. Passaram a se apropriar livremente desse código, ao mesmo tempo familiar e inexplorado, e puderam determinar qual direção seguir, independentemente dos interesses mercadológicos dos fabricantes de equipamentos de composição. Agora a página digitalizada não mais se apresenta de forma estática, mas como algo vivo, com inúmeros recursos. (ROCHA, 2005, p. 11)

Diante da importância que esse ativo possui nos dias de hoje, é que se pretende nesse artigo trazer elementos para um debate sobre a proteção pelos direitos de propriedade intelectual da tipografia no Brasil. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica, para a determinação dos conceitos utilizados durante o artigo, e a observação participante, para descrever um caso ilustrativo da problemática apresentada. No primeiro tópico serão descritos os conceitos de tipografia e será tratado de suas peculiaridades. No segundo tópico será discorrido sobre a propriedade intelectual, fazendo-se uma distinção entre a propriedade industrial e os direitos autorais. No terceiro tópico será feito o enquadramento da tipografia perante os direitos de propriedade intelectual brasileiros. No quarto tópico será feita a descrição do caso vivenciado por uma empresa fabricante de equipamentos eletromédicos para o registro de uma tipografia em órgãos brasileiros especializados levantando-se uma discussão sobre o tema.

1. Tipografia: Conceitos

A palavra tipografia deriva do latim *typographia,* que é a combinação de *typus* (padrão, tipo, protótipo, modelo, símbolo), e de *graphia*, que significa escrita (CAUDURO, 2010). Niemeyer (2003, p. 24) define tipografia como sendo:

> Um ofício que trata das 'atribuições visuais da linguagem escrita'. Ela envolve a seleção e a aplicação de tipos, a escolha do formato da página, assim como a composição das letras de um texto, com o objetivo de transmitir uma mensagem do modo mais eficaz possível, gerando no leitor destinatário significações pretendidas pelo destinador.

A tipografia, então, "é a arte ou técnica de reproduzir a comunicação mediante a palavra impressa" (MACLEAN, 1991, p. 8). "É um ofício por meio do qual os significados de um texto (ou sua ausência de significado) podem ser clarificados, honrados e compartilhados, ou conscientemente disfarçados" (BRINGHURST, 2005, p. 23). Segundo Bringhurst (2005, p. 25), a tipografia é a "Escrita idealizada".

Para McLean (1991, p. 20), a capacidade do tipógrafo e sua formação artística para o exercício de atividades comerciais a partir dos tipos sempre existiu nas artes gráficas, ou senão pelo menos desde o século XVII. Rocha (2005) relata a existência da tipografia desde o século XV. Cauduro (2010, p. 1) afirma que a palavra tipografia desde sua origem vincula-se com a escrita realizada por meio de marcas ou sinais típicos repetitivos. "Uma definição genérica para tipografia poderia ser então simplesmente a de 'uma escrita com tipos', isto é, uma escrita realizada através de símbolos padronizados, formados e replicados uniformemente, totalmente despersonalizados, e representando basicamente letras, números, sinais de pontuação e outros auxiliares" (CAUDURO, 2010, p. 1).

Segundo Barroca (2008, p. 24), a tipografia é um meio de composição da mensagem escrita, que busca facilitar o entendimento do que se é dito, por isso encurta o distanciamento entre o pensamento do transmissor e o do receptor da mensagem. Existem vários tipos de processos tipográficos, entre os quais a escolha das letras do texto (fonte) (BARROCA, 2008, p. 24).

> A concepção de um conjunto de caracteres que representem o alfabeto de forma diferenciada, permitindo, com os contornos gráficos utilizados na impressão do texto, a aproximação da linguagem escrita à linguagem falada, fazendo às vezes, e.g., da linguagem corporal e entonação de que se vale o interlocutor, envolve uma percepção fina do designer de fontes de elementos psíquicos que envolvem a comunicação. Trata-se de manifestação de sua inclinação artística, de seu modo de conceber o mundo, aproximando-se, enfim, da expressão de sua personalidade. Trata-se de uma interpretação do alfabeto, como consignou Patrícia Lillie. Interpretação com base na percepção artística do criador, que imprime sua concepção de mundo e sua visão acerca do projeto que se propõe a realizar a obra – a fonte. (BARROCA, 2008, p. 30)

A fonte, então, é um processo tipográfico que "permite que se representem de diferentes formas os símbolos convencionais, de modo a garantir-se a maior legibilidade, leiturabilidade e pregnância do conteúdo que se pretende passar através do texto" (BARROCA, 2008, p. 26).

2. Propriedade Intelectual: Propriedade Industrial e Direito Autoral

Para que sejam protegidos alguns dos ativos intangíveis das organizações foram instituídos os direitos de Propriedade Intelectual (PI). O intento é garantir a exclusividade de exploração em troca de retornos financeiros e de desenvolvimento tecnológico e econômico à sociedade em geral. A exclusividade de exploração é uma forma de incentivo às novas criações, na medida em que possibilita retorno financeiro em decorrência dos esforços empregados pelo criador (PIMENTEL e BARRAL, 2007). Dessa forma, a PI se refere à proteção das criações da mente humana e abrangem uma gama de elementos, como as invenções, obras literárias e artísticas, símbolos, nomes, imagens e desenhos usados no comércio (WORLD..., 2009).

A titularidade dos direitos de PI decorre de disposições da Constituição Federal do Brasil (CF). O artigo 5º da CF, nos seus incisos XXVII a XXIX, garante aos autores o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar; 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; 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.

Os direitos de Proteção Intelectual (PI) são costumeiramente divididos em dois grandes ramos: os direitos autorais e a propriedade industrial. Existem ainda novos institutos de proteção, como a cultivar para as variedades vegetais - Lei nº 9.456/1997 e as topografias de circuitos integrados - Lei nº 11.484/2007. Uma das principais distinções entre esses dois institutos é a obrigatoriedade ou não do registro para ser atestada a titularidade dos direitos de PI. Na propriedade industrial esses títulos são a patente ou certificado como forma de constituir os direitos sobre a criação e a aplicação industrial. No direito autoral, entretanto, não há a necessidade de nenhum título, somente facultativamente o titular busca fazer o registro de seu direito.

2.1 Propriedade Industrial

Em 1883, as Convenções Internacionais passaram a se preocupar com o tema da propriedade industrial, em razão, principalmente, das evoluções tecnológicas ocorridas com a Revolução Industrial. Assim, a Convenção de Paris, que foi o primeiro acordo internacional sobre propriedade industrial, em seu art. 1º, n. 2 estabelecia:

> A proteção da propriedade industrial tem por objeto as patentes de invenção, os modelos de utilidade, os desenhos ou modelos industriais, as marcas de fábrica ou de comércio, as marcas de serviço, o nome comercial e as indicações de proveniência ou denominações de origem, bem como a repressão da concorrência desleal.

A propriedade industrial, no Brasil, é regulamentada pela Lei 9.279/1996, seguindo os parâmetros conferidos pela Convenção de Paris. Para ter a exclusividade e proteção em alguma dessas modalidades de propriedade industrial, além do registro já mencionado, é necessário que o produto/processo tenha aplicabilidade industrial.

2.2 Direito Autoral

O regime dos direitos autorais é aplicado para obras literárias, artísticas e é estendido para outros campos, como imagens, música, vídeo e software, principalmente após a promulgação das Leis 9.610/1998 - Lei de Direitos Autorais e 9.609/1998 - Lei dos Programas de Computador. Esses direitos garantem que o uso de determinada obra só seja possível mediante autorização de seu autor. O "uso" aqui mencionado, é entendido no sentido lato do termo, abrange o direito de copiar, distribuir, alugar, vender, gravar, apresentar, enfim qualquer ato de divulgação da obra.

Existe um vínculo entre a obra e seu autor, dessa forma, o registro do Direito Autoral é facultativo, por recomendação da Convenção de Berna, Tratado Internacional referente aos direitos autorais de 1886. Os direitos autorais são concedidos pela publicação da obra, pela execução ou transmissão dependendo se for direito autoral ou conexo. A Lei de Direitos Autorais em seu artigo 1º dispõe que direitos do autor englobam também os direitos que lhe são conexos. Assim, os direitos autorais abarcam não só autores e cessionários de obras intelectuais (literárias artísticas e científicas), como também, os titulares dos direitos como: o intérprete[80] ou executante, os produtores[81] fonográficos e as empresa de radiodifusão[82] entre outros.

2.3 Registro de Propriedade Industrial e de Direito Autoral no Brasil

A proteção dos Direitos de Propriedade Industrial é feita perante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), conforme as disposições da Lei 9.279/1996. Dessa forma, as patentes, as marcas, os desenhos industriais têm seus registros regulados por meio de Atos Normativos e Regulamentos estabelecidos por aquele órgão. Uma exceção é o programa de computador, que apesar de ser regido por Lei própria e ter natureza de direito autoral, é registrado perante o INPI.

Já a Lei 9.610 de 1998, Lei de Direitos Autorais, prescreve em seu artigo 18 que a proteção dos direitos autorais independe de registro, como já foi comentado anteriormente. Apesar de prescindir de registro, é aconselhável que esse seja feito em razão de que em eventual demanda judicial, em que seja disputada a titularidade do direito autoral (DA), será necessário fazer prova de sua criação em primeiro lugar. A prova, portanto, fica facilitada se houver o referido registro, já que será possível comprovar a data da criação e traz maior segurança ao julgador da demanda em afirmar o titular daquele DA.

Essa mesma Lei, em seu artigo 19, afirma que é "facultado ao autor registrar a sua obra no órgão público definido no caput e no § 1º do art. 17 da Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973" e, no

[80] Artigo 5º, inciso XIII da Lei 9.610/1998: Artistas intérpretes ou executantes - Todos os atores, cantores, músicos, bailarinos ou outras pessoas que representem um papel, cantem, recitem, declamem, interpretem ou executem em qualquer forma obras literárias ou artísticas ou expressões do folclore.

[81] Artigo 5º, inciso XI da Lei 9.610/1998: Produtor - a pessoa física ou jurídica que toma a iniciativa e tem a responsabilidade econômica da primeira fixação do fonograma ou da obra audiovisual, qualquer que seja a natureza do suporte utilizado.

[82] Artigo 5º, inciso XII da Lei 9.610/1998: Radiodifusão - a transmissão sem fio, inclusive por satélites, de sons ou imagens e sons ou das representações desses, para recepção ao público e a transmissão de sinais codificados, quando os meios de decodificação sejam oferecidos ao público pelo organismo de radiodifusão ou com seu consentimento.

artigo 21, afirma que “os serviços de registro de que trata esta Lei serão organizados conforme preceitua o § 2º do art. 17 da Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973”.

Assim, a Lei 5988 de 1973, artigo 17, prescreve que “para a segurança de seus direitos, o autor da obra intelectual poderá registrá-la, conforme sua natureza, na Biblioteca Nacional, na Escola de Música, na Escola de Belas Artes, no Instituto Nacional do Cinema, ou no Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia”. Se a natureza da obra comportar registro em mais de um desses órgãos, deverá ser registrado naquele em que a obra tiver maior afinidade. O § 2º desse artigo afirma que a qualquer tempo o Poder Executivo poderá reorganizar os serviços de registro, conferindo a outros Órgãos as atribuições a que se refere este artigo.

A partir dessas determinações, observa-se que a escolha do Órgão para o registro da obra está condicionada à natureza desta. A Fundação da Biblioteca Nacional é órgão competente para registro de obras intelectuais literárias, artísticas e científicas, como livros, partituras de músicas, artigos científicos, entre outros. A Escola de Música faz o registro de letras e melodia de músicas. As letras e partituras são registradas perante a Fundação da Biblioteca Nacional. A Escola de Belas Artes é responsável pelo registro das obras artísticas, como desenho (jóias, personagens, logomarcas, etc.), fotografia, pintura, aquarelas, gravura, escultura e litografia. O Instituto Nacional do Cinema foi extinto em 1975, dois anos após a promulgação da Lei 5988, que lhe conferia a responsabilidade de registro das obras cinematográficas. O Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, é o responsável pelo registro dos projetos e obras intelectuais vinculados a essas atividades.

3. Natureza da Proteção da Tipografia no Brasil

No Brasil não existem muitos estudos a respeito da natureza de proteção das tipografias, mas a tendência é que se considere que não seja possível a concessão de título de patente para os desenhos, nem registro de desenho industrial, mas que a proteção seja feita por meio de direito autoral. Nos Estados Unidos da América (EUA) a proteção conferida para a tipografia é da natureza da propriedade industrial e não de direito autoral. Para o titular de uma tipografia é atribuída uma carta patente como título do referido direito, cujo tipo da patente é a patente de desenho (design patent).

No Brasil, para que a tipografia pudesse ser registrada como uma propriedade industrial ela teria que se adequar aos requisitos exigidos pela propriedade industrial, o que segundo Barroca (2008) não ocorre. De acordo com Barroca (2010, p. 28) a tipografia não se compatibiliza com um dos requisitos da patente de invenção, que são a novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. Também não se ajustaria às patentes de modelo de utilidade, pois “não se afigura como objeto de uso prático modificado”. Tampouco, a tipografia poderia ser registrada como desenho industrial porque a “tipografia é um conceito não é um objeto”, pelo mesmo motivo que não pode ser considerado marca.

Observa-se que, dos direitos de propriedade industrial, o que mais se aproxima de direito protetor da tipografia é o desenho industrial, que segundo o artigo 94 da Lei 9.279/1996 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”. Apesar de ser possível a utilização da tipografia para aplicações industriais, como para composição de marca, ela encontra outras barreiras para se enquadrar ao conceito de desenho industrial, pois “não pode confundir a fonte digital com o uso que venha a ser feito dela, isto é, seu resultado gráfico para comunicação”, segundo Barroca (2008). Por esses motivos, Barroca entende que as fontes são protegidas pelo Direito Autoral.

> As fontes, em especial as fontes digitais, enquadram-se entre as obras intelectuais sob a proteção dos Direitos Autorais. [...] No presente cumpre verificar a existência de “criação do espírito” na produção das fontes digitais, sua expressão e fixação, além da inexistência de disposição que exclua da proteção autoral esse bem intelectual. [...] Não se nega, com isso, a presença de caráter utilitário na criação das fontes. Todavia, possuem conotação artística preponderante, decorrente da impressão, pelo autor de elementos de sua personalidade sobre a obra. (BARROCA, 2008, p. 30)

Por esses motivos e pelo fato de que a tipografia é uma expressão artística envolvendo a expressão de linhas e contornos gráficos novos para a impressão de textos, permitindo ser dada outra linguagem àquelas palavras, é que no Brasil a tendência de proteção para as tipografias é a conferida pelo Direito Autoral, apesar de ser ainda pouco discutido o tema. Depois dessas considerações, surge o

problema da identificação de onde poderá ser feito o registro do direito autoral sobre a tipografia. Como será visto no tópico seguinte esse é um assunto sobre o qual não há consenso entre os Órgãos de proteção de propriedade intelectual no Brasil e não há determinações expressas nem regulamentos que possam esclarecer essa questão.

4. Caso das Hi Technologies

A importância dos ativos intangíveis no mercado atual é indiscutível, na medida em que esses podem ser mais valiosos que todos os bens materiais de uma empresa, e em muitos casos, o são. Pensando nisso e se adequando às exigências do mercado atual, a Hi Technologies, empresa fabricante de equipamentos eletromédicos em Curitiba, investe pesadamente na proteção de seus ativos intangíveis por meio dos direitos de propriedade intelectual. Assim, a vasta pesquisa feita por essa empresa para cunhar a sua nova marca resultou em uma configuração nova de fonte (tipografia) realizada por seus designers. A partir disso, a Hi Technologies passou a pesquisar a respeito do registro desse ativo intangível, a fim de resguardar a autoria de sua criação intelectual.

4.1 A Empresa

A Hi Technologies é uma micro empresa, fundada em 2004, por egressos do Curso de Engenharia de Computação e do Mestrado em Informática Aplicada da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Nesse mesmo ano, após passar por um processo rigoroso de avaliação, a empresa foi aceita para ingressar na Incubadora Tecnológica de Curitiba (INTEC), que é gerida pelo Instituto de Tecnologia do Paraná (TECPAR). Desde então, a empresa se dedica a pesquisar e fabricar soluções para a área da telemedicina, focando seus esforços na fabricação de equipamentos eletromédicos.

Conforme já referido, a Hi Technologies adotou uma política de proteção de seus bens intangíveis por meio dos direitos de Propriedade Intelectual (PI), tendo em vista que o mercado em que a empresa se insere é extremamente competitivo, pois imersa na corrida constante pelas inovações do segmento de equipamentos eletromédicos. Dessa forma, a empresa, apesar de relativamente nova, já possui cinco depósitos de pedidos de patentes no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), bem como dois depósitos de desenhos industriais e dez registros de marcas também nesse Instituto, além de vários programas de computador protegidos por segredo de indústria. No ano de 2010, a empresa começa a exportação de seus produtos e, assim, inicia contratos com empresas estrangeiras para realizar o depósito de patentes e registros de marcas no exterior.

Apesar de todos os seus registros e depósitos de bens intangíveis a Hi Technologies não teve êxito, até a presente data, no registro de uma tipografia cunhada por seus designers. Não há um consenso entre os órgãos de proteção intelectual sobre como fazer esse registro no Brasil. Dessa forma, observa-se que a falta de consenso sobre qual órgão é o responsável pelo registro de tipografia no Brasil causou à referida empresa prejuízos para a comprovação de sua propriedade intelectual. Esses prejuízos podem ser experimentados por outras empresas, além dessa estudada, por isso a discussão sobre o tema configura-se como importante para o desenvolvimento de padrão para a proteção desse ativo. Somando-se a isso, as patentes, os registros e os certificados, são importantes para a determinação da data de criação e prova para fins judiciais, o que fica impossibilitado frente à não determinação sobre como fazer o registro desse ativo no Brasil.

4.2 Experiência da Hi Technologies referente ao registro de Tipografia no Brasil

A pesquisa sobre o registro da tipografia no Brasil foi deveras complicada, haja vista que não há muitos materiais sobre esse tema em específico, principalmente, em relação ao seu registro no Brasil. Todos os órgãos responsáveis por registros, depósitos e emissão de certificados que foram contatados pela Hi Technologies afirmavam a não possibilidade de registro da tipografia naqueles órgãos e diziam que a responsabilidade pelo registro da tipografia era de outro. Assim, a Hi Technologies entrou em contato com todos os possíveis órgãos de proteção intelectual, sem obter uma resposta positiva.

Observando que a tendência no Brasil é o registro pelo Direito Autoral, afirmado por artigo e pela maioria dos profissionais com que a Hi Technologies discutiu o tema, no mês de março de 2010, a Hi Technologies intentou registro de direito autoral na Escola de Belas Artes (EBA) da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), por ser esse órgão o indicado por todos os profissionais. Contudo, o

certificado de registro foi-lhe negado por aquele órgão constando da decisão a seguinte menção: “Obra não registrável na Escola de Belas Artes”.

Depois de receber essa decisão, a Hi Technologies entrou em contato telefônico com referido órgão a fim de tentar uma retificação da decisão, mas sem sucesso, a decisão em não registrar o referido bem intangível foi mantida, pois a EBA insiste que o registro desse ativo seja feito perante a Fundação da Biblioteca Nacional. Mesmo assim, a empresa, insistindo em seu intento, enviou estudos ao responsável, fundamentando a natureza de proteção da tipografia e mencionando a adequação desse órgão para o registro. Até a presente data, então, a empresa não obteve resposta do referido órgão. A Hi Technologies continuou perguntando sobre o registro aos demais órgãos com a finalidade de obter uma resposta positiva, mas não há nenhuma possibilidade de registro nos órgãos de proteção intelectual que existem no Brasil.

Se fosse considerado que a natureza da proteção das tipografias é o Direito Autoral, sendo, portanto, dispensável o registro, observa-se que a empresa possui comprovação da data de criação da tipografia, visto as correspondências enviadas para a EBA/UFRJ. Entretanto, isso não é suficiente. Apesar de ser dispensável, o certificado de registro é importante para as empresas que constantemente participam de premiações e editais governamentais de subvenção econômica entre outros, como ocorre com a Hi Technologies. Os certificados são instrumentos para se comprovar a criação de bens intangíveis perante aos órgãos organizadores dos prêmios e editais. Sem os certificados de registro e depósitos de PI se perdem pontos importantes para a classificação da empresa em certames organizados pelo Poder Público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo teve como escopo levantar os primeiros elementos sobre o modo de proteção da criação de novos tipos gráficos, um dos elementos essenciais da tipografia. A motivação originou-se da dificuldade que a empresa Hi Technologies encontra na proteção desse bem intangível. Diante do caso apresentado por essa empresa, fica visível o problema enfrentado por criadores de tipografia no Brasil. Ressalte-se que essa é uma área em expansão, haja vista o crescimento dos recursos informáticos para a comunicação e expressão dos indivíduos. Na área de design existem vários estudos que se concentram em aprimorar essa técnica.

Para as empresas, principalmente aquelas de base tecnológica, os certificados, patentes e registros são importantes para que as empresas possam comprovar sua criação intelectual e possa competir em editais e licitações com o poder público, bem como prêmios nacionais e internacionais. Em que pese a sua importância, conforme verificado, não há muitos trabalhos que tratem da natureza de proteção da tipografia e a falta de determinação legal sobre o tema causa divergências entre os órgãos responsáveis pelo registro e concessão de proteção intelectual nacionais. Observou-se que a tendência no Brasil é que a tipografia seja protegida pelo Direito Autoral, conforme um autor citado durante o texto, bem como a partir de pesquisa com profissionais da área de propriedade intelectual brasileiros. Entretanto, a empresa não teve êxito na proteção de sua tipografia, pois não há um entendimento sedimentado, nem uma regulação efetiva que imponha o registro por um ou por outro órgão.

Para trazer segurança e maior competitividade aos profissionais brasileiros que se dedicam a esse tipo de criação, como os *type designers* (designers de tipos), é necessário que seja discutida a questão da tipografia e que seja estabelecido um padrão para a proteção desse ativo, eliminando a demora e a divergência entre os órgãos de proteção de direitos intelectuais do Brasil. Discussões sobre o tema e reuniões com os vários órgãos de registro de propriedade industrial e de direitos autorais poderiam ser ferramentas para que se determinasse e se regulamentasse o registro de tipografia no Brasil.

AGRADECIMENTOS

Os autores desse artigo agradecem o apoio dispensado pelo CNPQ por meio do Programa RHAE – Pesquisador na Empresa, bem como agradecem a Hi Technologies por permitir que fosse utilizado seu caso nesse estudo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROCA, T. N. **Direito e tipografia –** Breve incursão sobre o tratamento jurídico das fontes pelo direito brasileiro. **Revista da ABPI.** n. 93, março/abril de 2008. Rio de Janeiro: Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, 2008. p. 23-34.

BRASIL. Lei nº 5.988 de 14 de dezembro de 1973. Regula os direitos autorais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 18 de dez. de 1973.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, **Diário Oficial da União**, 05 de out. de 1988.

_____. Decreto nº 1.263 de 10 de outubro de 1994. Ratifica a declaração de adesão aos arts. 1º a 12 e ao art. 28, alínea 1, do texto da revisão de Estocolmo da Convenção de Paris para Proteção da Propriedade Industrial. **Diário Oficial da União,** 13 de out. de 1994.

_____. Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. **Diário Oficial da União,** 15 de mai. de 1996.

_____. Lei nº 9.456 de 25 de abril de 1997. Institui a lei de proteção de cultivares e dá outras providências. Brasília, **Diário Oficial da União**, 08 de abr. de 1997.

_____. 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. Brasília, **Diário Oficial da União**, 20 de dez. de 1998a.

_____. Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, **Diário Oficial da União**, 20 de dez. de 1998b.

_____. Lei nº 11.484 de 31 de maio 1997. Dispõe sobre os incentivos às indústrias de equipamentos para TV digital e de componentes eletrônicos semicondutores e sobre a proteção à propriedade intelectual das topografias de circuitos integrados, instituindo o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Semicondutores – PADIS e o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Equipamentos para a TV Digital – PATVD; altera a Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993; e revoga o art. 26 da Lei no 11.196, de 21 de novembro de 2005. Brasília, **Diário Oficial da União,** 31 de mai. de 2007.

BRINGHURST, R. **Elementos do estilo tipográfico.** Versão 3.0. São Paulo: Cosac Naify, 2005.

CAUDURO, F. V. **O imaginário tipográfico pós-moderno.** Disponível em: < http://www.intranet.esep.pt/professores/lopopizarro/design_grafico_pub/tipografia/o_imaginario_tipografico_pos_moderno.pdf>. Acessado em: 25 de janeiro de 2010.

ESCOLA DE BELAS ARTES. **Direitos Autorais.** Disponível em: < http://www.eba.ufrj.br/index.php?option=com_content&task=blogsection&id=5&Itemid=55>. Acessado em: 10 de janeiro de 2010.

FUNDAÇÃO BIBLIOTECA NACIONAL. **Escritório de Direitos Autorais (EDA).** Disponível em: < http://www.bn.br/portal/?nu_pagina=25>. Acessado em: 10 de janeiro de 2010.

_____. **Normas para registro de obras intelectuais inéditas e publicadas no escritório de direitos autorais da Fundação da Biblioteca Nacional – EDA/FBN.** Disponível em: < http://www.bn.br/portal/arquivos/pdf/Formulario_Normas_EDA_ Novo.pdf>. Acessado em: 10 de janeiro de 2010.

MCLEAN, R. **Manual de tipografia.** Tursen Hermann Blume Ediciones, 1991.

NIEMEYER, L. **Tipografia:** uma apresentação. 3 ed. Rio de Janeiro: 2AB Editora, 2003.

PIMENTEL, L. O.; BARRAL W. **Direito da propriedade intelectual e desenvolvimento.** In: Propriedade intelectual e desenvolvimento. PIMENTEL, L. O.; BARRAL W (org.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

ROCHA, C. **Projeto tipográfico.** 3 ed. rev. amp. São Paulo: Edições Rosari, 2005.

UNITED STATES PATENT AND TRADEMARK OFFICE. **Search for patents**. Disponível em: <http://www.uspto.gov/patents/process/search/index.jsp>. Acessado em: 17 de janeiro de 2010.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. **What is intellectual property?** Disponível em: <http://www.wipo.int/about-ip/en>. Acessado em: 25 de junho de 2009.

4.1.5 A Instrumentalização do Pluralismo Jurídico Comunitário Participativo através da Telemática, Inclusão Digital, Socialização dos Direitos Autorais e Criação de Telecentros Comunitários

Gustavo Testa Corrêa[83]

RESUMO

A construção de um novo paradigma jurídico centrado na compreensão de identidades coletivas conscientes pressupõe a difusão da maior das forças transformadoras, qual seja, o conhecimento. A efetiva socialização do conhecimento, contemporaneamente, depende, sobretudo, da utilização da telemática, tecnologia eletrônica de informática em rede de computadores, representativa de inexorável mudança nos hábitos cotidianos daqueles que a utilizam, promovendo sua inclusão definitiva em um mundo cada vez mais dinâmico. O autor trabalha a imprescindibilidade do acesso a informação, via telemática, para socialização do conhecimento e implementação de políticas pluralistas que possibilitem satisfazer as identidades coletivas conscientes transformadoras de comunidades marginalizadas, através da criação de telecentros. Igualmente, observa-se a função social dos direitos autorais para difusão do conhecimento, e, paradoxalmente, o atual rigorismo e dirigismo estatal, responsável por sua monopolização. O ato de monopolizar o produto do intelecto artístico, científico e literário, 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, incluindo as comunidades marginalizadas. Há necessidade de resposta a questão dicotômica sobre a prevalência que se deflagra entre os interesses individuais e o interesse público, e a possibilidade de trabalhar tal conflito em segmentos sociais marginalizados. O pressuposto para a flexibilização efetiva da Lei de Direitos Autorais é reconhecer a imprescindibilidade do acesso a informação para socialização do conhecimento e implementação de políticas pluralistas que possibilitem satisfazer as identidades coletivas conscientes transformadoras, tornando-as capazes de refletir sobre a solidariedade que parte das necessidades de segmentos humanos marginalizados, bem como da inserção do domínio público autoral dentro desse contexto. Trata-se da denominada "Inclusão Digital", política de socialização dos meios telemáticos para diminuição de desigualdades sociais cognitivas.

PALAVRAS CHAVES: SOCIALIZAÇÃO; CONHECIMENTO; TELEMÁTICA; COMUNIDADES; MARGINALIZADAS; TELECENTROS; PLURALISMO

ABSTRACT

The construction of a new legal paradigm based on understanding collective identities presupposes dissemination of transforming forces, namely, knowledge. Effective socialization of knowledge, likewise, depends mainly on use of telematics and electronic computer network technology, representing inexorable change in daily habits of those who use it, promoting its definitive inclusion in a increasingly dynamic world. The author works the indispensability of access to information, for knowledge socialization and implementation of policies which allow pluralistic meet of collective identities, such as the marginalized communities, through the establishment of "telecentros", also known as telecentres. Also, there is the social function of copyright to spread knowledge, and paradoxically, the current rigor and state guidance, responsible for its monopolization. The act of monopolizing the product of intellectual, artistic, and scientific literature, opposes the larger interest of society, the true repository of all human culture, and inexhaustible source of creativeness, where all authors serve up in the creative process, including the marginalized communities. No need to answer the question about the dichotomy that is unleashed between individual interests and public interest and the possibility of working in such a social conflict. The assumption for the relaxation of an effective flexible copyright law is indispensable

[83] 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.

for knowledge socialization and implementing policies which allow pluralistic law, making collective identities aware in this process, reflecting part of the human needs of marginalized segments, and inserting of public domain copyright within that context. It's called the "Digital Inclusion Policy" for the socialization of electronic means for cognitive decline of social inequalities.

KEYWORDS: SOCIALIZATION; KNOWLEDGE; TELEMATICS; COMMUNITIES; MARGINALIZED; "TELECENTERS"; PLURALISM

INTRODUÇÃO

A construção de uma nova cultura jurídica na América Latina, 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 socialização do conhecimento.

Por sua vez, a efetiva socialização do conhecimento, contemporaneamente, depende, sobretudo, da utilização da telemática, tecnologia eletrônica de informática em rede de computadores, representativa de inexorável mudança nos hábitos cotidianos daqueles que a utilizam, promovendo sua inclusão definitiva em um mundo cada vez mais dinâmico. Por outro lado, também pode acelerar o processo de marginalização e desigualdade entre aqueles que não têm acesso aos novos instrumentos de difusão da informação.

Assinale, ainda, a função social dos direitos autorais para difusão do conhecimento, e, paradoxalmente, o atual rigorismo e dirigismo estatal, responsável pela sua monopolização. O ato de monopolizar o produto do intelecto artístico, científico e literário, 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.

Nesse passo, os telecentros são espaços públicos socializadores da tecnologia da informação e dos direitos autorais, com computadores conectados à internet em alta velocidade, oferecendo à população marginalizada e de baixa renda acesso a rede mundial de computadores, cursos de informática básica e oficinas diversas, como criação de sítios e arte digital. Trata-se da aplicação prática da tecnologia para o desenvolvimento do pluralismo jurídico comunitário.

Através deste artigo, procurar-se-á trabalhar a imprescindibilidade do acesso a informação para socialização do conhecimento e implementação de políticas pluralistas que possibilitem satisfazer as identidades coletivas conscientes transformadoras, tornando-as capazes de refletir sobre a solidariedade que parte das necessidades de segmentos humanos marginalizados, bem como da inserção do domínio público autoral dentro desse contexto. Trata-se da denominada "Inclusão Digital", política de socialização dos meios telemáticos para diminuição de desigualdades sociais cognitivas.

1. A Tecnologia e a "Era da Informação"

Em junho de 1979 era lançado pela IBM o computador pessoal PC-XT, capaz de executar 750.000 funções por segundo, possuindo 29.000 transistores e velocidade máxima de processamento de 8MHz. Vinte e sete anos depois, no final de 2006, era anunciada uma nova plataforma de processadores denominada *Penryn*, com mais de 820 milhões de transistores e velocidade superior a 3GHz[84].

Hoje, a capacidade de um semicondutor parece ser ilimitada, na medida que são adotados múltiplos núcleos de processamento, ratificando o que Gordon Moore[85], afirmou em 1965, que o poder dos microprocessadores dobraria a cada dezoito meses.

O que aconteceu nesses vinte e oito anos? Se tal fenômeno de desenvolvimento tecnológico ocorresse com o ser humano, seria o mesmo que bilhões de neurônios se tivessem multiplicado, aumentando e distribuindo a capacidade de agrupar e analisar informações. Dentro dessa relação, o raciocínio humano trabalharia 100.000 vezes mais rápido.

Esse fascinante desenvolvimento tecnológico resultou no advento de uma nova era para a humanidade, a denominada "Era da Informação". Pela primeira vez na história, é possível organizar e dominar a informação como nunca, por meio da utilização de computadores, da *Internet* e de outras

[84] CORRÊA, Gustavo Testa. Aspectos Jurídicos da Internet, p. 1. Saraiva, 2008.
[85] Ex-presidente da Intel Corporation, fabricante de semicondutores.

tecnologias relacionadas. Sabe-se o quanto isso é importante, pois a troca e a difusão de informações, no decorrer do tempo, sempre foram responsáveis pelo desenvolvimento dos mecanismos de transformação social, já que onde houve revoluções houve necessariamente a disseminação de ideais.

A rapidez desse salto qualitativo e quantitativo de tecnologia, porém, é incompatível com os conceitos e padrões contemporâneos, contribuindo, assim, para o aparecimento de conflitos entre as novas tecnologias e a sociedade. Talvez pelo fato da sociedade estar cercada por tecnologias com as quais não pode negar interação, seja seu dever estudá-las e entendê-las, sob pena da perpetuação de suas desigualdades[86].

Ante o desenvolvimento da civilização, o homem depara-se com novas pretensões que o fazem constatar a necessidade de criação de meios que proporcionem e facilitem a resolução de problemas e necessidades do cotidiano[87]. Com a evolução social e incremento de sua complexidade, houve a necessidade de "processar informação" com mais rapidez e certeza.

A informática, portanto, nasce da idéia de beneficiar e auxiliar a pessoa humana nos trabalhos do cotidiano e naqueles processos repetitivos, em geral o cálculo e o gerenciamento. Ela também possibilita o acesso a tecnologias que proporcionam o armazenamento de informações, comunicação instantânea e transferências imediatas de dados, dentre outros benefícios.

Para Velloso a "informática é a informação automática, isto é, o tratamento da informação de modo automático. Portanto, informática pressupõe o uso de computadores eletrônicos no trato da informação"[88]. Por sua vez, Albertin a conceitua como "(...) a ciência que tem como objetivo viabilizar, garantir e suportar o tratamento e a comunicação das informações de uma organização"[89].
Assinale ainda que a ciência da informática está comprometida tanto com as ciências exatas como as ciências sociais, estando inserida na intersecção de quatro áreas de conhecimento: Ciência da Computação, Ciência da Informação, Teoria dos Sistemas e Cibernética.

Portanto, o desenvolvimento de novas máquinas, a criação de novos métodos de trabalho, a construção de aplicações automáticas e a melhoria dos métodos e aplicações existentes, bem como suas consequências sociais, dependem do desenvolvimento da ciência da informática e sua correlação com as necessidades básicas e primárias da comunidade em que está inserida.

2. A Tecnologia da Informação Como Instrumento Para o Desenvolvimento do Pluralismo Jurídico Comunitário Participativo

No campo do Direito, a implementação da tecnologia da informação propõe desafios, entre os quais a necessidade de criação de mecanismos reguladores para o exercício das atividades desenvolvidas nesse meio, que impõe, pelas suas características, mudança de um paradigma repressivo para um paradigma preventivo, ou seja, a criação de um novo paradigma jurídico.

A união da informática e os meios de comunicação, conhecida como "Telemática", não pode ser implementada pela tentativa de proibição de acesso à informação, mas, ao contrário, pela sua socialização através de formas adequadas e seguras. Os operadores jurídicos, de todos os níveis, deverão lidar com um campo muito dinâmico e de características infindáveis, fazendo com que o apego a esquemas tradicionais de pensamento torne-se inútil para construção de um novo paradigma jurídico baseado na coexistência de realidades conscientes diferentes e autônomas, interagindo através de novas tecnologias[90].

Similarmente ao caso envolvendo a utilização de "células-tronco", o qual impôs aos operadores do direito a necessidade de familiarizar-se com os avanços da ciência para não caírem no ridículo, a familiaridade com os princípios da informática também é imposta.

As características ambíguas da sociedade brasileira, alimentadas por princípios normativos paradoxais, alimentam uma complexidade técnica e administrativa sem precedentes, fragilizando as instituições sociais responsáveis pela sua pacificação. Daí a necessidade de implementar e aceitar mecanismos que democratizem a informação.

[86] CORRÊA, Gustavo Testa. Op. cit, 2008, p. 2.
[87] CARIBÉ, Roberto, Carlos Caribe. Introdução a Computação, p. 17. FTD, 1996.
[88] VELLOSO, Fernando de Castro. Informática: conceitos básicos, p. 12. Elsevier, 2004.
[89] ALBERTIN, Alberto Luiz. Aumentando as Chances de Sucesso no Desenvolvimento e Implantação de Sistemas de informação.Revista de Administração de Empresas, p. 32. Editora Fundação Getúlio Vargas, 1996.
[90] KANT DE LIMA, Roberto. Polícia, Justiça e Sociedade no Brasil: Uma Abordagem Comparativa dos Modelos de Administração de Conflitos no Espaço Público", PP. 23-38. Revista de Sociologia e Política, Universidade Federal do Paraná, 1999.

Os mecanismos socializadores do conhecimento, agora, contam com o auxílio de tecnologias que transpõem dificuldades físicas de deslocamento, possibilitando interação em "tempo real" de camadas sociais marginalizadas que compartilham um mesmo sentido e objetivo existencial.

Observa-se que hodiernamente o controle social é realizado através da "prevenção de conflitos", mediante o controle disciplinar de indivíduos que foram obrigados a internalizar valores apropriados a uma convivência social supostamente "pacífica", esquecendo-se, muitas vezes, da pluralidade dos seus modos de vidas.

A chamada reordenação política do espaço público, entendida como uma condição geral para pensar e articular um novo pluralismo de dimensão política e jurídica, bem como a educação para cidadania através da ética concreta da alteridade, passam necessariamente pela utilização de tecnologias difusoras da informação em todos os estratos sociais.

Pode-se afirmar que o pluralismo trabalha com um sistema de representações ideal, cuja eficácia está fundamentada no acesso universal a um sistema em que opções diferenciadas das disponíveis são sistematicamente classificadas pelo conhecimento de causa e comportamento coletivo admitidos[91].

O velho dogma do "segredo", acesso particularizado e informação privilegiada, verdadeiros elementos profundamente disruptores do reconhecimento da pluralidade social,não podem e não devem ser perpetuados, podendo ser superados por uma nova realidade tecnológica que oferece acesso irrestrito a uma teia de informações.

A visão pluralista, democrática, igualitária e também individualista da sociedade deve relevar os seus segmentos desiguais e complementares, diferentemente da sociedade dita aristocrática, em que a desigualdade política, econômica e social são elementos basilares.

Na visão pluralista, a "coisa pública", contraditoriamente ao domínio social, não é representado por regra exclusiva e irrefutável, aplicável a uma universalidade de segmentos sociais, pelo contrário, admite-se a existência de consciências autônomas divergentes, as quais interagem de acordo com os objetivos formados num terreno social muito mais amplo.

A telemática, através de um de seus ícones, a *internet*, facilita a interação dos agentes responsáveis pela criação das consciências sociais estratificadas, instrumentalizando a efetiva concepção de um novo paradigma jurídica que trabalhe o pluralismo participativo.

A liberdade, neste contexto, não é associada à liberdade de ação, mas sim, a idéia de acesso a informações anteriormente inacessíveis, reconhecendo-se a importância revolucionária da informatização da sociedade tal como a invenção da imprensa, responsáveis pelo desencaixe do tempo-espaço, desterritorialização do sujeito e ampliação da sua força de abstração. As atuais inovações tecnológicas geram conseqüências radicais e irreversíveis em termos de organização social como aos níveis psicológicos e existenciais da nossa condição significativa[92].

Verifica-se, então, que conhecimento, informação e tecnologia constituem-se, modernamente, em variáveis interdependentes, indispensáveis para conscientização da pessoa humana acerca da realidade que a circunda, desempenhando um papel de força transformadora dentro de áreas marginalizadas socialmente[93].

3. Telecentros e Inclusão Digital: Aplicação Prática da Tecnologia como Ferramenta para Inclusão Social e o Desenvolvimento do Pluralismo Jurídico

A dinâmica natureza das atuais plataformas sócio-organizacionais, representativas de grandes desafios políticos, oferecem uma oportunidade histórica aos marginalizados de ocuparem um lugar digno no espaço social. A convergência ao processo de globalização gera novas possibilidades de articulação local, regional e nacional[94].

Nesse sentido, ao passo que as novas tecnologias constituem ameaça para aqueles despreparados a acompanhar as mudanças tecnológicas e sociais em curso, também são elas mecanismos que permitem às organizações criativas (sociedades empresárias, instituições sociais ou

[91] WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova Cultura no Direito, p. 33. Alfa Omega, 2001.
[92] SALDANHA, Patrícia Gonçalves. Telecentro: instrumento tecnológico de fortalecimento das atividades humanas, p. 4. 1º Congresso de Estudantes de Pós-graduação em comunicação do Rio de Janeiro, 2006.
[93] CORRÊA, Gustavo Testa. Op. cit, 2008, p. 4.
[94] SALDANHA, Patrícia Gonçalves. Op. cit, p. 3, 2006.

comunidades específicas) alcançar e relacionar-se com inúmeras esferas organizacionais correspondentes em nível regional ou mundial, independentemente de seu tamanho ou de suas capacidades materiais.

A implicação positiva dessa tecnologia é a possibilidade oferecida aos grupos específicos e às comunidades de se organizarem em torno de "equipamentos" simbólicos coletivos denominados telecentros[95]. Estes são espaços públicos socializadores da tecnologia da informação, com computadores conectados à internet em alta velocidade, oferecendo a população marginalizada e de baixa renda, acesso a rede mundial de computadores, cursos de informática básica e oficinas diversas, como criação de sítios e arte digital. Trata-se da aplicação prática da tecnologia para o desenvolvimento do pluralismo jurídico comunitário. Os denominados telecentros comunitários constituem-se em locais de intercâmbio, aprendizagem, crescimento pessoal e mobilização para resolução de problemas e necessidades das comunidades marginalizadas.

No Brasil, os locais para instalação de telecentros são escolhidos de acordo com o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) das regiões de um determinado município, em áreas de exclusão social. Por isso, grande parte dos telecentros está instalada na periferia das grandes cidades.

As notórias áreas de exclusão social são as beneficiárias desta tecnologia social, objetivando não alcançar necessariamente o grande público, mas sim estabelecer canais de troca de conhecimento e informação à população de baixa renda.

Para se ter idéia dos efeitos práticos da implementação desse tipo de projeto, traz-se a política executada pelo Município de São Paulo[96], Estado de São Paulo. Naquela localidade, os telecentros são instalados notadamente na periferia, em locais com baixo Índice de Desenvolvimento Humano (IDH).

A inauguração do primeiro telecentro ocorreu em junho de 2001, e, desde então, cerca de 360 mil pessoas já se utilizaram deste mecanismo e, desse total, mais de 80 mil concluíram um curso de informática básica. Atualmente, naquele município, há mais de 100 unidades em funcionamento atendendo mais de 500 mil pessoas monitoradas por professores especializados que funcionam como facilitadores e promotores comunitários, não só em aspectos técnicos de comunicação e informação como também no uso estratégico da tecnologia digital para alavancagem do poder de mudança social.

Desde a inauguração da primeira unidade, em junho de 2001, cerca de 360 mil pessoas já se cadastraram nos Telecentros e, desse total, 80 mil concluíram o curso de informática básica.

O plano de inclusão digital do Município de São Paulo consiste na criação dos citados telecentros comunitários com cerca de 20 computadores dedicados a formação da população carente, através do oferecimento de cursos e oficinas de informática.

É importante citar o projeto piloto levado a efeito naquele Município, na região da "Cidade Tiradentes". Esta região possuía um conjunto habitacional bastante marginalizado, com uma área comercial abandonada. Não obstante a ausência de verba orçamentária, com o auxílio de parceiros e vontade política, o telecentro foi efetivamente implantado dentro do conjunto habitacional, sendo inaugurado em junho de 2001. O resultado da implementação foi extremamente positivo e se verificou que a existência concreta do telecentro colaborou com a pacificação da área marginalizada, diminuindo índices de criminalidade, bem como a inseriu num processo de intercâmbio cultural com outros telecentros posteriormente implantados.

A diminuição dos índices de criminalidade relacionou-se, principalmente, com o modelo de gestão destes centros tecnológicos, desenvolvido pelos próprios moradores da localidade, mediante organização comunitária que, fortalecendo a sua auto-estima, estimulou a participação política de seus integrantes e democratizou o acesso do uso das tecnologias e estimulou a comunidade local a iniciar um processo de produção de conteúdo reflexivo.

Vê-se assim que os telecentros, além de permitir diálogos entre uma comunidade marginalizada e a sociedade nacional, projeta-a mundialmente ao ser considerado um espaço democratizado que favorece a articulação, em teias sociais, favorecendo assim o acesso à comunicação (telemática e produção de conteúdo local) e a aproximação de estratos sociais marginalizadas ao universo tecnológico[97].

4. Telecentros, Comunidades Marginalizadas e Direitos Autorais

[95] SALDANHA, Patrícia Gonçalves. Op. cit, p. 5, 2006.
[96] Informações obtidas no sítio http://www.telecentros.sp.gov.br.
[97] SALDANHA, Patrícia Gonçalves. Op. cit, p. 4, 2006.

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 irrestrito[98].

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 criação dos telecentros amplia o acesso de comunidades marginalizadas ao conhecimento, mas não flexibiliza a imprescindível socialização dos direitos autorais aqueles que não detém mínimas condições financeiras. O autor, ao monopolizar o produto do seu intelecto, opõe-se a interesse maior da sociedade marginalizada, verdadeira depositária de 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.

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.). A criação de alternativa, como por exemplo, de 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 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.

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. Releve-se esta possibilidade às comunidades que não compreendem, absolutamente, o sentido da proteção dos direito autorais, bem como o alcance de sua eventual proteção.

A diminuição do rigorismo e dirigismo estatal em relação aos direitos autorais encontra 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, através, por exemplo, dos telecentros.

[98] WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova Cultura no Direito, p. 33. Alfa Omega, 2001.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A democratização do acesso das populações marginalizadas à tecnologia da Informação é imprescindível para revolucionar uma rotina diária baseada na exclusão e despolitização de seus integrantes. Um indivíduo incluído digitalmente não é apenas detentor de uma nova linguagem, mas sim de um novo suporte para melhoria de suas condições de vida, e da comunidade onde está inserido. O conhecimento obtido mediante os instrumentos tecnológicos de informação gera reflexão e mudança.

O Pluralismo Jurídico Participativo pode ser implementado através de estratégias de inclusão digital, projetos e ações que facilitem o acesso de pessoas de baixa renda à tecnologia da informação, ampliando a sua acessibilidade aos usuários marginalizados.

Assim, não se veria o "monopólio da informação", mas sim a sua democratização, onde todos os estratos sociais teriam acesso a conhecimento disponível na *Internet*, produzindo-o e disseminando-o. A inclusão digital insere-se num movimento mundial de maior grandeza, qual seja, da inclusão social.

Verificou-se que o projeto de inclusão digital levado a efeito pelo município de São Paulo, instalando um "telecentro" na Cidade Tiradentes, notória região de marginalização social, colaborou com o fortalecimento das instituições sociais próprias daquela comunidade, projetando-a nacionalmente através do intercâmbio cultural realizado com outros telecentros, e o seu gerenciamento, realizado pelos próprios moradores da localidade, fortaleceu a sua unidade social, estimulando a participação política de seus integrantes e democratizando o acesso do uso de novas tecnologias.

Conclui-se que a democratização da tecnologia, além de difundir o conhecimento e permitir o estabelecimento de diálogos entre comunidades marginalizadas e a sociedade nacional, projeta-a nacionalmente, favorecendo sua articulação para o fortalecimento de mudanças socialmente relevantes, aproximando as comunidades marginalizadas do conhecimento que deve ser universalizado, pressuposto para mudança de um paradigma obsoleto que perpetua a segmentação social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERTIN, Alberto Luiz. Aumentando as Chances de Sucesso no Desenvolvimento e Implantação de Sistemas de informação.Revista de Administração de Empresas. Editora Fundação Getúlio Vargas. São Paulo. Vol. 36. Nº3.1996.

BARRET, Neil. Digital crime. London: Kogan Page, 1997.

BLACKMAN, Josh. The Internet fact finder for lawyers: how to find anything on the Net. Estados Unidos, mar. 1998.

CARIBÉ, Roberto, Carlos Caribe. Introdução a Computação. São Paulo: FTD, 1996.

CHANDLER, Yvonne J. Neal-Schuman guide to finding legal and regulatory information on the Internet (serial). Estados Unidos, dez. 1997.

COOPER, Jonathan. Liberating cyberspace: civil liberties, human rights & the Internet. Estados Unidos, jan. 1999.

CORRÊA, Gustavo Testa. Aspectos jurídicos da Internet. São Paulo: Saraiva, 2008.

DYSON, Esther. Release 2.0: a nova sociedade digital. Trad. Sonia T. Mendes Costa. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

EDWARDS, Lilian. Law and the Internet: regulating cyberspace. Estados Unidos: Waelde, nov. 1997.

EVANS, James. Law on the Net. Estados Unidos: Renauer, ago. 1997.

GODWIN, Mike. Cyber rights: defending free speech in the digital age. Estados Unidos, maio 1998.

KAHIN, Brian. Borders in cyberspace: information policy and the global information infrastructure. Estados Unidos: Harvard Press, mar. 1997.

KANT DE LIMA, Roberto. Polícia, Justiça e Sociedade no Brasil: Uma Abordagem Comparativa dos Modelos de Administração de Conflitos no Espaço Público". Revista de Sociologia e Política, novembro, número 013, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Brasil, PP. 23-38, 1999.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Trad. João Baptista Machado. Revisão para a edição brasileira Silvana Vieira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

MEIRELLES, Fernando Souza. Informática: novas aplicações com microcomputadores. São Paulo: Makron .2.ed., 1994.

OLIVO, Luis Carlos Cancellier. Direito e Internet: a regulamentação do ciberespaço. Florianópolis: UFSC, CIASC, 1998.

SALDANHA, Patrícia Gonçalves. Telecentro: instrumento tecnológico de fortalecimento das atividades humanas. 1º Congresso de Estudantes de Pós-graduação em comunicação do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2006.
VELLOSO, Fernando de Castro. Informática: conceitos básicos. 7. ed. Ver. E atualizada- Rio de Janeiro: Elsevier, 2004- 4ª Reimpressão
WACHOWICZ, Marcos. Propriedade Intelectual do Software & Revolução da Tecnologia da Informação. 2 tiragem. Curitiba: Juruá, 2005.
WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova Cultura no Direito. 3ed. São Paulo: Alfa Omega. 2001. 403pp.

4.1.6 Desafio dos direitos autorais frente ao processo de digitalização de acervos públicos

Jaury Nepomuceno de Oliveira
Biblioteca Nacional- BN
jaury@bn.br

(...) vemos que bens protegidos estão se aproximando da sociedade como um todo, que deles se apropriam. Este é o caminho para a democratização dos bens culturais e para o efetivo exercício dos direitos culturais assegurados a todos os brasileiros, constitucionalmente. Silvia Regina Dain Gandelmam — *Acervos culturais e acesso ao público — questões jurídicas.*

1 - Introdução

A reflexão sobre a digitalização de acervos envolve diversos aspectos ligados às questões de guarda, preservação, segurança, acesso e legislação de propriedade intelectual, que ampara e normatiza o uso e reprodução, dessas obras intelectuais, integrantes desses acervos.

O grande desafio enfrentado pelas instituições detentoras do domínio e/ou propriedade material/intelectual de *Acervos Públicos* constituídos por obras intelectuais é bastante complexo. Devem-se levar em conta as questões de ordem jurídica relativas à propriedade intelectual relacionadas aos direitos autorais, direitos de imagem e privacidade, de fundamental importância, que nem sempre estão contempladas em uma política de tratamento documental.

Os *Acervos Públicos* são fontes de informação necessárias para a guarda da memória e difusão de bens culturais. No entanto, na era digital em que vivemos, a informação deve ser recuperada digitalmente por ser assim concebida e requerida pelo usuário. Este é um fato que tem que ser levado em conta e superado com as possibilidades existentes.

Os acervos analógicos existentes encontram-se pressionados pela necessidade de migrarem para o suporte digital. Esta demanda é muito forte, tornando-se difícil para as entidades públicas enfrentar esse desafio, tendo em vista as barreiras e limitações impostas pelas questões técnicas de guarda, preservação e recuperação da informação.

Numa outra vertente, erguem-se, igualmente, as restrições impostas pelo marco legal, normatizando com limitações e impedimentos o uso dos acervos, sob o ponto de vista da legislação de propriedade intelectual. Esta atua como um verdadeiro inibidor do processo de digitalização.

De acordo com a norma legal prevista na Lei de Direito de Autor e Conexos - LDA, nº. 9.610/98 é proibida a reprodução não autorizada de qualquer obra intelectual com direitos de cópia reservados para seu autor ou titular que não seja previamente autorizada e licenciada pelo autor/titular original. O dispositivo em questão, recepcionado no artigo 29 da citada lei, impede, efetivamente, a cópia integral da obra intelectual. Basta isso para vedar qualquer forma de digitalização de obra intelectual, na medida em que, procedendo desta forma, a instituição e seus responsáveis tornam-se sujeitos de um delito civil e penal, independentemente da finalidade ou fim justificado que tenha.

Silva (2002) ressalta que o assunto digitalização é precedido de outras questões relacionadas com a natureza dos objetos digitais. Indica que ela se confunde com o debate sobre o que são dados, informação e conhecimento. Antecede também, por sua vez, a discussão sobre as novas tecnologias, as mídias que se alteram sistematicamente, assim como os procedimentos de guarda, armazenamento e recuperação da informação digitalizada.

No processo de migração da informação analógica para a digital, a atenção com a tecnologia torna-se preponderante, haja vista a morosidade da máquina administrativa do Estado em se adequar à necessária rapidez e celeridade às mudanças tecnológicas.

Não podemos desconsiderar a rapidez da obsolescência dos suportes tecnológicos. O que fazer então? Tem-se a informação, mas a tecnologia que permite acesso a ela mudou! Daí a importância com a preservação digital.

2 – Digitalização e Preservação digital

A digitalização tem como principal vantagem permitir múltiplos acessos a conteúdos informacionais, armazenados em diferentes suportes, que precisam ser preservados. Neste sentido, Amaral (2004), destaca que:

"[...] a digitalização é uma das medidas utilizadas em arquivos e bibliotecas, para proceder a reformatação de seus acervos. [...] O processo de digitalização propicia os meios de se codificar digitalmente documentos capturados através de um scanner ou máquina fotográfica digital e disponibilizá-los em forma de imagem ou som para armazenagem, transmissão e recuperação em sistemas computadorizados.

Para o Conselho Nacional de Arquivos - CONARQ, a digitalização é:

"[...] um processo de conversão dos documentos arquivísticos em formato digital, que consiste em unidades de dados binários, denominadas de *bits* - que são 0 (zero) e 1 (um), agrupadas em conjuntos de 8 *bits* (*binary digit*) formando um *byte*, e com os quais os computadores criam, recebem, processam, transmitem e armazenam dados". (CONARQ, 2010)

No entanto, de acordo com algumas das recomendações do CONARQ voltadas para digitalização de documentos arquivísticos permanentes, a digitalização não elimina, necessariamente, o documento analógico, devendo o seu original ser guardado como garantia da sua integridade. Neste sentido, podemos pensar nesse processo não apenas com o intuito de preservação, mas também para a difusão e fácil acesso à informação.

O CONARQ aponta algumas razões que justificam o processo de digitalização de documentos, podemos citá-las:

- Contribuir para o amplo acesso e disseminação dos documentos arquivísticos por meio da Tecnologia da Informação e Comunicação;
- Permitir o intercâmbio de acervos documentais e de seus instrumentos de pesquisa por meio de redes informatizadas;
- Promover a difusão e reprodução dos acervos arquivísticos não digitais, em formatos e apresentações diferenciados do formato original;
- Incrementar a preservação e segurança dos documentos arquivísticos originais que estão em outros suportes não digitais, por restringir seu manuseio. (CONARQ, 2010)

Não podemos também deixar de destacar a importância de se estabelecer políticas bem definidas de preservação dos objetos digitalizados. Para isso contamos com a contribuição de Arellano (2004) quando ressalta que a preservação digital compreende mecanismos que permitem o armazenamento em repositórios de dados digitais que garantem a perenidade dos seus conteúdos. Ainda Arellano (2004) apud Margaret Hedstrom (1996), a preservação digital exige: "[...] planejamento, alocação de recursos e aplicação de métodos e tecnologias para assegurar que a informação digital de valor contínuo permaneça acessível e utilizável".

Dentre os inúmeros requisitos de preservação digital aquele relativo aos direitos autorais deve ser valorizado de forma que garanta a autoria, a integridade e a autenticidade da informação. Arellano (2004) sugere uma estratégia de preservação no fluxo dos objetos digitais destacando a necessidade de preservação física, lógica e intelectual

"[...] a qual deve considerar não apenas o conteúdo, mas também qualquer ação relacionada ao *software* (cópias, encapsulamento de conteúdo, emulação de *software,* migração de conteúdo) que envolva atividades que podem infringir permissões específicas daqueles que mantêm os direitos".(ARELLANO, 2004)

Percebe-se, contudo, um movimento sem volta, em torno da digitalização e preservação digital desses acervos. A demanda acentuada por essa informação mais do que justifica, impulsiona e dá sentido às ações dessa natureza. Todavia, como destaca Silva (2002), há questões éticas, jurídicas e sociais significativas que precisam ser levadas em consideração e ultrapassadas. Sendo essas relacionados à propriedade intelectual, a proteção da confidencialidade e da privacidade.

No caso de uma instituição pública, como a Biblioteca Nacional, por exemplo, essas questões estão relacionadas à privacidade, honra e dignidade; confidencialidade e aspectos personalíssimos ligados ao direito moral do autor, na medida em que trata da autoria e sua nominação, ou da integridade da obra e sua não modificação.

3 - A Experiência da Biblioteca Nacional

Detentora de um dos maiores acervos documentais do mundo, a Biblioteca Nacional - BN defronta-se com a necessidade de digitalizar parte do seu acervo, empenhada em atender aos anseios da sociedade por informação acessível pela internet. A BN tem claro que, a digitalização abre uma janela para o mundo, permitindo um maior acesso ao seu acervo, uma maior divulgação dos seus produtos e serviços e, sobretudo, uma maior preservação dos seus originais.

A experiência do processo de digitalização do acervo da BN deve ser visto dentro dos limites institucionais administrativos que a máquina do Estado brasileiro possui. Esses limites enfeixam-se na lenta adequação tecnológica e na ausência de uma política nacional de incentivo à digitalização. A essas dificuldades, sobrepõem-se as restrições da legislação de propriedade intelectual e do uso e manipulação da integridade do acervo, na sua maioria, raro e especial.

No entanto, destacamos a seguir alguns marcos históricos que ressaltam os avanços tecnológicos na BN, no que diz respeito à automação do seu acervo.

Em 1982, inicia-se a catalogação automatizada do acervo pelo sistema Bibliodata CALCO (Catalogação Legível por computador), apoiado pela Fundação Getúlio Vargas, iniciando os processos de automatização de registros bibliográficos no Brasil.

Em 1996, configura-se a autonomia da BN com a catalogação automatizada do seu acervo.

Em 1999, foi criado pela BN, o consórcio eletrônico de bibliotecas possibilitando que outras bibliotecas conveniadas pudessem copiar os registros bibliográficos, utilizando-se do compartilhamento dos recursos de catalogação on-line, via internet.

No ano de 2001, surgem os primeiros projetos de digitalização com financiamento externo da UNESCO; Finep; Fundação Getty e Library of Congress. Maiores informações sobre esse projeto consulte o site BN digital em: <http://bndigital.bn.br>

Em 2006, a BN Digital desenvolve uma política de acesso, preservação e interoperabilidade do seu acervo digital alinhando-se com outras iniciativas que incrementam uma política de formação de repositórios digitais. Com essas iniciativas a BN ingressa definitivamente na era digital disponibilizando cerca de 23 mil objetos digitais, com vistas a expansão de repositórios digitais.

O Projeto França Brasil é o exemplo que deu o pontapé inicial para integração entre sua coleção digital denominada 'Gallica'. com a coleção de outras bibliotecas digitais A *World Digital Library - WDL* é outro projeto internacional de integração de coleções digitais do qual a BN faz parte. Maiores informações encontram-se no site: <http://www.wdl.org/pt/>

O Projeto 'Rede da Memória Virtual Brasileira' é mais uma iniciativa da BN, desenvolvido em parceria com a FINEP- MCT, que tem o objetivo de garantir a todos a população, o acesso à memória cultural brasileira. Informações completas estão no site:. <http://bndigital.bn.br/redememoria/>

Segundo Ângela Bettencourt, bibliotecária responsável pela Biblioteca Digital da BN adotou-se o padrão internacional denominado *Dublin Core* (metadados) utilizado para o tratamento de objetos digitais. Dessa forma, optou-se por não criar um padrão brasileiro seguindo a tendência mundial de promoção da interoperabilidade entre acervos de bibliotecas digitais.

4- A Barreira do marco legal

O marco legal vigente é direto, objetivo, preciso e não deixa dúvidas quanto a quem pertence a obra, em que condições se é proprietário do uso econômico dela, o que, como e de que maneira ela pode ser manipulada, reproduzida, copiada e comunicada ao público.

No que diz respeito à fixação da obra em suporte digital, o entendimento da norma legal vigente considera que a reprodução da obra depende única e exclusivamente da prévia autorização do autor e/ou do titular da obra intelectual. Portanto, nesse sentido, a digitalização da obra intelectual, sem autorização do autor, configuraria um delito ultrapassando os pressupostos estabelecidos pelo marco legal da Lei nº. 9.610/98 de direitos de autor e conexos.

Importante destacar que todo esse conjunto legal chegou até nós espelhado nas Convenções e Tratados Internacionais sobre propriedade intelectual. Considerando, assim, um problema não apenas brasileiro, mas uma realidade mundial. Ultrapassar essas barreiras, no momento atual, é quase impossível. Temos a opção de acompanhar o padrão de referência internacional que nos remete às limitações legais de propriedade intelectual ou a opção de digitalizar, somente o que já caiu em domínio público sem entrar na ilegalidade.

Resta precisar a limitação que uma entidade pública, possuidora de acervos de obras intelectuais, tem diante dos processos de digitalização frente às limitações que a legislação de propriedade intelectual apresenta.

A reserva estabelecida pelo artigo 29 da Lei de Direito de Autor e Conexos - LDA, nº. 9.610/98 é clara:

Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:
I - a reprodução parcial ou integral;
II - a edição;
III - a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações;
IV - a tradução para qualquer idioma;
V - a inclusão em fonograma ou produção audiovisual;
VI - a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra;
VII - a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, onda ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário;
VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante:
a) representação, recitação ou declamação;
b) execução musical;
c) emprego de alto-falante ou de sistemas análogos;
d) radiodifusão sonora ou televisiva;
e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva;
f) sonorização ambiental;
g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado;
h) emprego de satélites artificiais;
i) emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados;
j) exposição de obras de artes plásticas e figurativas;
IX - a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero;
X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.
Ademais, até mesmo o capítulo IV, 'Art.46 da LDA que trata do que não constitui ofensa aos direitos autorais - ponto de equilíbrio entre os direitos dos autores/titulares e o interesse público - não contempla, em nenhum dos seus itens, amparo legal ao processo de digitalização.

A lei vigente não nos dá alternativa. Esta situação desencadeia enorme repercussão nos entes públicos que se sentem tolhidos pela limitação legal. Por um lado existe a demanda pelo acesso livre à informação e, de outro, o marco legal dificultando esse acesso sujeitando-o à prévia e expressa autorização do autor ou titular de direitos.

Por outro lado a instituição pública encontra-se pressionada pelo usuário que busca um acesso rápido e eficaz da informação, que, entretanto, só é possível por meio da digitalização regulada pelo

marco legal que impõe que esse procedimento seja possível apenas, com as obras em domínio público. Ultrapassar essa barreira, nos dias de hoje, significa romper com a norma vigente.

5 - Conclusões

Parece evidente a necessidade de adequação do marco legal vigente à demanda dos usuários pela informação digital. Oliveira, (2009) ressalta a força da Carta da Unesco onde são sugeridas medidas de salvaguarda do patrimônio cultural dos países que lidam com acervos digitais, quando ela menciona em seu artigo 8, a necessidade de proteção ao patrimônio digital. Ressalta também como elemento chave para a política de preservação nacional, a orientação de que a legislação de arquivos e depósito legal ou voluntário em bibliotecas, arquivos, museus, e outros repositórios deveria permitir que os processos de preservação fossem legalmente assumidos por tais instituições.

Por outro lado, o projeto de reformulação da lei autoral encaminhado pelo Ministério da Cultura brasileiro para consulta pública, encerrada em 11 de agosto de 2010, expressa a tentativa de adequação da LDA à essa nova realidade de uso das tecnologias da informação e da comunicação.

No projeto em questão, objeto de amplo debate, o tema da digitalização de acervos está contemplado no Cap. IV, das "Limitações aos Direitos Autorais", onde passaria a ser livre a reprodução, subtendendo-se as modalidades de reprografia, microfilmagem e digitalização. A seguir a minuta do Anteprojeto, art. 46, inciso XIII: "[...] *a reprodução necessária à conservação, preservação e arquivamento de qualquer obra, sem finalidade comercial, desde que realizada por bibliotecas, arquivos, centros de documentação, museus, cinematecas e demais instituições museológicas, na medida justificada para atender aos seus fins".*

É pertinente a indicação de Silva, (2002), de que é necessária uma política nacional de informação para digitalização que assegure o acesso aos conhecimentos especializados e profissionais, às informações científicas, técnicas e econômicas assim como à soma dos saberes produzidos e reunidos no país e em outras partes do mundo, a fim de auxiliar a solução de problemas concretos e ao desenvolvimento de todos os setores da sociedade.

Por outro lado, a visão de Corsani (2003) aponta a tendência do mundo digital em direção a um capitalismo cognitivo, com ênfase no setor de serviços na rede internet. Nesse ambiente destaca-se o sentido e uso dos *commons* como conhecimento coletivo.

É sabido que a legislação de propriedade intelectual aplica-se, sobremaneira, para os bens fixados em suporte analógico. Quando esse mesmo bem é fixado e transposto para a esfera digital, fica claro que a lei não atende satisfatoriamente a essa realidade impossibilitando assegurar a reprodução, comunicação e não modificação da obra sem autorização do autor e/ou titular original.

A revisão da legislação de propriedade intelectual deverá ser encarada de frente, de modo a que se ajuste à realidade. Não há como desconsiderar a tendência em direção ao acesso livre da informação apontado pelos movimentos *do Open Acess, Open Archive, General Public Licence - GNU, Creative Commons e Copyletf* que incentivam a inovação e o livre acesso ao conhecimento.

A digitalização parece inevitável. Essa compreensão advém da percepção da força que a disseminação da informação na Internet e do suporte digital adquiriu na sociedade contemporânea.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Cléia, M.G. Diretrizes para a digitalização no arquivo público na cidade de Belo Horizonte in Proceedings CINFORM - Encontro Nacional de Ciência da Informação V, Salvador - Bahia. 2004, Disponível em:
<http:// www.cinform.ufba.br/v_anais/artigos/cleiamarciagomesamaral.html>

ARELLANO, Miguel Angel Preservação de documentos digitais. Ci. Inf., Brasília, v. 33, n. 2, p. 15-27, maio/ago. 2004

CONARQ. Recomendações para digitalização de documentos Arquivísticos permanentes, abril 2010) Disponível em:

<http://www.conarq.arquivonacional.gov.br/media/publicacoes/recomenda/recomendaes_para_digitalizao.pdf>

CORSANI, Antonella. Elementos de uma ruptura: a hipótese do capitalismo cognitivo. In: Capitalismo Cognitivo: trabalho, redes e inovação. DP&A Editora, Rio de Janeiro, 2003.

OLIVEIRA, Jaury Nepomuceno. O Problema dos Direitos Autorais nas Bibliotecas Digitais. IV Encontro Ibérico EDIBCIC, Coimbra, p. 528, 2009. Disponível em: http://www.eventos-iuc.com/ocs/public/conferences/1/schedConfs/1/actas_EDIBCIC2009_1.pdf

SILVA, Rubens Ribeiro Gonçalves. Digitalização de acervos fotográficos públicos e seus reflexos institucionais e sociais: tecnologia e consciência no universo digital. Tese. Ciência da Informação. Orientadora: Lena Vania Ribeiro Pinheiro. Rio de Janeiro, PPGCI; UFRJ/ECO; IBICT, 2002.

4.1.7 Public Domain in the Information Society

Gert Würtenberger

1. Introduction

Laws need not only cope with problems which have been anticipated by the legislator but must provide rules which are capable of offering solutions to conflict situations, which have developed due to the social and scientific progress of a society. These rules must be abstract to a certain extent, offering a framework for courts to solve such conflicts which have arisen after a law had been passed.

In addition, it requires fundamental principles as a basis for interpreting the application of legal provisions to new unforeseen conflicts.

2. The Balance of Interests in the German Copyright System

Copyright, in the German legal system, assigns the work of an artist or scientist as an object of legal protection to its creator. It is his or her property. This allocation requires the legislator to determine proper standards in light of the content of the copyright which safeguard the use and exploitation of the right and which are appropriate in light of the nature and the social importance thereof. The copyright as an intellectual property right is the result of a solely individual achievement which, however, becomes part of cultural possessions (so to say part of the public domain) or to say it with the words of a German jurist: The copyright is the legal achievement of dependence of a communication connection between the copyright owner and the public and, insofar, is particularly dependent on the given communication system (Roellcke - Das Kopieren zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch, UFITA 84 (1979) 79, 101). As of its publication, a copyright protected work develops its own life. It does not remain solely the achievement of its creator but spreads its effects into society, thereby becoming an independent factor influencing the cultural and intellectual happenings of its time (BVerfGE 58,137, 148 f. unter bezugnahme auf BVerfGE 31, 229, 242 - Schulbuch).

Due to this double nature of the copyright, the legal framework has to differentiate between the intellectual personal relationship of the creator to its work and, on the other hand, the relationship of the work to the public. Consequently, German law on copyright differentiates between the moral rights of the author, giving him the rights to whether and how the work will be published, and the exploitation rights and connected similar rights, such as the right to adapt or revise the original work, the remuneration for lease and rental and other similar rights arising out of the commercial side of a copyright. The right of the creator to dispose of the work requires to be absolute, in order to provide the author/creator an appropriate means for negotiating with interested parties the type of use and remuneration therefor.

How the different interests may be brought into balance by avoiding a too weak copyright, while simultaneously taking into account the public interest in the not too restricted use of a published copyright-protected work, may be illustrated by the following decision of the German Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht, judgement re 1 BvR 825/98 of 29 June 2000):

The well-known writer Heiner Müller is the author of the theatre play GERMANIA 3 GESPENSTER AM TOTEN MANN. The play includes passages of Bertold Brecht´s work “The life of Galilei” and certain scenes from Brecht´s work “Coriolan”. The heirs of Brecht´s copyrights did not authorise the inclusion of these literal passages, which accounted for 24 out of 75 pages. The passages of Brecht´s works, as sections by other authors used by Müller, were emphasised in italic letters. Upon an application for injunctive relief by the heirs of Brecht´s copyrights, the Court of Appeal of Munich imposed on the publisher of “GERMANIA 3” an injunction to refrain from further reproduction and distribution of the book as long as the passages of Brecht´s works were included. In the Court’s opinion, the use of the cited passages were neither covered by the freedom of citation, as related by Section 51 of the German Copy Rights Act, nor could it be regarded as permissible through use as their inclusion

would have altered the individual “handwriting” of Brecht in the sense of Paragraph 24 of the German Copy Rights Act.

The freedom of citation should ensure the freedom of the intellectual discussion of thoughts and ideas of other authors, also in the form of a word-by-word rendition of protected works. In the opinion of the Court of Appeal, however, a citation is admissible only if it is used by an author of another work as a means for his own illustrations, may it be that he critically analyses the work of third parties, that he analyses the work for a starting point and in particular for reinforcing and explaining his own ideas or that he intends to use the citations by way of example excerpts for explaining his own work. Given the fact that the spirit and purpose of citations is always the underlining of one’s own explanations, or the discussion of the thoughts of third parties, an inner association with the own ideas shall be established.

The Court of Appeal discussed in detail why the citations from Brecht’s works did not serve that function. In its analysis it applied rather strict criteria, which, however were not shared by the Constitutional Court, which emphasised that the freedom of art as guaranteed by the constitution, and which should ensure the artist’s free development without the state’s intervention, has to be balanced against the right of property equally guaranteed by the constitution.

With regard to the free use of copyright protected works in the sense of Para. 24 of the German Copyrights Act, allowing the use of a copyright protected work to create a new work, the Court of Appeals emphasised that the assessment of whether a work was newly created when freely using a copyright protected work, depends upon the distance of the newly created work from the personal characteristics of the work used. In this regard, mild criterion shall not be applied. The copyright protected work had to take such a backseat that it appears merely as a suggestive means to the newly created own work. When extensively copying the content of the prior work such inner distance was solely guaranteed if the newly created work intensely deals with the prior work. When rendering an assessment, one had to proceed from a viewer having knowledge of the used work and also having the necessary intellectual understanding for the newly created work. When applying these criteria, free use was unascertainable. The spirit and purpose of this basic right is to guarantee the free development of the intellectual creative process without restriction by public authorities. The fact that this constitutes an artistically submitted political request, however, does not eliminate the scope of protection guaranteed through freedom of art.

Freedom of art, which is guaranteed by the constitution without prejudice, is, however, not without bounds. The bounds result from the basic rights of other legal entities as well as from other legally protected interests having a constitutional status. Such bounds may arise from the principle of the guarantee of property of Article 14 Para. 1 of the German Constitution, covering the protection of intellectual property and, in this case, especially copyright. Property is, however, also not guaranteed without bounds. In the field of copyright, it solely allows the general attribution with regard to the proprietary side of the author’s right. This, however, does not encompass every conceivable legally applicable possibility, but the legislator has to find appropriate criteria for limits in line with copyright.

The Constitutional Court determined that the Court of Appeal, in interpreting and applying the relevant provisions of the German Copy Right Law, failed to recognise the significance and the scope and consequences of freedom of art. In the Constitutional Court’s opinion, the Court did not sufficiently honour the artist's aim and failed to properly view Müller's work as a piece of art, as required by 2. 5 Para. 3, Sentence 1 of the German Basic Law.

Such a manner of viewing a work as a piece of art, as required by Article 5 Para. 3, Sentence 1 German Constitution Law, necessitates that in interpreting and applying Article 51 No. 2 German Copy Right Law, the inner association of the cited passage with the thoughts and contemplations of the one who cites it should be recognised as a means of artistic expression and artistic creation, rather than only serving to prove that referring to that passage was justified, and thus giving this Regulation for artists' works a field of application that is broader than for other non-artistic linguistic works.

The Constitutional Court stressed that particular attention had to be paid to the fact that once a work has been published it is no longer only available to the owner. Rather, it enters the public domain and can therefore become an independent factor which co-determines the cultural and spiritual image of the time. It gradually separates from the artist's sole rights in it and becomes a spiritual and cultural common property. This, on the one hand, is the intrinsic justification for limiting the duration of protection by copyright; on the other hand, this circumstance entails that the work could become the

basis for a discussion amongst artists, the more so as it plays its role in the public domain. The fact that the piece of art is so present and publicly discussed is simultaneously the artistic piece's basis for its resonance in society and for the fact that artists will have to accept that, to some extent, other artists would infringe upon or interfere with their copyrights, those other artists then being part of the public domain that discusses and argues about the piece of art. The limiting provisions of the German Copy Right Law are meant to define the admissible extent of such interferences and infringements. However, the limiting provisions must also be interpreted by taking account of the freedom of art and bring about a balance between the various interests, even those interests that are protected by constitutional rights. The copyright holder's interest in protecting his work from third parties' commercial purposes without his consent is confronted with the other artists' interests, which freedom of art protects, namely to enter into a dialogue and a creative process amongst artists regarding the presently available works without running the risk of financial burden.

If, as in the present case, a minor interference with the copyrights without running the risk of causing economic drawbacks is confronted with the artist's freedom of development, the copyright holder's interest in exploiting his work had to give way to interests in using the work for a discussion on arts.

The Appellant attacked this judgement with the argument that it infringed Article 5 Para. 3, Sentence 1 (art, science, research and teaching are free) as well as the guarantee of property as confirmed in Article 14 Para. 1 of the German Constitution. However, the Federal Constitutional Court already confirmed the infringement of Article 5 and thus did not consider the Court of Appeal's judgement under the aspect of a guarantee of property as provided in Article 14 of the Constitution. The Constitutional Court emphasised that Article 5 Para. 3, Sentence 1 of the German Constitution guarantees in its entirety the freedom of acting in the art sector, the working area and the effective range are protected.

This judgement appears to be a striking example of the increasing distance courts take from what is known as the eloquence of the "restrictive interpretation of exceptions" [Swiss Federal Supreme Court 26.06.2007, UC 8, 2008, 990].

3. Free Access to Information as a Fundamental Human Right

The Universal Declaration of Human Rights determines that everyone has the right of freedom of opinion and expression, which includes the right to "seek, receive and impart information and ideas" (Universal Declaration of Human Rights Article 19). This principle is also found, inter alia, in the European Convention on Human Rights (Article 10) and in the Chart of Fundamental Rights of the European Union (Article 11). Equally, in Article 27 of the Universal Declaration of Human Rights, emphasis is given to everybody's right to take part in the cultural life of the Community to enjoy the arts and benefit from scientific progress.

On the other hand, the protection of an author's moral and immaterial interests resulting from his scientific, literary or artistic productions are confirmed by Article 27 of the Universal Declaration of Human Rights in Article 15 of the International Covenant on economic, social and cultural rights. The rights must0 be brought into balance to guarantee on the one hand copyright protection, on the other hand access to knowledge, information and culture. Unrestricted access to information will stand in the way of copyright protection and excessive copyright protection will encumber the reception of information in works. It is obvious that the public interest in promoting creativity through the protection of the moral and economic interests of authors and owners and the public interest in enforcing freedom of expression and access to information and culture have to be reconciled.

Concluding Remarks

The digital revolution has incredibly speeded up the easy dissemination of creative and scientific working results to an extent achieved by no other technical achievement since the invention of the printed book. While dissemination and accessibility of information in the online environment are at the heart of our knowledge society to a large and increasing extent, scientific information is embedded within scholarly works, such as journal articles, which are subject to copyright protection. However, as shown by the development on the market, there is an increasing risk that libraries and scientific end

users may face a single-source situation, forcing the payment of unreasonable prices or the acceptance of unreasonable conditions for the accessing of scholarly or scientific contents, or to desist from using the relevant contents.

The German legislator has recognised these challenges and thus is presently discussing under the catchword "third basket" the necessary amendments of the German Copyright Act. This discussion is considerably influenced by Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (InfoSoc Directive), but in particular by the Green Paper of the Commission and an earlier single market report ("A single market for the 21st century Europe") in which the Commission highlighted the need to promote the free movement of knowledge and innovation as a "Fifth Freedom". Although the paper acknowledges a strong link between the free movement of knowledge and copyright policy, it does not address the question of how copyright law would need to be designed in order to foster the free movement of knowledge and innovation.

While, on the one hand, the unhindered access to copyright protected marks represents a threat for the rights of the author, on the other hand, it offers an enormous potential for societies. Thus, the question is how the protection of a copyright protected work must be developed in order to take into consideration that it is the condition for cultural diversity, creativity and scientific achievements. This question is presently under intense consideration and discussion in Germany under the following four premises:

The law has to protect the creator's right to self-determination.

Copyright is closely connected with the personality and individuality of the creator.

Copyright has to ensure that the achievement of individuals will receive fair compensation (while the Internet is a free medium in the sense of political and social freedom, it does not necessarily mean that it needs to be free of any charge).

Cultural diversity has to be secured. It appears that these are the cornerstones to be taken into consideration, regardless of the status of copyright protection in a country and independent of its commercial and social standing.

4.1.8 Direitos autorais e acesso à internet: uma relação tensa

Alexandre L. Dias Pereira*

RESUMO

Os direitos autorais restringem a liberdade de circulação de conteúdos informativos na Internet. Verificados os requisitos de protecção, os bens informacionais são objectos de direitos exclusivos de exploração económica, podendo os respectivos titulares impedir a reprodução, distribuição e comunicação ao público das obras e prestações protegidas. Mas, para além de restringir a circulação de informação na Internet, poderá o direito autoral justificar o corte ou a suspensão da ligação à Internet? Esta solução é já legalmente contemplada em alguns países europeus, designadamente em França (lei Hadopi) e no Reino Unido (UK Digital Economy Act). Neste contexto, os provedores de Internet são chamados a desempenhar um importante papel na procura de um equilíbrio entre as forças em tensão.

Palavras-chave: direito autoral – acesso à internet – software p2p

Abstract: Copyright erects legal barriers against the free flow of information on the internet. Once the requirements of copyright protection are met, the informational goods are object of exclusive rights of economic exploitation, and their holders can prohibit the reproduction, distribution and communication to the public of protected works and alike. But, more than restricting the flow of information on the Internet, can copyright provide sound justification for the termination or suspension of access to the Internet? Some European countries have moved forward into such direction, namely France (Hadopi Act) and the United Kingdom (UK Digital Economy Act). In this context, internet service providers are called upon to perform an important role in seeking equilibrium amongst the forces in tension.

Key-words: copyright - internet access – p2p software

Introdução

Os direitos autorais restringem a liberdade de circulação de conteúdos informativos na Internet. Verificados os requisitos de protecção, os bens informacionais são objectos de direitos exclusivos de exploração económica, permitindo aos seus titulares proibir a reprodução, distribuição e comunicação ao público das obras e prestações protegidas.

* Licenciado, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra (FDUC), onde é Professor de Direito Autoral e Direito da Informação, entre outras disciplinas, e Investigador (CEIS20-UC). É Membro do Conselho Nacional de Cultura (secção especializada em Direito de Autor e Direitos Conexos) e publicou, para além de dezenas de capítulos de livros e artigos de revista, entre outras, as seguintes monografias: *Direitos de Autor e Liberdade de Informação* (Almedina, 2008); *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital* (Coimbra Editora, 2001); *Comércio Electrónico na Sociedade da Informação: Da Segurança Técnica à Confiança Jurídica* (Almedina, 1999). E-mail: alexis@fd.uc.pt

Mas, para além de restrição à liberdade de circulação de informação na Internet, justificará o direito de autor o corte ou a suspensão da ligação à Internet? Essa foi a solução estabelecida pela Lei HADOPI em França bem como pela Lei da Economia Digital no Reino Unido (UK Digital Economy Act). Será essa uma boa solução?

Vejamos um pouco mais em detalhe de que modo o direito autoral restringe a liberdade de circulação de informação na Internet e o acesso à rede, centrando a nossa análise no papel dos provedores de Internet, que são chamados a desempenhar um papel decisivo na procura de um equilíbrio entre as forças em tensão.

1. Os direitos de autor como restrição à liberdade de circulação de informação na Internet

A Internet foi anunciada como a super auto-estrada da informação, uma vez que permitiria a circulação sem fronteiras e quase instantânea dos mais variados conteúdos informativos (textos, imagens, músicas, filmes, software, bases de dados, i.e. todos os bens susceptíveis de expressão em forma numérica ou digital).

Todavia, por vezes os sonhos de uns são os pesadelos de outros. Com efeito, verificados os requisitos de protecção, os bens informacionais são objecto de direitos exclusivos de exploração económica, que lhes permitem proibir a reprodução, distribuição e comunicação ao público das obras e prestações protegidas. Por exemplo, no caso *Google*, relativo a digitalização e divulgação de obras, o Tribunal de Grande Instância de Paris decidiu que ao digitalizar e disseminar pela Internet de obras, ainda que raras, de autores franceses sem prévia autorização dos titulares de direitos a Google estaria a infringir os direitos autorais (TGI Paris, 18/12/2009).

Para saber de que modo o direito autoral restringe a liberdade de circulação de informação na Internet, importa considerar também o papel dos provedores de Internet (os chamados Internet Service Providers), que são agora chamados a desempenhar a desempenhar um papel mais activo neste domínio.

2. O papel dos prestadores de serviços da Internet na circulação da informação

No direito da União Europeia, à semelhança da solução anteriormente adoptada nos EUA (DMCA), a directiva sobre comércio electrónico (2000/31) estabeleceu três tipos de isenção de responsabilidade dos ISP por actividades dos utilizadores dos serviços, a saber, quando actuem como meros transportadores da informação (*mere conduit*), quando procedam à armazenagem temporária da informação com vista a facilitar o seu acesso e transmissão (*caching*), e ainda quando realizem armazenagem em servidor (*hosting*), não sendo o provedor de Internet responsável quando não saiba nem deva razoavelmente saber que os conteúdos aí alojados pelos utilizadores dos seus serviços são ilícitos.

2.1. Controlo prévio da actividade dos utilizadores?

Os provedores de Internet não têm o dever de controlar previamente a actividade dos utilizadores dos seus serviços, mas devem tomar providências uma vez que saibam ou devam saber da existência de conteúdos ilicitamente colocados nos seus servidores. A propósito disto podemos registar duas interessantes decisões relativas ao YouTube. Uma, do Tribunal ordinario de Roma (de 15/11/2009) condenando a YouTube por não ter removido vídeos

(programas de televisão) colocados pelos seus utilizadores depois de ter sido notificado sobre a existência de conteúdos protegidos pelos direitos autorais; outra, de um tribunal de Madrid (20/09/2010), não condenando o YouTube por *culpa in vigilando* relativamente à colocação por parte dos seus utilizadores de séries televisivas, de que não tinha nem devia ter conhecimento, designadamente por impossibilidade técnica de controlo prévio.

2.2. Identificação dos titulares de contas suspeitos de infringirem direitos autorais?

Uma outra questão que se suscita nesta tensão entre direitos autorais e acesso à Internet é saber se o tribunal pode ordenar ao ISP que comunique aos titulares de direitos a identidade e o endereço de titulares de contas de acesso suspeitos de praticarem infracções aos direitos de autor. No acórdão *Promusicae v Telefonica* (29/1/2008), o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu que o direito comunitário não impõe nem proíbe que a legislação dos Estados-membros estabeleça essa medida, mas ressalvou que caso o façam deverão atender às exigências do princípio da proporcionalidade. Na sequência desta decisão, a Suécia adoptaria legislação que confere ao titular de direitos de autor o direito de obter o endereço de IP do alegado infractor.

2.3. Instalação de filtros de monitorização (e bloqueio) de conteúdos?

Para além da divulgação dos dados dos titulares de conta, coloca-se ainda a questão de saber se o provedor de internet poderá ser obrigado a instalar filtros de monitorização e bloqueio de conteúdos protegidos. Essa foi a questão apresentada ao Tribunal de Justiça no caso *Scarlet v Sabam*, em que o tribunal de recurso de Bruxelas questionou se, de acordo com o direito comunitário, os Estados-membros podem investir os tribunais no poder de ordenar aos ISP, por sua conta e por duração ilimitada, a implementação de mecanismos de monitorização e filtragem de tráfico de modo a prevenir infracções aos direitos de autor. E, em caso positivo, se devem essas medidas atender ao princípio da proporcionalidade em matéria de eficácia das medidas.

O tribunal de 1ª instância de Bruxelas respondeu afirmativamente, apoiando-se na Directiva 2001/29 (art. 8/3) e na Directiva 2004/48. Todavia, o tribunal de recurso (Cour d'Appel 28/1/2010), na dúvida sobre a conformidade dessa medida com o direito comunitário (Directiva 2000/31; Directivas 95/46 sobre dados pessoais e 2002/58 sobre privacidade nas comunicações electrónicas, e ainda artigos 8 e 10 da CEDH), submeteu um pedido prejudicial ao TJ, cuja resposta é aguardada com expectativa. Todavia, face ao teor das disposições das referidas directivas, dificilmente o Tribunal Europeu permitirá a confirmação da decisão do tribunal de 1ª instância de Bruxelas.

Não obstante, deve referir-se que a Directiva 2001/29 sobre direitos autorais na sociedade da informação estabelece a exclusão de certos actos transitórios do conceito de reprodução, no sentido de não os abranger no direito exclusivo de exploração económica. Chamado a esclarecer o conceito de acto de reprodução transitório, o Tribunal de Justiça decidiu no caso *Infopaq* (C-5/08, 16/7/2009) que, para um acto de reprodução ser transitório e por isso excluído do direito de reprodução (art. 5º/1 da Directiva 2001/29), a reprodução em causa deve ser automaticamente apagada da memória do computador logo que o processo tecnológico que a permite esteja concluído, sem a intervenção do utilizador.

2.4. Motores de pesquisa e hiperligações

O acesso aos sites da internet e à informação que eles contêm é deveras facilitado pelos motores de pesquisa, que apresentam listas de resultados com hiperligações para os sites que contenham descritores (*meta-tags*) correspondentes aos termos de pesquisa. De igual modo, o fornecimento directo de hiperligações também facilita a navegação na Internet e o acesso aos sítios.

Estas possibilidades tecnológicas geram todavia tensão com os direitos autorais e outras formas de propriedade intelectual. Regista-se, não obstante, uma tendência geral da jurisprudência no sentido da não proibição destes instrumentos de busca na Internet (TJ, 23/3/2010, Google Adworks – licitude de fornecimento de metadados correspondentes a marca célebre; BGH 29/4/2010 - licitude de miniaturização de imagens na lista de resultados do motor de pesquisa da Google; *Sharemula*, Audiencia Provincial Madrid, 11/9/2008; *Edonkey/Emule*, Juzgado de lo Mercantil n.7 Barcelona 9/3/2010, não condenação do site elrincondejesus.com por oferecer em acesso livre e sem contrapartidas económicas links para software de download P2P)

Quanto aos metadados, merece referência a decisão de 23 de Março de 2010 proferida pelo Tribunal de Justiça no caso Google Adworks (C-236/08, C-237/08 e C-238/08) relativo a sites patrocinados, que ao abrigo da isenção de responsabilidade dos ISP, se saldou pela não condenação da Google pela lista de resultados que indexa um site com o qual celebrara um acordo de metadados, sem prejuízo da responsabilidade do anunciante por uso de marca (no caso L. Vuitton) que gere confusão quanto à origem dos produtos anunciados. Distinguindo entre resultados naturais e resultados patrocinados da pesquisa, o Tribunal equiparou a Google ao prestador de serviços da sociedade da informação que armazena conteúdos de terceiros ('hosting').

De igual modo, o BGH na sentença de 29 de Abril de 2010 concluiu que o motor de pesquisa de imagens da Google não infringe direitos de autor sobre imagens quando apresenta miniaturas suas nos resultados do motor de pesquisa.

Por seu turno, o Juzgado de lo Mercantil n.7 Barcelona pronunciou-se em 9 de Março de 2010 pela não condenação do site elrincondejesus.com por oferecer links para software de download P2P (edonkey/emule) não autorizado de música do repertório da SGAE (Sociedad General de Autores y Editores), entendendo que o fornecimento de links não constitui um acto de reprodução nem de comunicação ao público e que o site não retira nenhum benefício comercial disso, designadamente por ser de acesso livre e não ter receitas publicitárias (ver também o caso Sharemula, Audiencia Provincial Madrid, 11 de Setembro de 2008).

Registe-se ainda a decisão do TGI Evry, de 19 de Janeiro de 2010, no sentido de que, na ausência de prova de download ilegal, o administrador do website que indexa links p2p não pode ser responsabilizado por violação dos direitos autorais.

2.5. **Incitamento com vantagens económicas e infracção**

Todavia, os ISP podem perder o benefício da isenção de responsabilidade quando induzam os utilizadores dos seus serviços a cometer infracções extraindo daí vantagens económicas, designadamente na forma de receitas publicitárias (STJ Dinamarquês 26/11/ 2008, The Pirate Bay; BGH 15/1/2009; Rechtbank Utrecht, 26/8/2009 - Mininova.org; Rechtbank Amsterdam, 22/10/2009 – ThePirateBay).

Na decisão de 26 de Novembro de 2008, o Supremo Tribunal de Justiça da Dinamarca condenou o site ThePirateBay por compartipação na violação de direito autoral ao oferecer torrents que permitem o download P2P de conteúdos protegidos pelo direito autoral. Por seu turno, na Alemanha, o Bundesgerichtshof (BGH) decidiu em 15 de Janeiro de 2009 que a distribuição de software de partilha de ficheiros que pode ser usado para fins tanto lícitos como ilícitos viola os direitos autorais quando o distribuidor aponta directamente nos seus anúncios para os usos directamente infractores aos direitos autorais. Além disso, o Rechtbank Utrecht na decisão de 26 de Agosto de 2009, ordenou o site Mininova.org a remover todos ficheiros BitTorrents relativos a conteúdos protegidos alojados no servidor uma vez que incitava os utilizadores a violarem os direitos autorais retirando vantagens económicas dessa actividade (no caso, receitas publicitárias). Finalmente, o Rechtbank Amsterdam, na decisão de 22 de Outubro de 2009, deferiu uma providência cautelar contra o site ThePirateBay por, daí extraindo vantagens económicas, incitar os seus utilizadores a violarem direitos autorais ao fornecer um index de ficheiros BitTorrents que podem ser usados para reprodução de conteúdos protegidos pelo direito autoral sem autorização dos titulares de direitos.

Outros tribunais chegam a condenar os sites não apenas por indução à infracção aos direitos de autor mas inclusive por violação directa dos direitos (Corte Suprema di Cassazione 29/9/2009; High Court do Reino Unido 29/3/2010 - Twentieth century Fox et al. / Newzbin; Tribunal de Recurso de The Hague 2/6/2010). De forma incisiva, a italiana Corte Suprema di Cassazione, na decisão de 29 de Setembro de 2009, pronunciou-se no sentido de que o site que faculta os meios de comunicação ao público (uploading) de conteúdos protegidos e disso retira vantagens económicas através de receitas publicitárias participa na prática da actividade ilícita, sendo para isso irrelevante a tecnologia utilizada (no caso BitTorrent), afirmando ainda o poder do tribunal de ordenar o encerramento do site e de impor ao seu operador que impeça os seus utilizadores de lhe acederem. Em sentido análogo, veja-se também as decisões do High Court do Reino Unido (Twentieth century Fox et al. / Newzbin, 29/3/2010) e do holandês Tribunal de Recurso de The Hague (2/6/2010) decidindo que a distribuição de software de partilha de ficheiros armazenados nos servidores da rede Usenet integra a actividade de tornar esses ficheiros disponíveis ao público, sendo alvo de injunção por infracção aos direitos de autor.

2.6. Injunções específicas contra os ISP

Estas decisões mostram, por conseguinte, que as isenções legais de responsabilidade de que beneficiam os ISP, não os imunizam completamente de infracções aos direitos de autor. Para além das situações em que são também responsáveis, os ISP estão ainda sujeitos a injunções específicas relativamente a infracções cometidas pelos utilizadores dos serviços, ainda que estes não sejam processados. Por exemplo, na decisão de 27 de Maio de 2010, o STJ dinamarquês pronunciou-se no sentido de que o prestador de acesso deve bloquear o acesso por parte dos seus utilizadores ao site *The Pirate Bay*, considerado uma via de violação em massa de direitos autorais. Igual possibilidade foi afirmada pelo Tribunal de Recurso de Amesterdão, na decisão de 29 de Julho de 2010, relativa ao site *The Pirate Bay*.

3. Corte ou suspensão do acesso à Internet

Para além do bloqueio de acesso a um site específico, coloca-se ainda a questão de saber se será lícito cortar ou suspender a conta de acesso à Internet de um utilizador suspeita de ser utilizada para cometer infracções aos direitos autorais. Essa é, no fundo, a solução que a lei francesa consagra, sendo alvo de muitas críticas, em especial por se considerar uma medida

excessiva. Tanto mais que estabelece uma espécie de responsabilidade objectiva por parte dos titulares da conta de acesso.

Não obstante, é curioso registar que as soluções da lei francesa encontram eco em decisões de tribunais de outros Estados Membros. Na questão da responsabilidade pela utilização da conta de acesso, o Oberlandesgericht Koln decidiu em 23/12/2009 que os pais são responsáveis pelos danos causados pelos seus filhos menores quando oferecem música protegida pelo direito autoral através de redes de partilha de ficheiros utilizando a conta de acesso à Internet de que são titulares os pais. Por outro lado, o Supremo Tribunal de Dublin na decisão de 16/4/2010 considerou válido o 'Esquema de Resposta Gradual' incluído nos acordos entre ISP e os seus utilizadores, nos termos do qual o ISP deve avisar por duas vezes o alegado infractor de direitos autorais antes de, à terceira, bloquear o acesso à rede. Na opinião do tribunal o IP não constitui dado pessoal nem tal esquema conflitua com a liberdade de expressão dos utilizadores.

Assim, verifica-se que, para além de restrição à liberdade de circulação de informação na Internet, o direito de autor pode justificar o corte ou a suspensão da ligação à Internet. Essa foi a solução adoptada pela Lei HADOPI em França bem como pela Lei da Economia Digital no Reino Unido. Ao invés da suspensão de acesso à Internet poder-se-ia equacionar uma medida menos gravosa para as liberdades fundamentais da comunicação, como seja a diminuição do tráfego por via da redução da velocidade de acesso, tanto mais que na Finlândia já se proclama o direito de acesso 1MB à Internet como direito fundamental. De que forma conciliar o direito de acesso à internet com a suspensão de acesso à rede em nome dos direitos de autor?

3.1. A Lei HADOPI ('Création et Internet')

A Lei 'Hadopi', de 12 de Junho de 2009, foi alterada em Setembro do mesmo ano na sequência da decisão do Conselho Constitucional francês que considerou inconstitucionais alguns dos seus normativos, designadamente a possibilidade de a suspensão de acesso ser decretada por uma autoridade administrativa.

Embora baptizada 'Création et Internet', esta lei ficaria conhecida por lei HADOPI em virtude de ter instituído uma Alta Autoridade para a difusão das obras e a protecção dos direitos na internet. 'Hadopi' é justamente o acrónimo de 'Haute authorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur l'internet'.

Esta lei prevê um esquema de resposta gradual sob supervisão da referida Autoridade: 1º aviso; 2º aviso; 3º suspensão de acesso até um ano. Na prática, esta lei impõe ao titular da conta de acesso à internet um dever de vigilância da sua utilização, que se traduzirá provavelmente na instalação de software de monitorização e filtragem de conteúdos.

Além disso, sujeita a navegação na Internet a um controlo administrativo, instituindo uma espécie de 'polícia da internet'. Todavia, trata-se de uma polícia sem poderes de investigação, cabendo aos titulares de direitos proceder à recolha de dados que indiciem ou comprovem utilizações ilícitas, o que previsivelmente farão com recurso a detectives privados electrónicos (*sworn agents*). Por outro lado, a lei acarreta sobre o titular da conta de acesso uma presunção de culpa relativamente aos ilícitos de direitos autorais que sejam cometidos por seu intermédio.

Finalmente, estabelece a 'pena' de exclusão temporária (suspensão) da rede aos titulares de conta que não tomem medidas de segurança da sua conta após terem já recebido por duas vezes avisos para o efeito. A suspensão do acesso à Internet tem que ser ordenada

por autoridade judicial, embora possa ser decretada como medida judicial *ex parte*, isto é, sem audição do titular da conta, e não afecta a subsistência do contrato com o ISP, designadamente no que respeita ao pagamento do serviço contratado. Acresce que o titular da conta fica inibido de obter novo acesso através de outro ISP, estando sujeito a sanções pecuniárias caso o faça.

3.2. ACTA (Anti-Counterfeiting Trade Act)

A lei Hadopi, a que se seguiu no Reino Unido a Lei da Economia Digital (UK Digital Economy Act), insere-se numa linha de reforço da protecção dos direitos autorais, em especial no ambiente em linha. Neste contexto, pode ainda registar-se a proposta de Directiva IP Enforcement II (IPRED2) e a preparação de um instrumento internacional, o Acordo comercial anti-reprodução (ACTA Anti-Counterfeiting Trade Act). Entre outras medidas, este Acordo estabeleceria que, para beneficiar de isenção, os ISP teriam que fornecer aos titulares de direitos os dados dos titulares de conta suspeitos de práticas ilícitas, os quais são responsáveis pela utilização que é feita da sua conta, passível de ser suspensa.

Trata-se de medidas especialmente gravosas, já que implicam a exclusão, ainda que temporária, do acesso à Praça da República electrónica, por onde passa cada vez mais a cidadania e o exercício de direitos fundamentais da comunicação, incluindo a aprendizagem.

4. A compensação equitativa pela reprodução

Uma questão candente nesta problemática diz respeito à chamada compensação equitativa pela reprodução, que procura estabelecer um equilíbrio entre os interesses dos titulares de direitos de autor e as formas de utilização livre que se destinam a promover fins de interesse geral como a aprendizagem, a investigação e a liberdade de informação. Em Portugal, aguarda-se, neste domínio, uma iniciativa legislativa. Com efeito, o 'GPEARI procede actualmente ao estudo da eventual revisão da designada *lei da cópia privada*, aprovada pelas leis nº 62/98, de 1 de Setembro, e 50/2004, de 24 de Agosto. Prevê-se que o termo do trabalho, ao nível técnico, seja alcançado até ao final do corrente ano. O objectivo geral é o de vir a adequar a lei da cópia privada ao ambiente digital, assegurando, com equilíbrio, uma justa e legítima defesa dos interesses dos titulares de direitos' (http://www.gpeari.pt/).

De um modo geral, somos favoráveis a esta iniciativa. Com efeito, tendo a lei portuguesa (Lei 50/2004), por ocasião da transposição da Directiva 2001/29, reiterado a liberdade de cópia privada (consagrando até um direito imperativo à cópia privada), independentemente do suporte, deveria, em contrapartida, ter concedido aos titulares de direitos uma compensação equitativa - tal como aliás já prevista no Código de 1985 embora só tardia e infelizmente regulamentada – independentemente, de igual modo, do suporte. É isso que resulta claramente da letra e do espírito da Directiva 2001/29 (art. 5º, 2-a/b, e preâmbulo).

Ao excluir dessa compensação os equipamentos digitais e muitos suportes digitais, a lei portuguesa terá criado um benefício fiscal para a sociedade da informação, louvando-se porventura na jurisprudência do TC que atribuiu natureza fiscal à referida compensação. Todavia, parece-nos que dificilmente serão concebíveis tributos cujos titulares sejam sujeitos privados (autores e outros titulares de direitos). E mesmo que não se entenda que a compensação é globalmente um tributo, a afectação de uma percentagem das receitas da compensação a um fundo cultural poderá significar a aplicação de uma medida fiscal numa remuneração privada, pelo que os autores e outros titulares de direitos serão afinal os seus sujeitos passivos. O que, no mínimo, é problemático. Seria importante o legislador fazer

opções claras e definir à partida, com rigor, que tipo de instrumento está em causa, qual é a sua natureza, o que não é questão esdrúxula em termos de regime jurídico.

De todo o modo, a iniciativa virá fazer alguma justiça neste sector e colmatar uma lacuna de transposição da Directiva 2001/29 para o ordenamento jurídico português. Da nossa parte, temos defendido a necessidade de alteração da lei da cópia privada (Lei 62/98) de modo a abranger equipamentos e outros suportes digitais. A Lei 50/2004 deu, é verdade, um passo importante no sentido da efectivação da compensação devida pela reprodução. Mas, terá sido um passo curto para os autores e outros titulares de direitos, já que isentou boa parte do arsenal tecnológico da sociedade da informação.

Pelas mesmas razões, a iniciativa poderá ficar aquém do desejável, se isentar equipamentos de crescente importância na sociedade da informação, como sejam as novas gerações de telemóveis. Talvez fosse melhor isentar apenas os telemóveis com reduzida capacidade de gravação de ficheiros (e.g. inferior a 1 GB). Não obstante a compensação só ter justificação para as situações de utilização livre sujeita a remuneração equitativa, *maxime* na cópia privada (ver decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 21/10/2010 – *Padawan v SAGE et al*.), seria no mínimo estranho deixar de fora dispositivos, ditos híbridos, que são promovidos sobretudo pela sua capacidade de reprodução de ficheiros e de navegação na Internet.

Por outro lado, da compensação pela reprodução em suporte electrónico não deveriam ser excluídas as obras escritas. Tanto mais que tais obras são cada vez mais objecto de cópias digitais em massa através da Internet, tendo em conta as suas extraordinárias potencialidades enquanto meio de difusão do saber e do acesso à educação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise precedente mostra que a afirmação da Internet como espaço de liberdade de informação gera tensões designadamente com os direitos sobre informação, nomeadamente direitos autorais e outras formas de propriedade intelectual. Por outro lado, é crescente a caracterização da internet como espaço público com o consequente fim da privacidade no ambiente digital. Anuncia-se o advento do 'panóptico ciberespacial' e questiona-se até que ponto o direito autoral, de direito da criação intelectual não estará transformado em instrumento de repressão informacional, legitimando inclusivamente a exclusão, ainda que temporária, do acesso à Internet.

Em alternativa, um sistema de compensação pela reprodução poderia contribuir para preservar a privacidade dos cibernautas, garantindo ao mesmo tempo uma compensação equitativa para os titulares de direitos.

4.2 Direito autoral e Constituição

4.2.1 Direitos Autorais, Tecnologia e Cultura: por uma Constitucionalização dos Direitos Privados

Cíntia Reis Costa*
Carla Bichara**

RESUMO: O artigo propõe a discussão do direito autoral frente à teoria da constitucionalização dos direitos privados. A argumentação se pautará na posição hierárquica da Constituição Federal, na consagração dos direitos fundamentais, no papel dos princípios na exegese dos direitos privados e, conseqüentemente, na sua aplicação na sociedade. A propriedade intelectual é o instituto que trata da proteção concedida a todas as criações resultantes do espírito humano, seja de caráter científico, industrial, literário ou artístico. De modo inicial, o artigo diferencia a propriedade privada da propriedade intelectual, ressaltando a relação entre a propriedade privada das obras autorais e o seu acesso pela sociedade, como forma de efetivação do direito à cultura, em especial no contexto tecnológico promovido pela evolução da internet. A análise propõe que a interpretação destas "propriedades" não deve ser realizada de forma igual, isto porque, igualando os direitos provenientes das duas, estar-se-ia enfraquecendo a oportunidade de novos criadores avançarem na criação bem como oferecer à sociedade a oportunidade de acessar os bens culturais. Por fim, o trabalho demonstra que com os valores embutidos no ordenamento jurídico brasileiro, proporcionados pela Constituição Federal de 1988, faz com que o direito autoral seja reinterpretado com base no acesso à cultura e à informação.
PALAVRAS CHAVES: Direito Autoral, Tecnologia, Cultura.
ABSTRACT : The paper presents a discussion of copyright against the theory of constitutionalization of private rights. The argument will be in line in the hierarchy of the Federal Constitution, in the consecration of fundamental rights, the role of exegesis in the principles of private rights and, consequently, its application in society. Intellectual property is the institute that deals with the protection granted to all the resulting creations of the human spirit, whether scientific, industrial, literary or artistic. So original, the article differentiates the private ownership of intellectual property, emphasizing the relationship between private property of copyright works and its access by the company as a way of ensuring the right to culture, especially in the technology promoted by the evolution of the Internet. The analysis suggests that the interpretation of "property" shall not be held equally, because, coming from equating the two, it would be weakening the opportunity to move forward in creating new creators as well as offer the company the opportunity to access to cultural goods. Finally, it demonstrates that the values embedded in the Brazilian legal system, provided by the Constitution of 1988, means that copyright should be reinterpreted based on access to culture and information.
KEYWORDS: Copyrigth, technology, Culture.

INTRODUÇÃO

O artigo propõe-se à reflexão acerca da relação entre a propriedade privada das obras autorais e o seu acesso pela sociedade, como forma de efetivação do direito à cultura, em especial no contexto tecnológico promovido pela evolução da internet. Este panorama será analisado com base na teoria da constitucionalização dos direitos privados, que tem sua discussão iniciada com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

* Mestranda em Planejamento do Desenvolvimento no Núcleo de Altos Estudos Amazônicos da Universidade Federal do Pará – NAEA/UFPA. Coordenadora do Núcleo de Propriedade Intelectual do Centro Universitário do Pará – NUPI/CESUPA. Professora de Propriedade Intelectual do curso de Bacharelado em Direito do CESUPA. Advogada.
** Estudante do curso de Direito do Centro Universitário do Pará – CESUPA. Ex-estagiária do Núcleo de Propriedade Intelectual do CESUPA.

O conceito de propriedade – do ponto de vista dos direitos intelectuais – vem sendo reinterpretado, dentre outros fatores, pelo avanço tecnológico. Este modifica as estruturas e modelos de proteção das criações intelectuais, dividindo opiniões e causando confronto de direitos fundamentais presentes na Lei Fundamental no que tange a propriedade intelectual – especificamente os direitos autorais – e o direito de livre acesso ao conhecimento.

Dessa forma, o que se observa é o direito de propriedade intelectual caminhando (retrocedendo) para mudanças estruturais provocadas em grande parte pelo mercado, que ensaia a propagação da "cultura de permissão"[99], na tentativa de embasá-la nos termos de uma propriedade privada.

Inicialmente, faz-se mister a diferenciação entre os dois tipos de propriedade: privada e intelectual, para, assim, entender a necessidade de desmistificá-las em prol do beneficiário maior – a sociedade. Portanto, trata-se acerca da expansão cultural, através do acesso democratizado a cultura e novas descobertas, pelo viés da função social do direito autoral.

Destarte, o artigo demonstra que com os valores embutidos no ordenamento jurídico brasileiro, proporcionados pela Lei Maior de 1988, o instituto do direito autoral deve ser reinterpretado com base no direito fundamental de acesso à cultura. Portanto, interpreta-se o direito autoral e sua função social frente aos direitos fundamentais, refletindo sobre o impacto da tecnologia na estrutura da propriedade intelectual.

Para nortear esta reflexão toma-se como chave a constitucionalização do direito privado através da aplicação dos princípios constitucionais nas relações privadas. A argumentação se pautará na posição hierárquica da Constituição Federal, na consagração dos direitos fundamentais, no papel dos princípios na exegese dos direitos privados e, conseqüentemente, na sua aplicação na sociedade.

1. Propriedades: Privada Real e "Privada Intelectual"

O conceito de propriedade como elemento fundamental destinado a assegurar a subsistência individual e o poder de autodeterminação como fator básico da ordem social (MENDES, 2009), relacionado também a um discurso de propriedade absoluta, foi redefinida com a introdução da percepção de função social da propriedade, reconhecida nas garantias fundamentais da Constituição Federativa do Brasil.

> Nas condições da vida humana, neste mundo que Kant chamava fenomenal, a propriedade, isto é, o complexo de coisas corpóreas susceptíveis de apropriação, representa um papel necessário. A subsistência do homem, a cultura e o engrandecimento de suas faculdades mentais, a educação e o desenvolvimento dos germes que a mão da Providência depositou em seu coração, dependem essencialmente das riquezas materiais (PEREIRA, 1943).

O art. 1.228 do Código Civil não define o que é propriedade, mas enuncia os poderes do proprietário:

> O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que a injustamente a possua ou detenha.

A propriedade privada, para Haroldo Fazano (2003), pressupõe assenhoramento de um bem com exclusão de qualquer outro sujeito. É então o domínio, nomenclatura dada ao direito de propriedade que recai sobre coisa corpórea, expressão oriunda de *domare,* que significa sujeitar ou dominar, correspondendo à idéia de senhor ou *dominus* (GONÇALVES, 2008).

[99] LESSIG, p. XIV. "Uma cultura livre apóia e protege os criadores e inovadores. Ela faz isso diretamente garantindo direitos sobre a propriedade intelectual. Mas ela o faz também indiretamente limitando o alcance de tais direitos, garantindo que os futuros criadores e inovadores mantenham-se o mais livre possível dos controles do passado. Uma cultura livre não é uma cultura sem propriedade, da mesma forma que um mercado livre não é um mercado aonde tudo é liberado. O oposto de uma cultura livre é uma "cultura da permissão" — uma cultura na qual os criadores podem criar apenas com a permissão dos poderosos ou dos criadores do passado".

Portanto, o proprietário tem, sob o auspício dos limites constitucionais trazidos pelo Estado Democrático de Direito brasileiro e das limitações impostas no interesse público, o direito de utilizá-la da maneira que entender, também de perceber seus frutos naturais e civis e aproveitá-los economicamente, de transferir a coisa, de gravá-la de ônus ou aliená-la a outrem, como também de reivindicá-la das mãos de quem injustamente a possua ou detenha, por meio da ação reivindicatória.

Sob o império da Constituição de Weimar passou-se a admitir que a garantia do direito de propriedade deveria abranger não só a propriedade sobre bens móveis ou imóveis, mas também os demais valores patrimoniais, incluídas aqui as diversas situações de índole patrimonial, decorrentes de relações de direito privado ou não (MENDES, 2009). Tal mudança trouxe a observância, válida no ordenamento constitucional brasileiro, de que a proteção constitucional não deve ser restrita à propriedade privada, mas estendida a todas as outras relações de cunho patrimonial. Desta forma argumenta Celso Bastos (1989:118-119):

> O conceito constitucional de propriedade é mais lato do que aquele de que se serve o direito privado. É que do ponto de vista da Lei Maior tornou-se necessário estender a mesma proteção, que, no início, só se conferia à relação do homem com as coisas, à titularidade da exploração de inventos e criações artísticas de obras literárias e até mesmo a direitos em geral que hoje não o são à medida que haja uma devida indenização de sua expressão econômica.

Desta forma, a Constituição Federativa do Brasil reconhece o Direito da Propriedade Intelectual em sede de direitos e garantias fundamentais. Afirma em seu artigo 5º, XXVII, que aos autores é assegurado o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar. No mais, garante 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 (5º, XXIX).

A propriedade intelectual é o instituto que trata da proteção concedida a todas as criações resultantes do espírito humano, seja de caráter científico, industrial, literário ou artístico. Nas palavras de CARVALHO (2009:20), trata-se de um "conjunto de princípios e normas que regulam a aquisição, o uso e a perda de direitos e de interesses sobre os ativos intangíveis diferenciadores que serão suscetíveis de utilização na produção e circulação de bens e serviços". Sua sistemática está baseada na legislação e doutrina internacional, se divide em dois grandes ramos: a propriedade industrial e o direito autoral.

> [...] correntemente, a noção de Propriedade Intelectual como a de um capítulo do Direito, altissimamente internacionalizado, compreendendo o campo da Propriedade Industrial, os direitos autorais e outros direitos sobre bens imateriais de vários gêneros (BARBOSA, 2003:01).

A propriedade industrial abarca mecanismos como as patentes, os desenhos industriais, as marcas, as indicações geográficas, cultivares (Lei 9.279/96). Por sua vez, o direito autoral tutela os direitos dos autores, direitos conexos, topografia de circuito integrado e programas de computador (Lei 9.609/98; Lei 9.610/98).

> A propriedade intelectual torna-se, por vezes, matéria tormentosa quando perdemos de vista o real significado de sua função na vida econômica, elemento basilar que impulsiona sua criação e atualização normativa. Quando pensamos na atividade econômica estamos englobando todo o mecanismo em operação, desde a esfera da produção até a da comercialização dos bens. As criações intelectuais serão utilizadas em cada uma dessas etapas, desempenhando funções diferenciadas, tendo em vista as necessidades do sistema econômico. [...] Assim é que, as criações intelectuais destinadas a promover a eficiência na etapa da produção enquadram-se, do ponto de vista da propriedade intelectual, nos institutos

> jurídicos das patentes e modelo de utilidade e as destinadas à etapa da comercialização, nos institutos das marcas, do desenho industrial e do direito autoral (ou o "direito de cópia" – copyright de origem anglo-saxônica) (EMERICK, 2004:25-26)

Uma vez reconhecidos os direitos de propriedade intelectual, torna-se exclusiva a oportunidade de explorar economicamente a criação. Esta proteção conferida em benefício da retribuição monetária da atividade intelectual realizada pelo criador é limitada no tempo.

No que se refere ao Direito Autoral, este abarca os direitos dos autores sobre suas obras, bem como os direitos conexos a estes, garantindo direitos patrimoniais e direitos morais.

A obra intelectual é o objeto de tutela do Direito Autoral, definida no artigo 7º da Lei 9610 como "criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro", e exemplificadamente listadas nos incisos que seguem a definição. Quando as idéias se materializam em forma de expressão ao mundo exterior, tem-se a obra intelectual; enquanto isto não ocorrer, serão consideradas apenas idéias, que não são passíveis de proteção. Sobre isso, João Henrique da Costa Fragoso discorre (2009:112)

> Não existe obra que não se materialize, não há modo de expressão que não se revele em uma forma que por qualquer meio seja dada a conhecer, esteja ou não fixada num suporte material. As idéias como tais, enquanto não expressadas sob um determinado modo denunciando uma atividade intelectual e/ou afetiva específica, que, superficialmente, para efeitos de elaboração, chamamos de criação, não são protegidas.

Para ser objeto de tutela do Direito Autoral a obra deve ainda responder a dois requisitos, o de originalidade e novidade. É original a obra que foi criada pelo autor, fruto de seu próprio exercício mental, o que não quer dizer que se atente apenas para o caráter de originalidade da idéia, e sim da forma como ela é expressa. Quanto à novidade, esta é analisada de forma subjetiva, atrelada a análise quanto ao requisito supracitado, uma vez que o "novo" se liga não a novidade temática, exercício difícil na era da informação, e sim ao modo de exteriorização deste tema. Georg Lukács *apud* João Henrique da Costa Fragoso (2009:117), define o artista original:

> [...] é original o artista que consegue captar em seu justo conteúdo, em sua justa direção, em suas justas proporções, o que surge de substancialmente novo em sua época, o artista que é capaz de elaborar uma forma organicamente adequada ao novo conteúdo e por ele gerada como forma nova.

Há características intrínsecas ao Direito de Autor que os distinguem dos demais direitos privados. Carlos Alberto Bittar (2008:11) as define de forma sistemática, a saber: dualidades de aspectos em sua cunhagem, que, embora separáveis para efeito de circulação jurídica, são incindíveis por natureza e por definição; perenidade e inalienabilidade dos direitos decorrentes do vínculo pessoal do autor com a obra, de que decorre a impossibilidade de transferência plena a terceiros, mesmo que o queira o criador; exclusividade do autor, pelo prazo definido em lei, para a exploração econômica da obra; limitação dos negócios jurídicos celebrados para a utilização econômica da obra; interpretação estrita das convenções firmadas pelo autor.

Quanto aos direitos de cunho moral do autor, estes são perpétuos, sobrevivendo ao próprio autor, sem limitação no tempo, e extinguindo-se apenas com a morte deste, são também inalienáveis, não podendo ser objetos de cessão, são irrenunciáveis, imprescritíveis e impenhoráveis. Já os direitos patrimoniais de autor, assentam-se nas já mencionadas faculdades de usar, fruir e dispor da obra, pelo prazo estabelecido na Lei autoral 9.610, art. 41, que concede duração, em regra, de setenta anos contados de 1° de janeiro do ano subseqüente ao falecimento do autor, obedecida a ordem sucessória da lei civil.

Portanto, na aplicação e interpretação do Direito Autoral deve atentar-se ao máximo o quanto de patrimonialidade e o quanto dos aspectos morais do direito encontram-se envolvidos nas questões

(FRAGOSO, 2009). Ressalta-se o não enquadramento de tal ramo do Direito no rol dos direitos reais – de que se revestem apenas os direitos denominados patrimoniais – nem à dos direitos pessoais, em que se alojam os direitos morais, constituindo, portanto, nova modalidade de direitos privados (BITTAR, 2008:11).

Sobre esta questão ressalta Cámara Águila *apud* Helenara Avancini (2005:383):

> En efecto, desde la concepción dualista resulta justificado que las facultades (o derechos) morales y patrimoniales reciban un tratamiento jurídico desigual. A pesar de su interrelación, los intereses personales y patrimoniales representan dos objetivos diferentes que persigue la Ley: El primero, proteger a la persona del autor a través de su obra; el segundo, procurarle um provecho patrimonial. Por eso, en las legislaciones que responden a uma concepción dualista, las facultades que integran el llamado derecho moral tienen como características el ser inalienables, irrenunciables, e incluso algunas de ellas perpetuas. En cambio, las facultades patrimoniales se encuentran limitadas en el tiempo y pueden ser transmitidas por el autor.

Por conseguinte, estas duas formas de propriedades, a privada e a intelectual, não devem interpretadas e aplicadas de forma igual. Isto porque, igualando os direitos provenientes das duas, estar-se-ia enfraquecendo a oportunidade de novos criadores avançarem na criação (LESSIG, 2004:106), bem como oferecer à sociedade a oportunidade de acessar os bens culturais.

Logo, é imprescindível ao intérprete observar as possíveis colisões de direitos fundamentais, reconhecidos pela Carta Magna de 1988, com os direitos reconhecidos aos titulares da propriedade intelectual. Há a previsão do direito exclusivo do autor de utilizar, publicar ou reproduzir a sua obra, no artigo 5º, XXVII que contrasta com o direito fundamental de acesso à informação e à cultura, presentes nos artigo 5º, IX e artigo 215:

> IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
> 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.

Assim, especifica-se a seguir duas importantes diferenças entre a propriedade intelectual e a privada – a temporalidade e a transmissão dos direitos.

Para a propriedade intelectual, diferentemente da propriedade privada, que protege bens materiais, vigora o chamado princípio da temporalidade, onde no Direito Autoral, aplica-se aos direitos patrimoniais do autor:

> Diferentemente das demais formas de propriedade, o direito autoral garante ao criador da obra um uso e gozo limitados no tempo. E, como qualquer propriedade, prevê também direitos de transmissão *mortis causa* ou *inter vivos* e o respectivo exercício por parte de herdeiros e sucessores, em parte como garantidos ao criador intelectual da obra. O fundamento da temporariedade está baseado no direito que possui a sociedade ao retorno, à devolução, de tudo o que dela o próprio autor extraiu para criar sua obra, porque fruto de seu meio e de sua história. Essa solidariedade, então, garante por determinado tempo a exclusividade ao autor no uso e gozo da obra criada, para depois, com a queda em domínio público, ser repartida e aproveitada por todos aqueles que compõem o meio social, como mola propulsora da cultura. (ABRÃO, 2002:36)

Como já fora citado, a lei n˚ 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, em seu artigo 41, versa que, os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subseqüente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil.

A propriedade privada possui caráter perpétuo, não havendo, em decorrência dessa característica, um prazo ou outro limite, se não o motivado por interesse público, que retire do titular da propriedade os direitos supra citados. Percebe-se na análise do instituto da desapropriação o interesse público predominando sobre o privado:

> A desapropriação é um ato do poder público, fundado em lei, por força do qual se retira total ou parcialmente um direito ou um bem inerente ao patrimônio individual em benefício de um empreendimento público. Em substância, é uma transformação dos direitos privados no interesse público, sob o princípio fundamental de estar o interesse do indivíduo subordinado ao interesse da coletividade (LOPES, 1960:376).

Quando motivado pelo interesse público, ou em casos previstos no artigo 5º, XXIV, o Estado poderá dispor desta propriedade, mediante prévia e justa indenização. Ponto de divergência com a propriedade intelectual, uma vez que se constata a existência de dois períodos distintos de vida para as criações intelectuais, assim definidos por Carlos Alberto Bittar (2008:104): o do monopólio do autor, regido por seus interesses, e o do uso comum, suscetível de aproveitamento, inclusive econômico, por qualquer membro da coletividade.

É pelo cunho social (e por que não econômico?) das obras intelectuais, diferentemente da propriedade privada, que estas cedem à ação do tempo quanto ao seu aspecto patrimonial. No caso da propriedade privada, o titular de direitos receberá indenização do Estado, ou seja, uma quantia em que pese cobrir não só o valor real e atual dos bens expropriados, como também os danos emergentes e os lucros cessantes do proprietário, decorrentes do despojamento do seu patrimônio, incluída a correção monetária. No que tange à transmissão de direitos de cunho intelectuais de cunho patrimonial, há limitação temporal, que contrasta com o caráter de perpetuidade do outro, chamados direitos morais do autor.

Quando na exegese da norma o intérprete analisa a propriedade (intelectual) do direito autoral na mesma base de fundamentação da propriedade privada, ele iguala o que é essencialmente diferente. A própria Constituição Federal confere distintividade aos institutos, como visto na definição do prazo dos direitos patrimoniais. Uma tem caráter perpétuo, a outra tem data para cair em domínio público. Há um afã em proteger o instrumento (propriedade intelectual) que tutela o valor da criatividade, que se descuida deste para se fixar no instrumento (LESSIG, 2004:18).

O endurecimento do acesso às obras autorais, o aumento do prazo de proteção das obras (o próprio prazo é longo) e as tipificações civis e penais são exemplos de como o Direito Autoral vem privilegiando determinada classe em detrimento da criatividade.

> [...] a função da lei é cada vez menos apoiar a criatividade e cada vez mais proteger certas indústrias da competição. Justo quando a tecnologia digital poderia oferecer uma extraordinária gama de criatividade comercial ou não, a lei impossibilita tal criatividade com regras insanamente complexas e vagas e com a ameaça de penalidades obscenamente severas (LESSIG, 2004:19).

Um novo olhar ao Direito Autoral a partir dos princípios e direitos fundamentais é imprescindível para que criadores sejam contemplados com a cultura livre[100]Ao interferir numa relação originalmente privada, o Estado – na formulação, interpretação e aplicação da lei autoral – estará avançando no sentido de dispensar tratamento diferente para institutos diferentes.

Por conseguinte, percebe-se que a análise da propriedade privada e intelectual não pode ser feita na mesma linha de interpretação pela disparidade da essência de cada uma delas.

2. O Avanço Tecnológico, Acesso à Cultura e o Papel da Função Social do Direito Autoral

[100] Culturas livres são culturas que deixam uma grande parcela de si aberta para outros poderem trabalhar em cima; conteúdo controlado, ou que exige permissão, representa muito menos da cultura. A nossa cultura era uma cultura livre, mas está ficando cada vez menos livre. (LESSIG, 2004:28)

Com o *boom* da tecnologia, traduzido pela facilidade de acesso à informação em tempo real do mundo por meio da internet que há apenas trinta anos (PECK, 2007) não passava de um projeto, vêm desencadeando polêmicas discussões em matéria de propriedade intelectual.

As tecnologias de compartilhamento de informações, internet, programas de computador, entre outros, faz com que o acesso à informação seja facilitado. Por outro lado, a era das facilidades de acesso à cultura e invenções vem sofrendo, paradoxalmente, limitações no que tange ao reforço a proteção intelectual, ou mesmo no modo como os Tribunais vêm julgando casos como estes.

Na tentativa de frear os impactos da era da informação, os grandes produtores reagem ao novo modo de utilização, disponibilização e distribuição dos direitos de autor, criando dificuldades de acesso aos bens culturais. De um lado o direito de proteção às criações, e de outro, o direito de acesso à cultura, informação e educação.

O que se observa é o paradoxo: chegaremos a reduzir a propriedade intelectual nos termos da propriedade privada ou buscaremos formas alternativas de solucionar o problema? Ronaldo Lemos pondera:

> Como exemplo dessa abordagem metodológica, tome-se o direito da propriedade intelectual. Este é posto em xeque, por exemplo, quando se considera, do ponto de vista da realidade de nossos dias, a proteção a outros interesses, tais como a privacidade, a garantia da existência de espaços públicos (*commons*) na rede, a liberdade de expressão e a livre concorrência. Cada um desses interesses demanda formas de proteção jurídica não raramente conflitantes com as tradicionais instituições da propriedade intelectual, vinculadas a feixes de interesses sociais distintos. Um incremento excessivo quanto aos mecanismos de proteção a ela concedidos traz conseqüências diretas a outros valores jurídicos (s/d:12).

Como assevera Ascensão (2010:18), "o direito autoral é protegido porque e enquanto contribui para o progresso social, uma vez que nenhum instituto é consagrado se dele não derivar vantagem social".

Para falar de expansão cultural é necessário entender qual a conotação do emprego da palavra "cultura" nesta discussão, que se estreita na verdade com a própria definição antropológica de cultura, como tudo que caracteriza uma população humana ou como um conjunto de modos de ser, viver, pensar e falar de cada formação social (SANTOS, 2001). Traduz-se como todo o conhecimento que uma sociedade produz e as formas de expressão que utiliza para externá-los através, neste contexto, de livros, objetos, e práticas artísticas. Na verdade o acesso a cultura aqui tratado ramifica-se em acesso à educação, informação, ciência e arte, frutos das obras autorais.

A cultura também pode ser observada, e é o que aqui se busca, pelo viés de acesso democratizado a ela, garantido pelo próprio texto constitucional como patrimônio cultural as criações científicas, artísticas e tecnológicas:

> Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:
> I - as formas de expressão;
> II - os modos de criar, fazer e viver;
> III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
> IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
> V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Para dar embasamento, justo é a discussão da função social do direito autoral, buscando-se alavancar os argumentos em prol do acesso cultural e da forma que o sistema de proteção de direitos autorias agrega valores sociais, éticos e culturais trazidos pela Constituição de 1988. Assim, ponderar

sobre a necessidade contemporânea de acesso ao conhecimento, essencial para o desenvolvimento da sociedade.

Isto porque, como observa Marcos Wachowicz (2010), incentivar, através do endurecimento da lei, a exclusão tecnológica, pode proporcionar a homogenização dos padrões de cultura.

A função social do direito autoral pode ser inicialmente interpretada a partir das "limitações ao direito de autor", consagradas no art.46 da Lei Autoral[101], que traduzem o rol das possibilidades de utilização da obra sem autorização do criador. Abre-se então a discussão a respeito da teoria do *fair use*, desenvolvida pela jurisprudência ianque, ou do "uso justo", que possibilita uma nova dimensão ao rol de direitos inicialmente direcionados a tutela do interesse privado. Eduardo Salles Pimenta define como fim primeiro da função social nos direitos autorais manter o equilíbrio individual do ser e o seu equilíbrio das relações em sociedade, através da eticidade, operalidade e sociabilidade.

> Por tal princípio, os bens intelectuais não representam um privilégio absoluto de seus criadores, garantindo-se certos direitos de uso por todos, circunscritos a certas circunstâncias, de modo a permitir, antes de mais nada, a sua livre circulação, visando o bem comum como uma questão maior, de interesse público (FRAGOSO, 2009:307)

Em prol do interesse público, materializado pela necessidade de universalização do conhecimento, a função social do direito autoral quer permitir o acesso as obras intelectuais de modo a não violar os direitos dos autores. Discute-se a função social em matéria de propriedade intelectual como cerne de proteção aos direitos fundamentais assegurados pelo texto constitucional, em prol da interpretação da norma em benefício do coletivo. Diz Ascensão (2010:19) que o direito de função social "deve ser exercido de maneira que a vantagem pessoal se combine com a social".

A livre utilização conferida pelas "limitações ao direito de autor", garante o acesso à cultura, informação, educação, contrários a lógica do individualismo e liberalismo da antiguidade que conferia, segundo, Ascensão (2007:86), a conceituação de direito de autor como propriedade real, levando a uma contínua erosão da consciência dos limites do direito.

Esta nova conotação dada a propriedade intelectual enseja grande paradoxo proveniente do capital intelectual, onde há um choque entre a "propriedade", vista como objeto do capitalismo, mercadoria de valor, e o "bem cultural", que representa a liberdade de acesso. Através da socialização da propriedade, Aires J. Rover observa:

> Estas transformações provocadas pela revolução tecnológica, aliadas às próprias características da informação, põem em discussão um dos principais objetivos da Propriedade Intelectual: o equilíbrio entre os interesses particulares dos produtores e o interesse público da sociedade. A Propriedade Intelectual sempre esteve apoiada na ideia de que aquele que

[101] Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: I - a reprodução: a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos; b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza; c) 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; d) 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; II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro; III - a citação em livros, jornais, revistas 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; IV - o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou; V - 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; VI - 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;
VII - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa; 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.

> cria uma obra deve receber um retorno sobre o seu esforço e dedicação, como incentivo para novas criações e a manutenção do desenvolvimento intelectual. Em contrapartida existe o interesse de que este conhecimento produzido seja divulgado e atinja o maior número de pessoas possíveis, garantindo-se assim que a sociedade se atualize.

A necessidade de ponderação dos efeitos sociais da proteção intelectual, direcionada aqui para a vertente do Direito Autoral, tem como cerne a expansão cultural.

> A questão se funda, não mais, na própria forma como o Direito é imposto ou garantido pelo Estado. Se, de um lado, a defesa dos direitos dos autores e demais titulares é legítima, também o é a reclamação com a desenfreada busca dos lucros que envolvem a exploração das criações intelectuais por parte de grandes corporações, forçando a um cerceamento cada vez maior das utilizações justas e uma cada vez maior limitação do próprio direito à informação e à livre circulação das idéias, contrariando elevados princípios de interesse público (FRAGOSO, 2009).

Sob a ótica humanista, o direito autoral vem sendo questionado quanto ao reforço que lhe foi garantido na ótica histórica das limitações aos direitos de autor. José Carlos Costa Neto (2008) faz esta análise no que se refere ao tempo e espaço, e inclui a relação de modificação entre estes.

Observa que no regime legal anterior (de 01/01/1974 a 20/6/1998, data de promulgação da Lei autoral vigente), como forma de exemplificação, ainda era permitido a reprodução de qualquer obra intelectual em um só exemplar, que não se destinasse a utilização com o intuito de lucro. Atualmente, há previsão legal autorizando somente a reprodução, em um só exemplar, de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro. Observa-se que hoje se tem acesso às máquinas reprográficas e meios digitais de reprodução de textos e imagens de modo globalizado: a lei endurece com a evolução tecnológica.

3. A Constitucionalização dos Direitos Privados e os Direitos Autorais

A promulgação da Carta Constitucional de 1988 concebeu a estruturação de um sistema jurídico aberto[102], com posição hierárquica superior da Constituição. Assim, há nova percepção sobre o Direito Privado, uma vez que o próprio texto constitucional consagra relações consideradas outrora essencialmente privadas.

Os direitos fundamentais foram decisivos para esta percepção. Isto porque estes "[...] são realidades históricas, que resultam de lutas e batalhas travadas no tempo, em prol da afirmação da dignidade humana. [...] É natural, portanto, que as mutações políticas, sociais e culturais que se desenrolam na sociedade moldem a forma com que estes direitos são encarados" (SARMENTO, 2004:18).

A importância da incidência dos princípios constitucionais para o ordenamento privado consiste no fato daqueles agregarem constantemente influxos de valores sociais neste, "imprimindo-lhe feições inteiramente novas" (SARMENTO, 2004:88).

Todavia, nem sempre foi assim. O Código napoleônico, fruto da revolução de 1789, através de sua concepção sobre a propriedade, reservando-a de qualquer ingerência do poder público em suas relações, formulada da burguesia para a burguesia, retrata a influência que o código sofreu de concepções individualistas e voluntaristas liberais do século XIX. O patrimônio era valor individual a ser tutelado, e essa visão foi absorvida pelo Código Civil brasileiro de 1916. O direito privado era voltado somente à legislação civil, externando suas características intrínsecas de despreocupação com as relações humanas alheias às relações patrimoniais.

Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2009:46)

[102] "Ao invés de um ordenamento descentrado e fragmentado, tem-se um sistema aberto, em cujo vértice localiza-se a Constituição. A unidade do ordenamento, não apenas no sentido lógico-formal, mas também no substantivo, fica recomposta, pois a Constituição costura e alicerça todo o manancial de normas editadas pelo nada parcimonioso legislador contemporâneo". (SARMENTO, 2004:98).

> O direito civil aspirava ao aniquilamento dos privilégios feudais, defendendo os valores preconizados pela Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade). Reconhecia-se a necessidade de afirmar valores individualistas, permitindo o acesso a bens de consumo, conferindo a legislação privada nítida feição patrimonialista.

Com a influência do Código francês e alemão, a autonomia da vontade e a liberdade contratual ensejavam a essência principiológica dos contratos e das relações privadas como um todo. Não deveria o Estado interferir nestas, uma vez que "o princípio da autonomia da vontade se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses, mediante acordo de vontade" (GONÇALVES, 009:20).

As constituições sociais ofereceram outra visão na exegese do Direito Privado. A publicização do Direito Civil fez com que princípios como a supremacia da ordem pública, a revisibilidade dos contratos, a função social do contrato e a boa-fé objetiva modificassem as relações contratuais, dando-lhes um caráter mais humano (igualmente acontece com a propriedade).

> É importante "estimular a aplicação dos princípios constitucionais sobre as relações privadas, como meio não apenas de afirmação da normatividade da Lei Maior, mas, sobretudo como forma de humanização do Direito Privado, que só terá a ganhar com esta ligação mais íntima e estreita com a Constituição e com seus valores sociais" (SARMENTO, 2004:106).

Desta forma, os direitos fundamentais e as normas programáticas foram (e são) essenciais na constitucionalização dos Direitos Privados, uma vez que este fenômeno não está restrito ao acolhimento dos objetos versados pelo Código Civil.

> O fenômeno é muito mais amplo [...] propriedade, posse, contrato, empresa e família são exemplos de institutos centrais do Direito Privado, que terão que ser redefinidos para se harmonizarem com os princípios solidarísticos inscritos na Constituição. E não apenas as normas especificamente relacionadas às relações privadas hão de comparecer nesta reconstrução conceitual do Direito Privado. Nela terão papel essencial os direitos fundamentais, portadores dos valores mais relevantes da ordem constitucional, além das grandes diretrizes políticas do estado, consagradas nas normas programáticas (SARMENTO, 2004:99).

Na propriedade intelectual não é diferente. Ao discorrer sobre os Direitos Autorais, indicou-se que este é formado por direitos patrimoniais e direitos morais, aqueles, por essência, privados. É o músico compondo a canção e sendo retribuído pela execução da obra nas rádios. É o pintor expondo seu quadro nos Museus. É o autor de novela escrevendo a saga de seus personagens. São todas relações privadas, mas "incidem sobre o campo social, enriquecem o patrimônio científico, fecundando-o a cada dia" (BASSO, 2000:23). Logo, apesar da propriedade intelectual se referir eminentemente a direitos individuais, há uma feição pública que será afetada pela perspectiva constitucional, pois, "a primazia axiológica dos princípios e o efeito irradiante que lhes é inerente permitem que eles penetrem no Direito Privado, impondo mudanças ou novas exegeses dos seus institutos tradicionais" (SARMENTO, 2004:88).

O acesso às obras autorais não pode ser freado por conta do avanço tecnológico porque este é inevitável e desejável. A interpretação das cláusulas autorais, em especial quanto à codificação de ilícitos civis e penais, deve ser baseada no direito fundamental de expressão cultural.

A evolução cultural, em todas as suas conotações, não pode ser freada por questões eminentemente comerciais e individuais. É imprescindível a ponderação dos direitos ditos em conflito. É preciso interpretar em bases principiológicas fundamentais constitucionais.

> A constitucionalização do Direito Privado não significa apenas o deslocamento geográfico do seu centro. Mais do que isso: trata-se de um processo que importa em modificações substantivas relevantes na forma

> de se conceber e encarar os principais conceitos e instituições sobre as quais se funda este ramo do saber jurídico. No caso brasileiro, esta transformação é profunda e sem precedentes, diante do caráter radicalmente inovador e das características singulares da ordem constitucional instaurada em 1988 (SARMENTO, 2004:107).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constituição Federal de 1988 ofereceu uma nova reflexão sobre o direito privado através da aplicação dos princípios constitucionais. Isto foi fruto, inicialmente, de sua posição hierárquica, na consagração dos direitos fundamentais, no papel dos princípios na exegese dos direitos privados e, conseqüentemente, na sua aplicação na sociedade.

A função social do direito autoral faz parte das novas diretrizes trazidas pela constitucionalização do Direito Privado, tendo nos direitos fundamentais reconhecidos pela Carta Magna brasileira seu assentamento, através da dignidade da pessoa humana, do direito de acesso à cultura, à informação e à educação. Ao mesmo tempo em que se vive na era da informação, o direito fundamental de acesso à cultura continua contrastando com o direito de autor, e a reação dos titulares é centralizar a informação, monopolizando-a, relembrando os aspectos de propriedade privada. Portanto, a ponderação dos efeitos sociais da proteção intelectual, direcionada aqui para a vertente do Direito Autoral, tem que ser realizada em vista da expansão cultural.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **O direito autoral numa perspectiva de reforma.** *In:* Estudos de direito do autor e a revisão da lei dos direitos autorais. Marcos Wachowicz, Manoel Joaquim Pereira dos Santos (organizadores). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. Disponível em: http://www.direitoautoral.ufsc.br/gedai/wp-content/uploads/livros/GedaiUFSC_LivroEstudosDirAutor_vfinal.pdf

AVANCINI, Helenara Braga. **O direito moral depois da morte do autor: uma abordagem comparativa com a legislação latino-americana**. *In:* Luiz Gonzaga Silva Adolfo e Marcos Wachowicz. Direito da Propriedade Intelectual – Estudos em Homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2005.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à Propriedade Intelectual.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

BASSO, Maristela. **O direito internacional da propriedade intelectual.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro**. Comentários à Constituição do Brasil**, São Paulo: Saraiva, 1989, v.2,

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 4ª ed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

CARVALHO, Nuno Pires de. **A estrutura dos sistemas de patentes e de marcas: passado, presente e futuro**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

COSTA NETTO, José Carlos. **Direito Autoral no Brasil** / José Carlos Costa Netto. – 2. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo : FTD, 2008.

EMERICK, Maria Celeste. **Gestão tecnológica como instrumento para a promoção do desenvolvimento econômico-social: uma proposta para a FIOCRUZ**. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz, 2004. Dissertação de Mestrado.

FARIAS, Cristiano Chaves, ROSENVALD, Nelson**. Direito Civil – Teoria Geral.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

FAZANO, Haroldo Guilherme Vieira. **Da propriedade Horizontal e Vertical**. : CS Ed., - Campinas : Lex Editora : 2003.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral: Da Antiguidade à Internet**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais.** São Paulo: Saraiva, 2009.

LESSIG, Lawrence (2004). **Cultura livre: como a mídia usa a tecnologia e a lei para barrar a criação cultural e controlar a criatividade.**
LEMOS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura.** Disponível em: http://www.overmundo.com.br
LOPES, Serpa. **Curso de direito civil; direito das coisas**, Rio de Janeiro, 1960, v. VI, n. 376
MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco - 4ª ed. ver. e atual – São Paulo : Saraiva, 2009.
PECK, Patrícia. **Direito Digital –** 2. ed. ver. Atual e ampl – São Paulo : Saraiva, 2007.
PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das Coisas.** 5ª ed., Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1943, Vol.
ROVER, Aires J. **Propriedade vs. bem cultural: os paradoxos da proteção à propriedade intelectual**. Disponível em: http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/27623/27181.
SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
WACHOWICZ, Marcos. I**ndústrias criativas e diversidade cultural na sociedade da informação**. 2010. Disponível em: http://www.direitoautoral.ufsc.br/gedai/?p=57.

4.2.2 O Direito de Autor a partir dos Princípios Constitucionais de Acesso à Cultura, à Educação e ao Conhecimento

Grace Kellen de Freitas Pellegrini[*]
Felipe da Veiga Dias [**]

RESUMO
O estudo visa estabelecer um paralelo entre os direitos de autor e os princípios constitucionais de acesso à informação, à cultura e ao conhecimento. Afinal, a partir de 1988 todas as normas infraconstitucionais devem atender aos fins previstos no texto máximo, sob pena de se tornarem inconstitucionais e serem excluídas do ordenamento jurídico brasileiro. Presentes todos esses argumentos, conclui-se que o direito autoral não pode ser visto como outrora, apenas como meio protetivo do direito do autor em relação a sua obra. Deve ser visto, por conseguinte, consoante os novos preceitos constitucionais, principalmente o da função social da propriedade, como meio efetivo para ampliar o acesso à educação e à cultura. O estudo é de natureza bibliográfica, baseado na utilização de documentação indireta, por meio de revisão de reflexões jurisprudenciais e doutrinárias, como livros, revistas especializadas sobre a temática, periódicos jurisprudenciais, etc. O método de abordagem no desenvolvimento da pesquisa a ser utilizado será o dedutivo, fundamentado na leitura de doutrinadores e de julgamentos dos tribunais pátrios. Por fim, os procedimentos utilizados serão o analítico e o histórico, isto é, analisar-se-á o direito de autor, a partir de sua evolução legislativa, demonstrando qual a melhor interpretação para os dispositivos vigentes que tratam do assunto, visto que o ordenamento jurídico perpassa por significativas mudanças.

PALAVRAS CHAVES: DIREITO DE AUTOR; CONSTITUIÇÃO FEDERAL; PRINCÍPIOS.

ABSTRACT

The study aims to establish a parallel between copyright and the constitutional principles of access to information, culture and knowledge. After all, since 1988 all standards under the Constitution must meet the purposes specified in the text up, otherwise it would become unconstitutional and must be excluded from the Brazilian legal system. Present all these arguments, we conclude that copyright can not be seen as before, only half as protective of the copyright for their work. Should be viewed therefore as the new constitutional provisions, particularly the social function of property, as effective means to expand access to education and culture. The study is a bibliographical nature, based on the use of indirect documentation through review of case law and doctrinal considerations, such as books, specialized magazines in the subject, case law journals, etc.. The method of approach in the development of research to be used shall be the deductive, based on the reading of scholars and judgements of the courts patriotic. Finally, the procedures used are the analytical and historical, that is, it will examine the copyright, from his legislative developments, showing that the best interpretation for existing devices that address the topic, since the ordering Legal permeates through significant changes.

KEYWORDS: COPYRIGHT; DIREITO DE AUTOR; FEDERAL CONSTITUTION; CONSTITUIÇÃO FEDERAL; PRINCIPLES; PRINCÍPIOS.

INTRODUÇÃO

[*] Graduanda em Direito. Integrante do Grupo de Estudos Direito de Autor, coordenado pelo Prof. Pós-Doutor Jorge Renato dos Reis. Participante do projeto de pesquisa "O direito de autor no constitucionalismo contemporâneo: um estudo comparado Brasil x Uruguai" (CNPQ). E-mail: gracekellen@yahoo.com.br.
[**] Especialista em Direitos Fundamentais e Constitucionalização do Direito – PUC/RS. Mestrando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Integrante do Grupo de Estudos Intersecções Jurídicas entre o Público e Privado, Integrante do Grupo de Estudos Direito de Autor, coordenados pelo Prof. Pós-Doutor Jorge Renato dos Reis. Participante do projeto de pesquisa "O direito de autor no constitucionalismo contemporâneo: um estudo comparado Brasil x Uruguai" (CNPQ). Bolsista CAPES. Advogado. E-mail: felipevdias@gmail.com.

Antes de adentrar no tema cabe tecer alguns apontamentos históricos que servirão de base para o desenvolvimento do estudo e conseqüentemente de marco introdutório. Pode-se afirmar que na antiguidade a autoria era desconhecida. Com a evolução, o máximo que se chegou foi a celebração dos autores que recitavam ou cantavam as histórias, como, por exemplo, Homero com a Ilíada e a Odisséia. Na Grécia, começou a se considerar a autoria, porém, não como direito de autor e, sim, com o reconhecimento dos talentos dos escritores. Os plagiadores recebiam as sanções morais da sociedade, pois eram excluídos dos meios intelectuais. Em Roma o direito autoral ganhou conotação jurídica.[103]

Assim, mesmo que os gregos e romanos sejam responsáveis pelo surgimento de diversas formas artísticas e culturais, não previam meios para proteger a obra intelectual.[104]

Na Idade Média, a Igreja passou a se ocupar com a produção intelectual, monopolizando as obras escritas e suas cópias, o que agravou a "desculturação da Europa". Tal contexto somente foi modificado com a chegada dos mouros à Península Ibérica.[105]

O direito de autor passou por uma revolução no século XV, com a criação da imprensa e tipografia, já que as obras passaram a estar disponíveis de maneira mais ampla. Assim, é neste momento histórico que surgem os primeiros privilégios, que foram concedidos aos livreiros e editores.[106]

As classes dominantes da época, igreja e monarquia, sentiram certo temor, pois as obras escritas, antes de difícil acesso em razão do tempo despendido para sua criação e do alto custo, passam a ser, com o invento de Gutemberg, popularizado. Com isso, o controle sobre as informações passava a ficar prejudicado.[107]

Os privilégios nascem a partir dos clamores sociais. Os livreiros, com o fim de impedir a concorrência desleal e o plágio, exigiram proteção de seus direitos. De outra banda, os autores também não estavam satisfeitos com os valores pagos pelos editores. Assim, e por conta de tais animosidades, surgiram as primeiras proteções. Logo, percebe-se que o início de proteção do direito de autor é de cunho político e econômico. No século seguinte se exige dos livreiros, licenças para a publicação de certos livros e autorização do autor para a publicação da obra.[108]

Devido ao aumento da indústria editorial e a insatisfação dos autores, o sistema de censura legal foi enfraquecido, e com ela, o sistema monopolista. Assim, mediante este cenário, os livreiros passaram a exigir direitos, não para si, mas para os autores. Destarte, em 1710, foi editado o Estatuto da Rainha Ana, que permitia o direito de cópia dos editores pelo prazo de vinte e um anos. O texto legislativo foi considerado um marco, pois passou a regulamentar de maneira genérica e ampla os direitos de edição.[109]

Em 1886, com o fito de regular os direitos autorais, líderes de diversos países se reuniram em Berna, na Suíça, e fixaram as primeiras linhas protetivas do direito de autor, culminando na Convenção de Berna, base legal para diversos textos legislativos nacionais sobre o assunto.[110]

Branco Júnior refere que o mais impressionante é que

> a Convenção de Berna continua, mais de 110 anos após sua celebração, a servir de matriz para a confecção de leis nacionais (dentre as quais a brasileira) que irão, dentro do âmbito de seus Estados signatários, regular a matéria atinente aos direitos autorais. Inclusive no que diz respeito a obras disponíveis na *internet*.[111]

No Brasil, a história legislativa concernente ao direito de autor pode ser dividida em três períodos. Na primeira fase, de 1827 até 1916, destaca-se uma lei de 11 de agosto de 1827, que instituiu os cursos de ciências jurídicas e sociais em Olinda e em São Paulo, que permitia aos autores dos

[103] BARROS, Carla Eugênia Caldas. *Manual de direito da propriedade intelectual*. Aracaju: Evocati, 2007, p. 467.
[104] BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 11.
[105] BARROS, Carla Eugênia Caldas. *Manual de direito da propriedade intelectual*. Aracaju: Evocati, 2007, p. 468.
[106] BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 13.
[107] COSTA NETTO, José Carlos. *Direito Autoral no Brasil*. São Paulo: FTD, 1998. p. 31.
[108] BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 15.
[109] COSTA NETTO, José Carlos. *Direito Autoral no Brasil*. São Paulo: FTD, 1998. p. 32.
[110] BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 18
[111] BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 19.

compêndios lecionados em tais cursos o privilégio exclusivo da obra pelo prazo de dez anos.[112] O Código Criminal de 1830, que previa o crime de violação de direitos autorais. E a primeira lei que tratou especificadamente do tema, a Lei nº 496/1898, conhecida como Medeiros e Albuquerque.

A citada lei teve tempo de duração curto, já que com a entrada em vigor do Código Civil de 1916, a lei foi revogada, e a legislação civilista passou a regular a matéria, é neste período que nasce a segunda fase, que iniciou em 1916 e perdurou a 1973. O autor afirma que desde a entrada em vigor da Lei nº 496/1898 até 1973, surgiram no país diversos textos legislativos que trataram do direito autoral, como, por exemplo, o Decreto 5.790/1924, o Decreto 5.492/1928, o Decreto-lei 21.111/1932.[113]

A lei 5.988, de 14 de dezembro de 1973, regulou o direito de autor de maneira abrangente até 1998, quando entrou em vigor a Lei nº 9.610, sendo este a última fase mencionada pelo autor supracitado.[114]

1. O Direito de Autor no Brasil

Consoante abordado na introdução, o direito de autor, atualmente, está protegido no ordenamento jurídico interno pela Constituição Federal e pela Lei nº 9.610/98. Com efeito, nota-se a preocupação do legislador acerca da proteção dispensada para o autor e sua obra, em especial os dispositivos da Lei de Direitos Autorais. Entretanto, com o fito de equilibrar o interesse individual do autor e o interesse coletivo a própria lei estabelece limitações. Branco Júnior afirma que "as limitações aos direitos autorais são autorizações legais para o uso de obras de terceiros, protegidas por direitos autorais, independentemente de autorização dos detentores de tais direitos".[115]

Logo, frisa-se que a LDA prevê limitações ao direito de autor e indica em quais casos pode ser utilizada a obra sem a necessidade de prévia consulta ou manifestação do criador. Nessa esteira, o art. 46 da LDA enumera vários casos que não configuram lesão aos direitos do autor.[116] Como a reprodução, na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos, ou, em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza.[117]

---

[112] BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 19.
[113] BITTAR, Carlos Alberto. *Contornos atuais do direito de autor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 96.
[114] CABRAL, Plínio. *A nova lei dos direitos autorais:* comentários. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998. p. 27.
[115] BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direito autorais na internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 65.
[116] Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:
I - a reprodução:
a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos;
b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza;
c) 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;
d) 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;
II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro;
III - a citação em livros, jornais, revistas 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;
IV - o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou;
V - 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;
VI - 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;
VII - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa;
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.
[117] Há um interesse geral de que o cidadão tenha acesso às informações sobre os acontecimentos do dia. Resguardada a privacidade da pessoa, a imprensa tem por função noticiar e informar sobre os fatos do lugar, da cidade, do país e do mundo. [...] Da mesma forma, o que acontece em público pode ser noticiado. Discursos realizados em lugar público de qualquer natureza, ainda que 'obra' intelectuais, podem ser reproduzidos pela imprensa. O determinante é o caráter informativo. HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de Propriedade Intelectual*. 3. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2002. p. 97.

Também se enquadra entre esses casos 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, ou, ainda, 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.

Da mesma forma, não é considerada afronta 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. Dentre as exceções ao direito de autor é a que traz mais polêmica, pois diminui o acesso à obra em relação à antiga lei de direitos autorais. Enquanto esta última trazia a possibilidade de reprodução de um exemplar da obra, contanto que este não se destinasse à utilização com intuito de lucro (art. 49, II da Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973), a Lei nº 9.610/98 limita consideravelmente essa situação, pois possibilita a reprodução de apenas alguns trechos da obra.

Essa redação, porém, poderia ser mais esclarecedora, pois não define o que seria "pequenos trechos", o que vem a causar dificuldades para a doutrina e para a jurisprudência.[118]

Outrossim, também não representa violação ao direito autoral a citação em livros, jornais, revistas 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, bem como 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.

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 também é permitido, nos termos da Lei.[119]

Também não ferem o direito autoral 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; e a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa, "sempre se entendeu, e a lei o diz agora expressamente, que é lícito reproduzir obra protegida quando se necessita fazer prova em juízo ou processo administrativo".[120]

Acrescente-se, ainda, que a LDA autoriza 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, sem que tal ato constitua agressão ao direito do autor.

Ademais, os arts. 47 e 48 da LDA permitem o uso livre das paráfrases e paródias, desde que não sejam verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito. Também serão representadas livremente as obras situadas permanentemente em logradouros públicos, por meio de pinturas, desenhos, fotografias e procedimentos audiovisuais.[121]

---

[118] O art. 49, II da lei n. 5.988/73 falava de reprodução, em um só exemplar, de qualquer obra, contanto que não se destinasse à utilização com intuito de lucro. Quando essa exceção foi permitida, entendia-se que o autor não sofreria qualquer prejuízo com o fato de alguém, interessado, por exemplo, em uma música, fosse à biblioteca e copiasse a partitura. Aos poucos, o modo de copiar foi se ampliando sem que com isso se tornasse prejuízo para o autor. Assim se tolerava também que um pequeno conjunto musical fizesse meia dúzia de cópias para o seu conjunto, valendo-se dos seus primitivos sistemas de copiar (gelatinas, mimeógrafo...). O aparecimento de meios modernos de reprodução mudou fundamentalmente a questão. Já não se pode dizer que os autores não sofrem prejuízos com a cópia particular feita por gravador de som e imagem, acessíveis a qualquer pessoa de classe não muito pobre. HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de Propriedade Intelectual*. 3. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2002. p. 111.

[119] Todo professor quer que seus alunos desenvolvam a capacidade de sintetizar, de resumir o que ele apresenta em suas preleções. Por isso parece supérfluo o que aqui se diz. O que, no entanto, tem sentido é a segunda parte desse inciso, que afirma ao professor o seu direito autoral sobre suas preleções. Não podem seus discípulos reproduzi-las com intuito comercial. Este problema é tão velho como o das nossas faculdades de direito. Porque, já em 1830, os professores universitários conseguiram que suas preleções fossem protegidas contra qualquer reprodução por um período de dez anos. É bom lembrar que, na época, o Brasil não conhecia qualquer direito de autor. HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de Propriedade Intelectual*. 3. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2002. p. 100-101.

[120] HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de Propriedade Intelectual*. 3. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2002. p. 102.

[121] São livres, pois, paráfrases, paródias, adaptações e outras transformações, nas condições que a lei prescreve e que, basicamente, referem-se ao respeito da obra originária, da sua integridade e da honra do autor, que não pode ser ridicularizado. O art. 48, por fim, permite a livre reprodução, por qualquer meio, de obras de arte que estejam em logradouros públicos, com uma

Dessa maneira, nota-se que a LDA ampara o direito de autor e para isso utiliza-se de limitações, denominadas de "autorizações legais",[122] consoante já mencionado, pois permitem o uso da obra por terceiro, sem necessidade do consentimento do criador.[123]

Percebe-se, assim, que o legislador ao proteger em demasia o direito do autor e de sua obra, acabou por "ferir" o equilíbrio existente entre o direito individual do autor e os direitos coletivos, contrariando, deste modo, garantias constitucionais e, por conseqüência, a função do direito autoral.

A perspectiva acerca dos direitos autorais sofreu profundas modificações, não devendo ser visto como outrora e, sim, como meio garantidor do desenvolvimento social, tecnológico e cultural. Destarte, faz-se necessário analisar o direito de autor no constitucionalismo contemporâneo, tecendo qual a melhor forma interpretativa deste direito no nosso ordenamento jurídico.

2. O Direito de Autor No Constitucionalismo Contemporâneo

A Constituição como meio imperativo de consecução de direitos passíveis de tutela jurídica demorou a se firmar nos ordenamentos jurídicos.[124] Na atualidade, a tarefa do texto constitucional se amplia e traz uma nova concepção que expande as tarefas, reconhece a força normativa do texto maior e permeia de valores e princípios todos os ramos do direito, denominado por juristas como sendo neoconstitucionalismo.[125]

Destarte e a partir desses parâmetros, o sistema legislativo brasileiro passou por significativas mudanças a partir de 1988, já que os princípios constitucionais introduziram no ordenamento jurídico uma releitura dos dispositivos vigentes. Esse processo é denominado pela doutrina de constitucionalização do direito privado.[126]

Dentre as novidades da Constituição de 1988, destacam-se os direitos fundamentais, pois ao texto máximo foi incorporado direitos individuais, políticos, socais, difusos e coletivos, todos elevados à condição de cláusula pétrea, isto é, imunes à tentativas de ação do legislador.[127]

O princípio da função social da propriedade já estava previsto na Constituição Federal de 1946, mas é com o advento da Constituição de 1988, que tal princípio torna-se direito fundamental, previsto no capítulo dos direitos e garantias fundamentais.[128]

Cabe frisar que existem interpretações equivocadas acerca da função social da propriedade, já que alguns doutrinadores entendem que se trata de limitação à propriedade. Contudo, as limitações são impostas ao exercício do direito; em contrapartida, a função social nasce com o direito, e deve ser vista como parte da propriedade.[129]

Desta feita, pode-se afirmar que todas as limitações presentes no direito autoral estão inseridas na função social da propriedade. Contudo, o inverso não ocorre, já que para garantir a funcionalidade do direito de autor, pode haver imposições ao direito de autor não previstas na LDA. Nesse sentido, Carboni explica:

> normalmente, confunde-se a regulamentação da função social do direito de autor com as limitações exceções ditadas em lei. Entendemos, porém, que tais limitações e exceções não são suficientes para resolver os conflitos

única ressalva: devem estar ali de forma permanente e não ocasional ou transitória. Com isto a lei fecha o capítulo referente às limitações dos direitos do autor. CABRAL, Plínio. *A nova lei dos direitos autorais:* comentários. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998. p. 128.

[122] BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direito autorais na internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 47.

[123] Para melhor compreensão do tema, Branco Júnior explica que o legislador utilizou como critério limitativo o uso não comercial. Todavia, além desse critério, pode-se mencionar que a "lei valoriza o uso com caráter informativo, educacional e social". O art. 46, I, 'a', III e VI, são exemplos de situações limitadoras do direito da obra pelo autor, baseado no caráter informativo. Já os incisos V e VIII, tem como critério o uso não comercial da obra. O inciso I, 'b', traz um exemplo em que a obra poderá ser utilizada em prol do interesse público, social. BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direito autorais na internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 66-67.

[124] SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 50.

[125] SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 56.

[126] REIS, Jorge Renato dos. A construção do direito privado e o novo código civil. In: LEAL, Rogério Leal (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas:* desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2003. p. 786.

[127] SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 85.

[128] CARBONI, Guilherme. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 139.

[129] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 284-285.

> entre o direito individual do autor e o interesse público à livre utilização de obras intelectuais.[130]

Ademais, o princípio da função social é de aplicabilidade imediata e modifica a própria estrutura do direito de propriedade. Logo, para que se possa atingir a funcionalidade do direito autoral é necessário que seja visto conforme os interesses sociais. Assim, cabe salientar que as limitações impostas pela Lei de Direitos Autorais são insuficientes para realização deste fim. Por isso, a partir da entrada em vigor da Constituição de 1988 e com o fenômeno de constitucionalização do direito privado, tornou-se imperioso que se recorra aos preceitos constitucionais para solução de conflitos surgidos.

Com efeito, como fundamento legal para uso da obras do autor não cabe apenas as formas previstas na LDA como limitações ao direito autoral, pois, torna-se impossível estabelecer nestes dispositivos todas as hipóteses do dia-a-dia. Desta feita, para que o sistema autoral tenha um funcionamento adequado será necessário fundamentar o direito da função social da propriedade.

3. O Direito de Autor a Partir dos Princípios Constitucionais de Acesso à Cultura, à Educação e ao Conhecimento

Como referido anteriormente, o direito de autor não pode ser visto de maneira estática, apenas com a interpretação literal da lei. Será necessária a leitura integrada dos direitos autorais com os princípios de acesso à cultura, à educação e ao conhecimento, presentes no art. 5º, XIV, e 215, da Constituição Federal.

Ante o exposto existe uma necessidade premente que o direito autoral, uma das espécies da propriedade intelectual, seja vista em consonância com os novos preceitos constitucionais, haja vista que por força do princípio da constitucionalidade, todas as normas devem estar relacionadas com a Constituição. Desta feita, permite-se afirmar que a Constituição Federal passou a ser o centro das relações privadas, devendo ser vista como instrumento unificador do ordenamento civil.[131] Assim,

> a constitucionalização do Direito Privado não significa apenas o deslocamento geográfico do seu centro. Mais do que isso, trata-se de um processo que importa em modificações substantivas relevantes na forma de se conceber e encarar os principais conceitos e instituições sobre os quais se funda este ramo do saber jurídico. No caso brasileiro, esta transformação é profunda e sem precedentes, diante do caráter radicalmente inovador e das características singulares da ordem constitucional instaurada em 1988.[132]

Destarte, cabe à propriedade intelectual, mais precisamente ao direito de autor, o cumprimento de sua função social,[133] estabelecida na Constituição Federal, permitindo um maior acesso da sociedade à informação, à cultura e à educação propiciada pela obra intelectual.

Ademais, o art. 1.228 do Código Civil, prevê que "o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais", perdendo o seu caráter de uso exclusivo pelo proprietário. Tal procedimento se estende ao direito de autor.

Não bastasse isso, o art. 205[134] dispõe que a educação é um direito de todos e um dever do Estado e da família e o art. 215[135] estabelece que o Estado garantirá o acesso à cultura. Assim, percebe-se que o autor deve exercer seus direitos, patrimoniais e morais, com observância nesses dispositivos constitucionais.

---

[130] CARBONI, Guilherme. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 97.

[131] SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 75.

[132] SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 83-84.

[133] CARBONI, Guilherme. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 97.

[134] 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.

[135] 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.

Presentes todos esses argumentos, nota-se que o direito autoral não pode ser visto como outrora, apenas como meio protetivo do direito do autor em relação a sua obra. Deve ser visto, por conseguinte, consoante os novos preceitos constitucionais, principalmente o da função social da propriedade, como meio efetivo para ampliar o acesso à educação e à cultura. Acerca do tema, Reis explica:

> portanto, o viés individualista que historicamente marcou o Direito de Autor, onde se destacam os aspectos patrimonial e moral do autor, deve ser adequado a nova realidade social e jurídica do País, onde se exige de todos os institutos jurídicos, muito em especialmente dos institutos privados, uma funcionalidade social, no caso do Direito de Autor, de forma que atenda aos direitos fundamentais da sociedade à educação, à cultura e à informação, com uma maior possibilidade de acesso às obras.[136]

Com efeito, conclui-se que o direito autoral sofre dois tipos de limitações, as que estão previstas na LDA, e aquelas fundadas na interpretação integrativa e teleológica do sistema legislativo brasileiro, que permite o atendimento a um dos princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, que é a função social da propriedade, permitindo um maior acesso da sociedade à informação, à cultura e à educação propiciada pela obra intelectual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito de autor, assim como os demais institutos de direito privado, nasce e deve funcionar, atualmente, estreitamente ligado à Constituição e seus princípios constitucionais, fato este decorrente, especialmente, do fenômeno da constitucionalização do direito privado e consequente aproximação das esferas do direito público e direito privado.

Assim, o individualismo que sempre esteve presente no direito de autor, com o excesso de proteção do autor e de sua obra, não cabe mais com os atuais ditames presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Desta feita, é urgente a releitura dos institutos de direito privado à luz dos dispositivos constitucionais, principalmente com funcionalização destes institutos, em especial no direito autoral, objeto de estudo do presente trabalho, percebe-se que o Direito de Autor, além da sua função de incentivo à criação, possui, também, atualmente, outras funções, que devem atender a fins mais sociais do que exclusivamente individuais.

Logo, o direito de autoral deverá atender o atual contexto constitucional influenciado pelos princípios Constitucionais. Somente assim, poderá ser visto em consonância com os direitos fundamentais coletivos de acesso à informação, à cultura e à educação, como forma de promoção do desenvolvimento econômico, tecnológico e cultural da sociedade como um todo, funcionalizando o direito de autor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Carla Eugênia Caldas. *Manual de direito da propriedade intelectual*. Aracaju: Evocati, 2007

BITTAR, Carlos Alberto. *Contornos atuais do direito de autor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Direito do autor*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CABRAL, Plínio. *A Nova Lei dos Direitos Autorais: comentários*. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 1998.

CARBONI, Guilherme. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2006

HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de Propriedade Intelectual*. 3. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

REIS, Jorge Renato dos. A construção do direito privado e o novo código civil. In: LEAL, Rogério Leal (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas:* desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2003

[136] REIS, Jorge Renato dos. O direito de autor no constitucionalismo contemporâneo: considerações acerca de sua função social. In: ADOLFO, L. G. S.; MORAES, R. (Coord.). *Propriedade intelectual em perspectiva*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 159.

REIS, Jorge Renato dos. O direito de autor no constitucionalismo contemporâneo: considerações acerca de sua função social. In: ADOLFO, L. G. S.; MORAES, R. (Coord.). *Propriedade intelectual em perspectiva*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008
SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

4.2.3 Direito de Autor e Políticas Públicas: entre a Proteção e o Crescimento Social Brasileiro

Felipe da Veiga Dias[*]
Grace Kellen de Freitas Pellegrini[**]

RESUMO

Na perspectiva de uma sociedade moderna e complexa, onde ocorrem fenômenos como a globalização e a invasão constitucional, as modificações ocorridas no mundo do Direito nos últimos tempos, alteraram não somente a perspectiva jurídica, mas também outros campos sociais (economia, política, etc.). A partir dessa combinação, têm-se a conexão entre o pensamento em prol da constitucionalização do direito privado, mais precisamente na figura do direito autoral e sua função social, juntamente as políticas públicas. Traçam-se as concepções básicas acerca do direito autoral, bem como se discute as questões que cercam essa espécie jurídica contemporânea, como a influência do mercado e das grandes corporações sobre os interesses do Estado. Ao mesmo tempo em que se faz uma análise das políticas públicas no Brasil, sua evolução a partir do final da década de oitenta e a modificação, pela influência do texto constitucional e dos ideais democráticos inseridos nos últimos tempos. Assim, tendo uma visão constitucional, associada as políticas públicas para o desenvolvimento social, apresenta-se uma solução ao excesso de proteção do direito do autor no Brasil, por meio de ferramentas jurídicas (constitucionais), para com isso facilitar a efetivação de direitos como a cultura, educação e informação, por meio das políticas públicas, as quais buscam um maior desenvolvimento social.

PALAVRAS CHAVES: CONSTITUCIONALIZAÇÃO, DIREITO PRIVADO, DIREITO AUTORAL E POLÍTICAS PÚBLICAS.

ABSTRACT.

From the perspective of a modern and complex society, where there are phenomena such as globalization and the invasion constitutional changes in the world of law in recent times, have changed not only the legal perspective, but also other social fields (economy, politics, etc.). From this mix, have a connection between the thinking in favor of private law constitutionalization, more precisely in the shape of copyright and its social function, together public policies. Traced those basic conceptions about the copyright, as well as discussing the issues surrounding that kind contemporary legal, as the influence of market and large corporations over the interests of the state. While it makes an analysis of public policies in Brazil, its evolution from the late eighties and modification, the influence of the Constitution and the democratic ideals embedded in recent times. Thus, having a constitutional vision associated public policies for social development, it presents a solution to the excessive protection of copyright in Brazil, through legal tools (constitutional), to facilitate the realization of rights as culture, education and information, through public policies, which seek a bigger social development.

KEYWORDS: CONSTITUCIONALIZAÇÃO; CONSTITUTIONALIZATION, DIREITO PRIVADO; PRIVATE LAW, DIREITO AUTORAL; COPYRIGHT, POLÍTICAS PÚBLICAS; PUBLIC POLICY.

INTRODUÇÃO

No contexto social contemporâneo, altamente complexo, vislumbra-se um retrato humano ávido por informação, pois diante da necessidade de conhecimento, o desejo por comunicar-se da maneira mais profunda possível, resulta em uma velocidade social assombrosa. Isso significa que o

[*] Advogado, Pós-graduado em Direitos Fundamentais e Constitucionalização do Direito PUC-RS, Mestrando em Direito UNISC, integrante do grupo de pesquisa Direito de autor. – felipevdias@gmail.com.
[**] Graduada em Direito UNISC, integrante do grupo de pesquisa Direito de autor - gracef@mx2.unisc.br.

homem não deseja somente suprir suas necessidades básicas e adquirir bens de consumo, mas ele quer deter o "saber" inteligível, ou seja, conhecer muito e o mais rapidamente possível.

Dentro desse contexto social mutável, encontram-se problemáticas concernentes ao conhecimento, mais especificamente, os seus detentores, já que a capacidade intelectiva humana é capaz de produzir novas "coisas", tangíveis ou intangíveis, como, por exemplo, obras artísticas, musicais e literárias. Dito isso, presume-se que o Direito se ocupa das questões relativas a fatos atentatórios a essa espécie de produção, visto haver como mensurar economicamente os resultados, esses seres humanos pensadores precisam de resguardo de suas capacidades, sob pena de frear o desenvolvimento intelectivo.

A proteção ofertada a essas pessoas e suas obras, por meio do direito autoral, a partir da carta constituinte de 1988, constitui-se de traço marcante trazido por esta, possuindo agora em seu cerne o princípio da função social. Com outras palavras, obtendo com a Constituição, um maior destaque, tornou-se forçoso o incremento de sua proteção, devidamente orientada pela questão social.

Igualmente a outros direitos aplacados constitucionalmente, é necessário a criação e implementação de políticas publicas para efetivação da proteção do direito autoral. Porém esse fato pode contrastar com uma visão política inclusiva e facilitadora do acesso à cultura, educação e lazer. Portanto, o estudo acerca do caminho das políticas públicas relativas ao direito autoral, bem como a tendência jurídico-social adotada, são pertinentes, a fim de projetar as soluções aos conflitos existentes.

1. A Constitucionalização do Direito Privado e o Direito Autoral

O mundo jurídico brasileiro tomou o rumo constitucionalista *in concreto* com o advento da Constituição de 1988, essa afirmativa tem alguns referenciais, primeiramente quanto à órbita do Direito, as mudanças alastram-se até os dias de hoje, pois as bases principiológicas e os direitos contemplados em seu texto são capazes de resultar em alterações interpretativas, visando o modelo de Estado Democrático de Direito. Secundariamente é perceptível o papel adotado pelo Estado, no sentido de tentar efetivar as normas constitucionais, juntamente a visão mais humana trazida pela carta constituinte (dignidade humana, como fundamento da República), objetivando claramente a construção de uma sociedade mais equilibrada e menos desigual.

A perspectiva transformadora da nova fundamentação do ordenamento jurídico afetou todas as ramificações do Direito, com seu efeito irradiador, todavia, cada uma delas ofereceu mais ou menos resistência a essa carga valorativa. Especificamente concernente ao direito civilista, houve posições no sentido de proteger uma separação entre as órbitas constitucionais e privada (autonomia do sistema), porém tal argumentação não vingou contra os defensores de uma constitucionalização do direito privado[137].

Explicando-se a situação, devido ao texto constitucional ofertar papel de destaque aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais, vê-se um resgate do ideal valorativo integrador do Direito[138], ou seja, a Constituição traz um leque de opções visando proteger o cidadão e ao mesmo tempo aplacar essa influência valorativa a todos os campos. Por isso, existem normas de cunho civil ou penal, por exemplo, dentro do ordenamento constitucional. Juntamente a esse fundamento normativo, soma-se a hermenêutica constitucional, recolocando a interpretação no interior do Direito (visto que o

[137] REIS, Jorge Renato dos; WINCK, Enisa Eneida da Rosa Pritsch. O ressurgimento da fênix: o código civil constitucionalizado. In: REIS, Jorge Renato dos; GORCZEVSKI, Clovis (org.). **Direitos fundamentais conhecer para exercer, constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Norton, 2007. p. 27. "Como consectário, a Constituição Federal é uma fonte que exerce uma influência, 'tanto direta, através de normas operativas, quanto indireta', modificando o 'espírito informador do Direito', e mudando os princípios gerais. Sob esta égide, o Direito Privado atual adota uma permanente 'perspectiva constitucional', enquanto que a Constituição tem 'disposições de conteúdo civilista aplicáveis ao âmbito privado'". Em igual sentido tem-se a obra de SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p. 76.

[138] BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 28. "O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a separação dos Poderes e o Estado democrático de direito. Houve, ainda, princípios que se incorporaram mais recentemente ou, ao menos, passaram a ter uma nova dimensão, como o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da solidariedade e da reserva de justiça".

positivismo havia retirado-a anteriormente), para construção de novos entendimentos, a partir do prisma constitucional.

Diante dessa carga argumentativa, a constitucionalização do direito privado torna-se mais facilmente compreendida, remodelando a visão anterior de cunho liberal-individualista, para um enfoque humano-social. Cabe referir que esse novo enfoque constitucional resultou na relativização (ou o fim) da dicotomia do público e privado[139], pois as linhas demarcatórias desses espaços tornaram-se turvas, sendo impossível afirmar até onde abrangiria cada um dos institutos.

Partindo da ideia constitucionalizadora do direito privado, o direito autoral, igualmente a outros institutos, sofre alterações em sua formatação. As definições mais comuns dessa espécie apresentam a combinação entre a propriedade de ser o autor intelectual da obra (paternidade) e a possibilidade de auferir importância econômica nos limites legais[140]. Esses traços levam a constatação do plano patrimonial do direito associado ao aspecto moral do mesmo, denotando sua natureza complexa dentro do direito privado[141].

No entanto, a Constituição trouxe um elemento importante para o pensamento do direito de autor, mais precisamente a função social. Com a nova característica inserida à propriedade, tornou-se forçosa a aplicação dela no direito autoral, sendo que além de proteger o autor, esse mesmo direito deve atender a uma função social, para ser considerado constitucionalmente valido. A afirmativa representa uma troca de paradigma, do liberal para o social, ou seja, não basta somente o resguardo do indivíduo, mas há necessidade do pensamento no bem coletivo.

Ademais, a marca registrada das bases constitucionais é a ponderação de interesses, já que ao analisar-se a questão autoral, essa não se encontra desconectada do restante do ordenamento, tendo ela que contrapor-se a outras normas constitucionais que visam ao crescimento social, como por exemplo, os direitos de acesso à cultura e à educação. Isto posto, faz-se uso das palavras de Jorge Renato dos Reis[142], para corroborar tal posicionamento:

> Portanto, o viés individualista que historicamente marcou o Direito de Autor, onde se destacam os aspectos patrimonial e moral do autor, respectivamente na exploração econômica da obra e na proteção da personalidade de autor, deve ser adequado à nova realidade social e jurídica do País, onde se exige de todos os institutos jurídicos, muito especialmente dos institutos privados, uma funcionalidade social, no caso do Direito de Autor, de forma que atenda aos direitos fundamentais da sociedade à educação, à cultura e a informação, com uma maior possibilidade de acesso às obras.

Apesar de ser imperiosa a mudança no paradigma interpretativo do direito autoral, através da função social, tal fato não se concretiza no atual contexto sócio-jurídico, porque diante da antiga

---

[139] MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 115. "Ao contrário do que previu Hegel, o Estado não se impôs como totalidade ética sobre a fragmentação da sociedade civil. O fenômeno da publicização do privado é acompanhado por um processo de privatização do público, assinalando a relativização da dicotomia público/privado".

[140] BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 8. "Em breve noção, pode-se assentar que o Direito Privado que regula as relações jurídicas, advindas da criação e da utilização econômica de obras intelectuais estéticas e compreendidas na literatura nas artes e nas ciências. [...] As relações regidas por esse Direito nascem com a criação da obra exsurgindo , do próprio ato criador, direitos respeitantes à sua face pessoal (como os direitos de paternidade, de nominação, de integridade da obra) e, de outro lado, com sua comunicação ao público, os direitos patrimoniais (distribuídos em dois grupos de processos, a saber, os de representação e os de reprodução da obra, como, por exemplo, para as músicas, os direitos de fixação gráfica, de gravação, de inserção em fita, de inserção em filme, de execução e outros)".

[141] ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obras privadas benefícios coletivos**: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 103. "O Direito Autoral tem conteúdo de natureza diversa: moral e patrimonial. Seria mais exata a expressão 'prerrogativas'. Trata-se, desta forma, de possibilidades jurídicas que tem o criador da obra intelectual, decorrentes de sua titularidade sobre ela. Elas se mostram claramente sob dois aspectos: primeiramente, na ligação pessoal do autor , e num segundo plano no privilégio de utilização, o qual se denomina direito patrimonial do autor. Neste, o Direito Autoral tem sua faceta de propriedade mais claramente exposta, seguindo-se o princípio geral de que a utilização do bem – intelectual, no caso – sempre depende de autorização de seu titular. Naquele, embora a inexatidão da expressão 'diretos morais' para muitos [...], a conotação extrapatrimonial, tutelando-se a ligação pessoal do autor com sua criação".

142 REIS, Jorge Renato dos. O Direito de Autor no Constitucionalismo Contemporâneo: considerações acerca de sua função social. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo. (Org.). Propriedade Intelectual em Perspectiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 159.

estruturação do mercado econômico, ainda há o comportamento no sentido de assegurar privilégios as grandes corporações e poderosos detentores de direitos autorais. As críticas mais comuns quanto ao tema, dizem respeito ao objeto e período de duração da proteção, pois ambos vêm evoluindo na contramão da função social.

Assim, seja por estender o rol de direitos autorais abrangidos, com objetivos que se perdem diante do prejuízo dos entraves econômicos ou pelo alargamento dos prazos de utilização da obra antes que caía em domínio público, quaisquer dessas opções denotam um caminho contrário aos ensinamentos constitucionais (na direção de uma evolução coletiva).

Ainda acerca das críticas ao comportamento adotado em relação ao direito autoral, aponta-se a ausência de dispositivos que assegurassem a reprodução de obras para questões educacionais, visto que se precisa fomentar a aprendizagem e o acesso ao conhecimento para impulsionar o crescimento social[143]. Impossibilitando esse acesso, o Estado freia o seu desenvolvimento e não atinge a efetivação dos direitos à educação, à cultura e à informação.

Não se está pleiteando extremismos aqui, mas tão somente se deseja um balanceamento dos interesses públicos e privados, já que se está a defender inclusive uma utilização da proporcionalidade. Sendo assim, não se pode esquecer que esta se constitui na equiparação dos interesses envolvidos, impedindo excessos danosos, e conjuntamente vedando uma proteção insuficiente[144]. Sintetizando, ao usar-se a ideia de harmonização das relações interprivadas, não pode haver o benefício único da sociedade e tão pouco restar o autor da obra desprotegido, devendo-se sim buscar um ponto de equilíbrio, o qual parece mais próximo nos casos concretos do que nas legislações momentâneas.

2. Políticas Públicas Para o Desenvolvimento Social

Após colocar a fundamentação inicial, torna-se plausível a verificação do papel das políticas públicas, tendo em vista que a problemática sobre direito autoral, leva a reflexão acerca de quais os rumos a serem tomados pelo Estado, pois dependendo das posturas adotadas podem ser antagônicas (proteção autoral ou incentivo a outros direitos fundamentais). Contudo, faz-se valer uma explanação com relação às políticas publicas, a fim de fugir das generalizações, resultantes do senso comum.

A priori ao falar sobre políticas públicas frisa-se que não deve haver falsas demagogias acerca das influências ideológicas dos envolvidos no campo, já que inexiste um ator político neutro, bem como ao se analisarem as políticas públicas, não é coerente vê-las dissuadidas da realidade social, as quais elas estão inseridas, ou longe do prisma constitucional, sob pena de realizar constatações equivocadas e distantes da visão geral da sociedade brasileira[145].

De tal modo, a ótica direcionada as políticas públicas, na busca de uma análise séria, precisa desfazer-se de pré-conceitos, porque grande parte de seus críticos desconhece as suas características ou até mesmo a existência de etapas na sua efetivação. Conforme foi dito anteriormente, o texto constitucional trouxe grandes mudanças no Direito, mas também se pode dizer que o fenômeno democrático teve efeitos nas questões políticas. Motivando assim a reprodução do pensamento de

[143] EPPLE, Cristiane; RIBEIRO, Felipe Dias. A função social do direito de autor. In: REIS, Jorge Renato dos; GORCZEVSKI, Clovis (org.). **Constitucionalismo contemporâneo: debates acadêmicos**. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010. p. 127. "As principais críticas que se faz a esses dispositivos é que não há nenhuma referência à reprodução intelectual completa para fins educacionais, didáticos ou de pesquisa, o que seria imprescindível para o desenvolvimento cultural e científico, havendo autorização legal apenas para a reprodução de pequenos trechos, o que, na prática, vem sendo compreendido com um número de cópias não superior a 10% (dez por cento) do total da obra".

[144] Acerca do tema da proporcionalidade para além da ideia de proibição de excesso, mas também como proibição de proteção insuficiente há a obra do autor FELDENS, LUCIANO. **Direitos fundamentais e direito penal**: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

[145] SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. V. 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008. p. 2309 - 2310. "É preciso também evitar a falsa premissa da neutralidade. Reconhecendo que as inclinações ideológicas estão sempre presentes nas análises, explicita ou implicitamente, o analista habilita-se à vigilância epistemológica necessária para bem desenvolver sua investigação. A análise das políticas públicas não pode ser feita de forma fragmentada nem isolada da análise mais geral sobre os rumos do Estado e da sociedade. As políticas não são uma espécie de setor ou departamento com vida própria. Elas são o resultado da política, compreensíveis à luz das instituições e dos processos políticos, os quais estão intimamente ligados às questões mais gerais da sociedade. Entre as grandes questões que estão na agenda social e política de nossos dias destacam-se os temas do desenvolvimento e da inclusão social".

Marta Ferreira Santos Farah[146], a qual esclarece as modificações no campo, fruto do ideal democrático e constitucionalista:

> Assim, no final dos anos 80 e nos anos 90, as propostas redefiniram, sendo enfatizadas – além das teses de **descentralização** e de **participação** – a necessidade de estabelecimento de **prioridades de ação**; a busca de **novas formas de articulação com a sociedade civil e com o mercado**, envolvendo a participação de ONG, da comunidade organizada e do setor privado na provisão de serviços públicos; e a introdução de **novas formas de gestão** nas organizações estatais, de forma a dotá-las de maior agilidade, eficiência, e efetividade superando a rigidez derivada da burocratização de procedimentos e da hierarquização excessiva dos processos decisórios. (grifo do autor)

Verifica-se nas palavras da autora supramencionada a importância do pensamento democrático, acompanhado da Constituição, para alterar o panorama estatal no Brasil, tornando obsoleto os ideais puramente capitalistas e que colocavam o Estado em posição de "vilão" na regência do país. Os efeitos desse posicionamento quando refere-se às políticas públicas é largamente benéfico, pela aproximação entre os principais componentes de uma sociedade – o Estado, mercado e a comunidade – aumentando as possibilidades de eficácia e de pluralidade de ações, tanto do poder público, quanto da sociedade civil, na busca de uma maior equidade social[147].

Outrossim, ao não ver no Estado um ente a ser temido e sim um aliado, junto à sociedade civil e ao mercado, na construção de um país mais justo, segue-se a linha de pensamento do próprio texto constitucional, pois os direitos fundamentais não são usados apenas como defesa contra o poder estatal, mas de igual maneira são ferramentas na efetivação desses direitos, em uma perspectiva positiva ou ainda aludidos em sede de relações privadas. A pluralidade resultante dessa aproximação pode ser vislumbrada habitualmente, como os entes públicos não estatais (exemplo, são as faculdades comunitárias), os quais desempenham papéis eminentemente estatais, sem pertencerem a ele, e ao mesmo tempo auferem renda sem objetivar o lucro, ou seja, sem integrarem o sistema privado[148].

O protagonismo do Estado se mantém na implementação das políticas públicas e na efetivação dos direitos constitucionais, porém ela não é mais unitária, subdividindo-se suas responsabilidades com a sociedade civil, reforçando-se a ideia de comunidade[149] (poder local), para resolver determinadas questões. No tocante ao papel desenvolvido com relação ao mercado, também há uma postura diferenciada, pois o simples atender aos anseios do capitalismo de consumo, já não é suficiente, necessitando-se alcançar um crescimento econômico aliado ao bem estar social, em outras palavras, não basta desenvolvimento econômico se não existir semelhante contrapartida no sentido social.

Entretanto, para alcançar o desenvolvimento desejado e flagrantemente influenciado pelos ideais constitucionais, deveria haver uma continuidade nos rumos determinados, nesse ponto localiza-se o prisma da Constituição como um norte a ser seguido, além do campo jurídico. Por essa razão trabalha-se na direção de uma governabilidade constante (alterando a cultura política), independente

[146] FARAH, Marta Ferreira Santos. Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas no nível local de governo. RAP. **Revista Brasileira de Administração Pública**. Rio de Janeiro. v. 35. n. 1. 2001. [n.p.].

[147] ETZIONI, Amitai. **La tercera via hacia una buena sociedad.** Propuestas desde el comunitarismo. Madrid: Mínima Trotta, 2001. p. 17. "La buena sociedad es la que equilibra tres elementos que frecuentemente aparecen como incompatibles: el estado, el mercado y la comunidad. Ésta es la lógica que subyace en las afirmaciones anteriores. La buena sociedad no pretende eliminar estos elementos sino preservarlos adecuadamente nutridos, y restrictos".

[148] Aprofunda o tema do público não-estatal o artigo de SCHMIDT, João Pedro. O novo estado, o público não estatal e as instituições comunitárias. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos. V. 9. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009. p. 2784 - 2812.

[149] ETZIONI, Amitai. **La tercera via hacia una buena sociedad.** Propuestas desde el comunitarismo. Madrid: Mínima Trotta, 2001. p. 23. "Las comunidades son los principales entes sociales que alimentan las relaciones basadas en fines (Yo-Tú), mientras que el mercado es el reino de relaciones basadas en medios (Yo-cosas)".

das convicções ideológicas. “No Brasil, tem havido um esforço importante para reduzir a descontinuidade das políticas” [150].

A influência da Constituição, dos ideais democráticos, e as modificações na postura das políticas públicas por parte do Estado brasileiro, levam a abertura de diálogos acerca de questões controversas na sociedade contemporânea. Dentro dessa realidade insere-se a discussão sobre os direitos autorais no Brasil, bem como qual a postura a ser adotada pelo poder público e seus aliados.

Existe alto grau de complexidade nesse enfoque, já que a postura de grandes corporações no mercado é de puro lucro, sem qualquer preocupação com o desenvolvimento social, apenas assegurando obras e conhecimentos relevantes, freando o avanço em diversas áreas[151]. Contrapondo-se a interesses do Estado e da sociedade civil, por isso, faz jus, a intervenção do poder público nessas questões, para tentar realizar um balanceamento entre questões jurídicas, econômicas e sociais.

Demonstra-se que essa espécie de posição excessivamente capitalista e protecionista dos direitos autorais, tem vazão no âmbito internacional, de acordo com o pensamento de Ladislau Dowbor e Há-Joon Chang[152]:

> Uma leitura particularmente interessante sobre este tema é o livro de Chang, *Chutando a escada*, que mostra como os países hoje desenvolvidos se apropriam dos conhecimentos gerados em qualquer parte do mundo, por meio de cópia, roubo ou espionagem, sem se preocuparem, na época, com a propriedade intelectual. Utilizaram a escada para subir e agora a chutaram para o lado, impedindo outros de seguirem o seu caminho. O que seria do Japão, ou da Coréia, se tivessem sido obrigados a fechar os olhos sobre as inovações no resto do mundo, ou pagar todos os *royalties*? O livro de Chang é extremamente bem documentado, e mostra como, antes dos asiáticos, os Estados Unidos já adotaram as mesmas práticas, bem como a Inglaterra. O livre acesso dos países pobres ao conhecimento, condição essencial ao seu progresso e ao reequilíbrio planetário é hoje sistematicamente travado, quando deveria ser favorecido e subvencionado, para reduzir as tragédias sociais e ambientais que se avolumam.

Observa-se que embora o modelo de gestão brasileiro esteja mais adaptado a um desenvolvimento econômico, concomitante ao social, o enfretamento com o mercado nas questões de direito autoral são ainda engessadas por elementos escusos e ultrapassados. Juntamente a isso o comportamento do Poder Legislativo nacional, até pouco tempo, regulava-se nesse mesmo sentido, visto que tentava proteger o direito do autor, sendo tal prática louvável do ponto de vista da efetivação constitucional, porém pecando ao exceder-se nessa proteção, não deixando alternativas para a implementação de políticas públicas mais abrangentes no incentivo a outros direitos fundamentais.

No momento essa discussão da constitucionalização do direito autoral e sua função social, ainda não tiveram o destaque merecido nos meios de comunicação, todavia, o interesse acerca da questão cresce na medida em que facilitaria o atendimento do atual projeto da educação no Brasil, o qual visa atender a educação básica a todos[153]. Desse modo, quando a etapa inicial no planejamento for cumprida, provavelmente haverá um enfoque maior em outros pontos do projeto, mas seria por demais

---

[150] SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. V. 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008. p. 2312.

[151] DOWBOR, Ladislau. **Democracia econômica**: alternativas de gestão social. Petrópolis – Rio de Janeiro: Vozes, 2008. p. 95 – 96. “De certa maneira, temos aqui uma grande tensão, de uma sociedade que evolui para o conhecimento, mas regendo-se por leis da era industrial. O essencial aqui, é que o conhecimento é indefinidamente reproduzível e, portanto, só se transforma em valor monetário quando apropriado por alguém, e quando quem dele se apropria coloca em pedágio, “direitos”, para se ter acesso. Para os que tentam controlar o acesso ao conhecimento, este só tem valor ao se criar artificialmente, por meio de leis e repressão e não por mecanismos econômicos, a escassez. Por simples natureza técnica do processo, a aplicação à era do conhecimento das leis da reprodução da era industrial trava o acesso. Curiosamente, impedir a livre circulação de idéias e de criação artística tornou-se um fator, por parte das corporações, de pedidos de intervenção do Estado. Os mesmos interesses que levaram a corporação a globalizar o território para facilitar a circulação de bens, levam-na a fragmentar e a dificultar a circulação do conhecimento”.

[152] CHANG, Ha-Joon. Kicking away the ladder: development strategy in historical perspective. London: Anthem Press, 2002. Apud. DOWBOR, Ladislau. **Democracia econômica**: alternativas de gestão social. Petrópolis – Rio de Janeiro: Vozes, 2008. p. 104.

[153] BRASIL. **Objetivos de desenvolvimento do milênio** – relatório nacional de acompanhamento. Brasília: Ipea, 2010. p. 44 – 53.

proveitoso se tal discussão concretiza-se imediatamente, para com isso facilitar a conclusão da etapa inicial e fomentar uma próxima, já visando o estudo científico e aprofundado no Brasil, trilhando o caminho da efetivação dos direitos fundamentais a cultura, educação e informação.

Resumindo, as propostas de alteração dos rumos dados atualmente ao direito autoral no Brasil, passam por fases envolvendo não somente a órbita jurídica, por meio da modificação da Lei de direitos autorais (existe projeto em elaboração, inclusive com consultas populares), mas também as políticas públicas, porquanto através de normas de cunho geral, por exemplo, deixando aos magistrados a reflexão acerca dos valores envolvidos na questão (utilização da proporcionalidade) seria mais adequado a essa problemática (facilitação da hermenêutica constitucional)[154]. Por isso, partindo de uma alteração no plano jurídico, restará facilitada a tarefa do Estado e da sociedade civil, na efetivação de políticas públicas de acesso aos direitos fundamentais e a proporcionalização dos interesses envolvidos nos debates autorais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, verifica-se o poder modificativo da Constituição, a qual por meio de seus institutos, aliados ao ideal democrático e social, transformou os ramos do Direito, efetivando uma reinterpretação dos institutos jurídicos vigentes, para com isso adequarem-se a nova matriz orientadora. Não obstante, o fenômeno da constitucionalização reforçou a retomada de concepções importantes ao mundo do Direito, como a visão do jurista como interprete (resgate da hermenêutica) ou a reinserção de valores no âmago do pensamento jurídico.

Nessa seara revisional, encontra-se o movimento de constitucionalização do direito privado, juntamente com a relativização da dicotomia do público e privado, concretizando uma linha de pensamento diferenciada da antecessora, visto que deixava para trás o perfil individualista da esfera civil, para interpretá-la a partir de novos ideais constitucionais.

Na busca por um ordenamento privado, constitucionalmente orientado, e mais alinhado as questões sociais, fundou-se a linha de pensamento acima aludida, e, acompanhando tal ideal, abordou-se uma parte específica do direito privado, mais precisamente o direito autoral. Demonstrando-se o seu perfil atual, e suas peculiaridades (principalmente a sua função social), as quais em muito opõe-se, grande parte fruto da influência mercadológica, as convicções trazidas no texto constitucional.

Sendo assim, observa-se um exagero no protecionismo do direito autoral, mas não motivado pela ideia de defender os direitos fundamentais, conforme a Constituição, mas somente agradar o mercado e fugir das discussões acerca do tema. Pelo perfil protecionista adotado até agora, veda-se a possibilidade do próprio Estado, por meio das políticas públicas, buscar melhores resultados na efetivação dos direitos fundamentais, como a educação e cultura.

Assim, atam-se as mãos do poder público, o qual se modificou também influenciado pelos ideais democráticos e constitucionais, já que as políticas públicas no sentido de melhorar o desenvolvimento social, passam necessariamente pela facilitação do acesso ao conhecimento. Não somente na ótica dos direitos fundamentais a educação e cultura, mas igualmente no tocante a informação e no fomento as atividades de pesquisa acadêmica ou científica.

Contudo, vê-se na revisão do posicionamento em relação ao direito autoral (há um projeto de revisão da legislação brasileira), não uma possibilidade de lesão ao direito dos autores e suas obras, mas uma harmonização entre os extremos formados pelas legislações passadas e comportamentos por parte do Estado brasileiro. Resgatando no pensamento constitucional o prisma social, faltante na elaboração do raciocínio dessa problemática, tendo em vista que uma parte encontra-se correta, o direito do autor deve ser protegido, deve-se sim passar a próxima etapa o quanto ele precisa ser protegido para não afetar o desenvolvimento social. Isso posto, visualiza-se no julgamento dos casos concretos, onde os magistrados realizariam uma proporção entre os valores envolvidos, uma maior possibilidade de satisfação jurídica, sem causar tantos prejuízos, sejam eles econômicos ou sociais, e ao mesmo tempo oportunizariam a continuidade das políticas públicas para o desenvolvimento social.

[154] EPPLE, Cristiane; RIBEIRO, Felipe Dias. A função social do direito de autor. In: REIS, Jorge Renato dos; GORCZEVSKI, Clovis (org.). **Constitucionalismo contemporâneo: debates acadêmicos**. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010. p. 127. "Demais disso, as previsões de limitações são *numerus clausus*, ou seja, não admitem interpretação extensiva, o que contraria o princípio da função social do direito de autor. Tais limitações deveriam ser estabelecidas na forma de princípios gerais, que podem ser moldados pelo juiz no caso concreto, além de sobreviverem mais facilmente às mudanças sociais e tecnológicas".

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Obras privadas benefícios coletivos**: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BRASIL. **Objetivos de desenvolvimento do milênio** – relatório nacional de acompanhamento. Brasília: Ipea, 2010.

CHANG, Ha-Joon. Kicking away the ladder: development strategy in historical perspective. London: Anthem Press, 2002.

DOWBOR, Ladislau. **Democracia econômica**: alternativas de gestão social. Petrópolis – Rio de Janeiro: Vozes, 2008.

EPPLE, Cristiane; RIBEIRO, Felipe Dias. A função social do direito de autor. In: REIS, Jorge Renato dos; GORCZEVSKI, Clovis (org.). **Constitucionalismo contemporâneo: debates acadêmicos**. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010.

ETZIONI, Amitai. **La tercera via hacia una buena sociedad.** Propuestas desde el comunitarismo. Madrid: Mínima Trotta, 2001.

FARAH, Marta Ferreira Santos. Parcerias, novos arranjos institucionais e políticas públicas no nível local de governo. RAP. **Revista Brasileira de Administração Pública**. Rio de Janeiro. v. 35. n. 1. 2001.

FELDENS, LUCIANO. **Direitos fundamentais e direito penal**: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

REIS, Jorge Renato dos. O Direito de Autor no Constitucionalismo Contemporâneo: considerações acerca de sua função social. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo. (Org.). **Propriedade Intelectual em Perspectiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____; WINCK, Enisa Eneida da Rosa Pritsch. O ressurgimento da fênix: o código civil constitucionalizado. In: REIS, Jorge Renato dos; GORCZEVSKI, Clovis (org.). **Direitos fundamentais conhecer para exercer, constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Norton, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. V. 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

_____, O novo estado, o público não estatal e as instituições comunitárias. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos. V. 9. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009.

4.2.4 Direito Autoral em Tempos de Internet: a Busca por um Ponto de Equilíbrio entre acesso à Informação e o Direito à Propriedade

Neiva Cristina de Araujo[155]
Felipe da Veiga Dias[156]

RESUMO

Um novo horizonte jurídico apresentou-se com o advento da Constituição de 1988, as transformações no universo do Direito se prolongam no tempo e espaço, em um continuo aprendizado. A Constituição trouxe consigo grande carga valorativa (princípios constitucionais), bem como importantes direitos fundamentais, em uma visão jurídica humanista, a fim de fincar raízes de segurança na estruturação do país (Supremacia da Constituição). O fenômeno da constitucionalização do Direito irradiou-se sob toda a gama do ordenamento, incluindo-se o direito privado (outrora fechado em sua cidadela), trazendo nova roupagem a diversos institutos, dentre eles alguns clássicos como, por exemplo, a propriedade, tendo inserido em seu contexto a função social, juntamente a essas modificações se deu o final da dicotomia público/privada. Inserido no novo contexto constitucional, aliado a sociedade globalizada, de distribuição de informações latentes, em velocidades extraordinárias, encontra-se o direito autoral, o qual tem a difícil tarefa de balancear interesses conflitantes, tais como o direito a cultura, educação e informação, em contrapartida com os direitos de propriedade dos autores. Diante de tais problemas, a temática do direito autoral tem sua necessidade de discussão fundamentada, passando, segundo o entendimento a ser elucidado, a ver na abertura interpretativa constitucional, por meio dos princípios, a necessária possibilidade adaptativa (forte papel da hermenêutica), frente ao desafio imposto pelas novas tecnologias.

PALAVRAS-CHAVES: CONSTITUCIONALIZAÇÃO, PROPRIEDADE, DIREITO AUTORAL E INFORMAÇÃO.

ABSTRACT

A new legal horizon presented with the advent of the 1988 Constitution, changes in the universe of law extend through time and space, in a continuous learning. The Constitution has brought big load of values (constitutional principles), as well as important fundamental rights, with legal humanist vision in order to put down roots in the security structure of the country (Supremacy of the Constitution). The phenomenon of constitutionalization of law radiated under the full range of legal order, including private law (once closed in his city), bringing new life to several institutes, among them such classics as, for example, property, and inserted in its context the social function, along with these changes took place the end of the dichotomy public / private. Inserted in the new constitutional context, combined with globalized society, distribution of information latent in extraordinary speeds, is the copyright, which has the difficult task of balancing competing interests, such as the right to culture, education and information, in contrast with the property rights of authors. Given these problems, the issue of copyrights has its need for reasoned discussion, passing, as it is understood to be elucidated, watching the opening interpretive constitutional principles through the necessary adaptive possibility (strong role of hermeneutics), front the challenge posed by new technologies.

[155] Especialista em Direito Público pelo IDC. Mestranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Integrante do Grupo de Estudos Intersecções Jurídicas entre o Público e Privado, coordenado pelo Prof. Pós-Doutor Jorge Renato dos Reis. Participante do projeto de pesquisa "O direito de autor no constitucionalismo contemporâneo: um estudo comparado Brasil x Uruguai" (CNPQ). Bolsista BIPPS. Advogada. E-mail: neiva_araujo@yahoo.com.br.

[156] Especialista em Direitos Fundamentais e Constitucionalização do Direito – PUC/RS. Mestrando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Integrante do Grupo de Estudos Intersecções Jurídicas entre o Público e Privado, Integrante do Grupo de Estudos Direito de Autor, coordenados pelo Prof. Pós-Doutor Jorge Renato dos Reis. Participante do projeto de pesquisa "O direito de autor no constitucionalismo contemporâneo: um estudo comparado Brasil x Uruguai" (CNPQ). Bolsista CAPES. Advogado. E-mail: felipevdias@gmail.com.

KEYWORDS: CONSTITUCIONALIZAÇÃO; CONSTITUTIONALIZATION, PROPRIEDADE; PROPERTY, DIREITO AUTORAL; COPYRIGHT, INFORMAÇÃO; INFORMATION.

INTRODUÇÃO

As alterações trazidas pela Constituição Federal de 1988 são inúmeras e, ao presente artigo, cabe destacar que ela traz consigo a possibilidade de uma nova interpretação constitucional, a partir da qual os institutos passam a ser vistos sob a ótica dos princípios insculpidos no texto constitucional. Assim, a propriedade, antes vista como um bem absoluto, passa a sofrer relativização em razão de outros direitos fundamentais, a exemplo do acesso à informação.

Fato também é que cada vez mais tênues têm se mostrado os limites que, separam a esfera pública da esfera privada e isso traz implicações. Talvez uma que mereça aqui destaque seja a nova modalidade de interpretação, que abandona a lógica da técnica interpretativa da subsunção a fim de adotar uma técnica que leva em consideração um sistema composto por regras e princípios e, assim, passa a ponderá-los para que seja possível encontrar uma solução ao caso concreto analisado.

Ao presente trabalho cabe, então, realizar a análise dos conflitos hoje existentes envolvendo o direito de propriedade do autor e o direito que possibilita à população o acesso à informação. A presente análise será feita sob o prisma constitucional. Assim, em um primeiro momento, será traçado um panorama da Constituição Federal de 1988, em um segundo momento, serão feitas algumas ponderações acerca de elementos que envolvem o direito de propriedade e, consequentemente, o direito autoral; para, ao final do texto, ser possível verificar os pontos convergentes e os conflitantes entre ambos, e, assim, levar o leitor ao campo da hermenêutica, a fim de verificar a importância dos princípios constitucionais na resolução de conflitos.

1. Breves Ponderações Acerca da Constituição Federal de 1998

A Revolução Francesa não apenas marca o início do Estado Moderno, tal qual como o conhecemos hoje, mas também nos apresenta à ideia de gerações (mais tarde substituída pela concepção de dimensões) de direitos. O mundo mudou muito de lá para cá e no decorrer destas mudanças, o ano de 1789 trouxe e ainda traz implicações ao nosso cotidiano, a exemplo dos contratos que até pouco, no Brasil, continuavam a ter inspiração no Código Napoleônico. "A concepção jurídica instaurada pela Revolução de 1789 promoveu uma mudança estrutural tanto na ordem política com nas relações sociais. Não só o sistema político foi transformado, mas toda a arquitetura social foi redesenhada".[157]

A verdade é que ao longo dos anos, dissolve-se o conceito de que a Constituição é aplicada nas relações entre particular e Estado e que o Código se destina para as relações entre privados. A concepção clássica dos direitos fundamentais que tem início no Estado Liberal sofre evidente mutação ao longo da história. Finda a Segunda Guerra Mundial passa-se, então, a discutir quem são os destinatários dos direitos fundamentais, surge, então, no plano nacional os catálogos de direitos fundamentais expressados nas constituições e, no plano internacional, nasce a DUDH.

Ulysses Guimarães, em seu discurso de posse como Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, em 1987, disse: "Ecoam nesta sala as reivindicações das ruas. A Nação quer mudar, a Nação deve mudar, a Nação vai mudar". Hoje, passados mais de vinte anos, percebe-se que, muito embora diversas mudanças tenham ocorrido, ainda há muitas outras a serem concretizadas. Apesar de esta Constituição representar o maior período democrático vivido no Brasil, percebe-se que o texto constitucional ainda não se concretizou em sua íntegra, há muito por se fazer. Todavia, é evidente que o Brasil tem demonstrado sua vontade de mudanças.

Cabe trazer os ensinamentos de Pietro Perlingieri[158] que destaca como principais pressupostos teóricos da doutrina do direito civil na legalidade constitucional: a) a natureza normativa da Constituição; b) a complexidade e unicidade do ordenamento jurídico e também o pluralismo de fontes

[157] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de Direito Fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 125-126.

[158] PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do Direito Civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Temas de Direito Civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 01.

do direito; c) a teoria da interpretação constitucional. Deste modo, as normas constitucionais e os princípios, estes repletos de carga valorativa, são supremos e, como tal, devem ser respeitados, até mesmo em decorrência do princípio da legalidade. Neste panorama, é evidente que as normas constitucionais não podem assumir o simples papel de limitadores ou de impedimentos à lei ordinária, também não podem representar um simples suporte hermenêutico. O papel dos princípios é complexo e abrangente.

Percebe-se, então, que a velha ideia de sistemas distintos, onde de um lado há a Constituição e de outro o Código Civil, parece não mais encontrar espaço nos dias atuais, pois o constitucionalismo contemporâneo é marcado pela inter-relação entre os sistemas público e privado, assim, a grande dicotomia parece não mais encontrar espaço. Daí a importância dos princípios e regras que compõem o sistema normativo, pois são eles que servirão de ponto de equilíbrio neste contexto de mudanças, o que mais tarde restará aprofundado no presente estudo.

A Constituição Federal de 1988 pode ser vista sob duas diferentes perspectivas, a primeira, positiva, pelo fato de trazer em seu texto um extenso rol de direitos fundamentais, um pluralismo (advindo do caráter compromissário da Constituição Federal de 1988, promulgada após cerca de 20 anos de regime ditatorial) e ainda seu caráter dirigente e programático. Entre os aspectos negativos resta destacado o extenso rol de direitos (o que por vezes gera um grau de desprestígio/descrença nos mesmos ao passo que quando tudo se transforma em direito, pouco se efetiva) e a falta de um rigor científico por parte do Legislativo.[159] Nessa esteira, merece elogio o local de destaque onde se localizam os direitos fundamentais no texto constitucional e a ideia de que os mesmos possuem aplicabilidade imediata.

Merece então análise e destaque esta Constituição que traz não apenas os ventos da mudança, mas também sopros de novos tempos. Se o texto constitucional trouxe alterações no campo jurídico é evidente também que a sociedade mudou, evolui e aderiu à globalização. Todas estas mudanças geram implicações, as quais não podem ser respondidas com um simples *sim* ou *não*, razão pela qual a interpretação jurídica passa a ganhar destaque.

2. O Direito Autoral enquanto Direito de Propriedade e os Avanços da Internet

Com a Constituição Federal de 1988[160], o Brasil não apenas passa a viver sob o regime democrático, mas também vivencia uma série de novas experiências, a exemplo da participação da sociedade na reivindicação de políticas públicas e na tomada de decisões, situação que caracteriza o chamado Estado Democrático de Direito. Trata-se do maior período democrático vivenciado no país. Assim, vários elementos sofreram mutações e diversos institutos até pouco absolutos, passam a ser relativizados, a exemplo do direito de propriedade que ganha novos contornos, em decorrência do instituto da função social. Cristiane Derani explica que:

> A propriedade é motor de agregação e de mudança sociais. O relacionamento da sociedade com a propriedade é um testemunho da evolução histórico-cultural e da tradição de um povo. Este caráter essencial da propriedade, capaz de espelhar, pelas suas formas de manifestação, características tão profundas de um povo, deve-se sobretudo à ligação vital e inalienável que o homem tem com a terra, a ex-tensão de seu ser, sua natureza inorgânica.[161]

Por outro lado, a sociedade torna-se complexa e passa a vivenciar experiências e problemas antes inimagináveis. A verdade é que os últimos 50 anos foram marcados por uma série de avanços tecnológicos e mudanças na estrutura e no pensamento da própria sociedade. Como bem esclarece

[159] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007, p. 29-144.
[160] "Elaborar a Constituição de 1988 foi uma festa de cidadania, um momento de celebração nacional, após anos de ditadura". BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 126.
[161] DERANI, Cristiane. *Direto ambiental econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, 2004, p. 239.

Milton Santos[162], "nos últimos cinquenta anos criaram-se mais coisas do que nos cinquenta mil precedentes. Nosso mundo é complexo e confuso ao mesmo tempo, graças à força com a qual a ideologia penetra objetos e ações".

A internet parece ter sido a grande invenção do século XX e hoje é ela que dá margem a uma série de discussões antes impensadas, a exemplo do conflito envolvendo direito autoral. Em pleno século XXI ainda não se chegou a uma conclusão se ela vai ser utilizada para o bem ou para o mal, mas é evidente que ela tem se caracterizado por marcar a predominância do público sobre o privado, não no sentido jurídico dos termos, mas no sentido de exposição. Em outras palavras, a constante tem sido a exposição das pessoas, através de redes sociais e de outras tantas ferramentas postas à disposição em decorrência do acesso à internet, dia após dia, o cotidiano das pessoas tem ficado mais exposto.[163]

Em seu discurso de posse, o presidente uruguaio, José Mujica dá o exato panorama da magnitude da internet nos dias atuais:

> Eu me criei com o rádio, vi nascer a televisão, depois a televisão colorida, depois as transmissões via satélite. Depois, resultou que na minha televisão apareciam quarenta canais, incluindo os que transmitiam diretamente desde os Estados Unidos, Espanha e Itália. Depois, vieram os celulares e depois o computador, que no início só servia para processar números. Em cada uma dessas vezes, fiquei com a boca aberta. Mas agora, com a Internet, esgotou-se a capacidade da minha surpresa. Sinto-me como aqueles humanos que viram a roda pela primeira vez. Ou como os que viram o fogo pela primeira vez. Estão se abrindo as portas de todas as bibliotecas e de todos os museus; vão estar à disposição todas as revistas científicas e todos os livros do mundo. Provavelmente também todos os filmes e todas as músicas do mundo. É estarrecedor. Por isso, necessitamos que todos os uruguaios e, sobretudo, os uruguaiozinhos, saibam nadar nessa corrente. É preciso entrar nessa corrente e navegar nela como um peixe na água. [...] Não podemos ficar de fora. Essas são as ferramentas que nos habilitam a interagir com a explosão universal do conhecimento. Esse mundo novo não nos simplifica a vida, mas a complica. Nos obriga a ir mais longe e mais fundo na educação. Não há tarefa maior diante de nós.[164]

Muito embora este discurso tenha sido proferido no Uruguai, em tempos de globalização também é perfeitamente aplicável ao Brasil, pois os reflexos das mudanças tecnológicas permeiam por diversos campos, cabe também destacar que a internet é um fenômeno mundial que chega a lugares longínquos, onde muitas vezes nem mesmo há serviço público de energia elétrica.[165] Assim, o direito tem de adaptar-se a estas mudanças, o direito autoral, notadamente, desempenha um importante papel nesta equação, vez que é ele que buscará, sob um viés constitucional, um ponto de equilíbrio entre o acesso à informação e os direitos do autor da obra.

A internet simboliza não apenas (talvez) a maior invenção do século XX, mas também é caracterizada por criar o dito espaço virtual[166], no qual as obras de cunho intelectual podem ser comercializadas, divulgadas, transmitidas e copiadas, seja hoje um dos fatores que gera uma série de problemas que tem de ser solucionados no "mundo real". Com a internet, o público alvo das obras,

---

[162] SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*: do pensamento único à consciência universal. 9. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Record, 2002, p. 171.

[163] BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo* – a transformação das pessoas em mercadoria. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

[164] Tradução livre.

[165] Ainda para continuar utilizando como exemplo o país vizinho, o Uruguai, o povoado de Cabo Polônio, onde residem cerca de 50 famílias – hoje, estão permitidas apenas dos imóveis já existentes, sem a possibilidade de ocupação de novos lotes. Lá onde o mundo parece ter parado, o serviço público de energia elétrica chega apenas ao Farol de Cabo Polônio, sendo que a população tem acesso à energia elétrica através de geradores movidos a gasolina, óleo diesel, energia solar ou eólica. O saneamento básico não existe e escola instalou-se no povoado há poucos anos. Porém, boa parte das famílias, em especial aquelas que exploram o turismo, têm acesso à internet via satélite.

[166] Até pouco tempo o *Second Life* fazia enorme sucesso por possibilitar que as pessoas tivessem uma vida paralela, ou seja, uma vida virtual paralelamente à vida real. Contudo, a velocidade da internet é a mesma velocidade que altera as redes sociais e os sites sensação do momento.

antes mero destinatário destas, agora também é parte desta, interagindo, modificando-a e recriando-a. O que antes era absoluto tornou-se relativo; e a legislação pertinente ao tema passou a ser, de um lado, sinônimo de rigidez e instrumento para imposição de condutas contrárias ao desenvolvimento em curso e, de outro, motivo de descaso, especialmente pelos usuários da rede *on-line*, por não mais se adequar à realidade – especialmente, à virtual.

Seguindo a linha da relativização, o Direito Público e o Direito Privado que antes tinham campos de atuação bastante limitados, hoje se deparam com uma nova realidade, na qual um invade o campo de atuação do outro. Assim sendo, a propriedade privada tida como valor constitutivo da sociedade brasileira, fundada no modo capitalista de produção, passa a ter novos contornos, pois adere a um cunho social e não mais apenas privado, o que significa dizer que os frutos da propriedade deverão, de algum modo, reverter algo à sociedade, o que não exclui naturalmente o poder de fruição particular inerente ao domínio, sem o qual o conteúdo privado da propriedade estaria esvaziado.

Portanto, "o princípio da propriedade privada mostra-se como um pressuposto do princípio da função social da propriedade, e o exercício do domínio só será constitucional se condisser com esta dupla característica da propriedade: domínio privado, frutos privados e sociais".[167] Consequência disso é que no campo do Direito Autoral, percebe-se hoje um movimento que traz não apenas novas reflexões, mas também propostas que se pautam no interesse social, político e econômico, que, por sua vez, buscam tutelar, na sociedade contemporânea, o bem intelectual.

Assim sendo, compete ao texto constitucional possibilitar a interpretação da legislação, na tentativa de que esta se adapte às exigências sociais. Compete, ainda, à Constituição Federal de 1988 apontar qual o caminho que deve ser seguido pela sociedade brasileira. Mais uma vez utilizando as palavras de Ulysses Guimarães , "a Constituição pretende ser a voz, a letra, a vontade política da sociedade rumo à mudança". Em meio a estas palavras, cabe questionar: por que não buscar esta mudança através do aparato tecnológico hoje posto à disposição?

3. Direito Autoral *versus* Acesso à Informação.

Na esteira das mutações sociais e no caminho da relativização, percebe-se que os conceitos determinados e fechados parecem perder, a cada dia, mais espaço. A palavra de ordem é relativização. Relativização de conceitos e de certezas ante ao caso concreto. Casos semelhantes podem ter desfechos completamente diferentes em razão das peculiaridades que trazem. Vive-se, então, uma fase onde a imagem está acima do conteúdo, em um momento onde o "efêmero e o volátil parecem derrotar o permanente e o essencial". Nesse contexto, o constitucionalismo, por sua vez, "vive um momento sem precedentes, de vertiginosa ascensão científica e política".[168]

"O Direito pós-moderno mostra-se mais flexível e adaptável às contigências do que o direito coercitivo e sancionatório. [...] A separação entre o Estado e a sociedade civil, neste contexto, torna-se mais tênue e nebulosa que nunca".[169] A verdade é que na pós-Modernidade não parece mais haver lugar para as certezas, mas sim à relativização das coisas, das pessoas, das atitudes. Muito embora Zygmunt Bauman utilize a expressão *modernidade*, oportuno destacar suas esclarecedoras palavras ao referir que "para nós, os habitantes deste líquido mundo moderno que detesta tudo o que é sólido e durável, tudo que não se ajusta ao uso instantâneo nem permite que se ponha fim ao esforço, tal perspectiva pode ser mais do que aquilo que estamos dispostos a exigir numa barganha".[170]

O modelo de codificação do Estado Liberal, até pouco vislumbrado no Código Civil de 1916, vinculava-se a uma estrita e rígida separação entre o Direito Público e o Privado. No primeiro, que disciplinava as relações desiguais entre o cidadão e o Estado, incidia a Constituição, e o segundo, que regulava as relações entre iguais na sociedade e no mercado, centrava-se no Código Civil. O Direito Público era visto como o reino do contingente, enquanto o Direito Privado pautava-se por regras imutáveis, porque derivadas da razão. Na dicotomia público/privado, a prioridade axiológica recaia

[167] DERANI, Cristiane. *Direto ambiental econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, 2004, p. 238.
[168] BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. In: BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio De Janeiro: Renovar, 2003, p. 02.
[169] SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 41-42.
[170] BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido* – sobre a fragilidade dos laços humanos. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 46

sobre o segundo termo, o que expressava o enfoque preferencial sobre a "liberdade dos modernos" em relação à "liberdade dos antigos" e a primazia dos *bougeois* sobre o *citoyen*. Neste quadro, o Código Civil desempenhava o papel correspondente ao de uma Constituição das relações privadas e da sociedade civil, de "diploma básico de toda a ordem jurídica".[171]

No contexto da pós-Modernidade, onde as certezas não mais têm vez, os princípios constitucionais não apenas ganham força, como também ganham corpo dentro desta nova proposta, ou seja, os princípios possuem a plasticidade necessária para atuarem dentro do "novo mundo". Ademais, os princípios da dignidade da pessoa humana e o da razoabilidade, em especial, servem de guia à nova proposta que apresenta: a de um sistema aberto às normas e aos intérpretes.[172] Assim sendo, a grande dicotomia preconizada por Norberto Bobbio[173] parece não mais encontrar espaço nos dias atuais, vez que, cada vez mais público e privado invadem a área de atuação do outro.

A Constituição Federal de 1988 está calcada na tríade da legitimidade, da falta de efetividade das Constituições e do desrespeito à legalidade constitucional, trata-se de uma Constituição que representa a esperança a "um país que não dava certo", é um "marco zero de um recomeço"[174], que embora não seja uma promessa de final feliz é, evidentemente, um documento que traz muitas esperanças e sobre a qual se desenvolve a ideia de nova interpretação constitucional, interpretação que muda os rumos não apenas dos textos legais, mas dos caminhos a serem seguidos pela sociedade.

Evidentemente, a Constituição Federal de 1988 representa mais do que uma carta política, trata-se de um mecanismo que rompe com uma lógica positivista centrada no Código Civil e abre possibilidade a uma interpretação até pouco desconhecida, ou seja, o método subsuntivo deixa de ser a única via possível e abre-se espaço a uma interpretação que tem por norte os princípios constitucionais, princípios estes que acabarão por gerar uma nova mentalidade tanto dos operadores do direito quanto da população.[175]

A Constituição Federal de 1988 abre espaço à nova interpretação constitucional, que não busca romper com o clássico método subsuntivo, mas sim fazer com que o clássico e o moderno encontrem uma harmonia. A concepção de que os princípios possuem lugar central no ordenamento jurídico tem origem com o chamado pós-positivismo, movimento que ganha força na Europa, com o colapso dos regimes nazista e fascista, e, que se materializa no Brasil com a Constituição Federal de 1988. Trata-se de um sistema que busca a integração entre a lei e uma gama de diretrizes éticas e valorativas, a fim de que, a partir desta integração, haja uma efetividade e justiça.[176]

Acerca da discussão envolvendo regras (tudo ou nada - subsunção) e princípios (gradação da abstração – ponderação no caso concreto), destaca-se que "inexiste hierarquia entre ambas as categorias, à vista do princípio da unidade da Constituição". No que diz respeito à distinção entre regras e princípios são destacados três critérios: o conteúdo, a estrutura normativa e as particularidades da aplicação.[177] Quanto à ponderação, a mesma "consiste em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas". Assim sendo, na primeira etapa, deverá o intérprete verificar quais as normas relevantes à solução do caso, bem como os eventuais conflitos entre elas. Na segunda etapa, deve haver um exame dos fatos, das circunstancias concretas do caso e de sua interação com os elementos normativos. Na

[171] SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 70.

[172] BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. In: BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

173 BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função* – novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007, p. 115-158.

[174] BARCELLOS, Ana Paula e BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. In: BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 329.

[175] REIS, Jorge Renato dos e FISCHER, Eduardo Ferreira. Hermenêutica para vinculação dos particulares a direitos fundamentais. In: *Direitos Sociais e Políticas Públicas*: desafios contemporâneos. Tomo 6. REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Org.). Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006, p. 1643-1675.

[176] REIS, Jorge Renato dos e FISCHER, Eduardo Ferreira. Hermenêutica para vinculação dos particulares a direitos fundamentais. In: *Direitos Sociais e Políticas Públicas*: desafios contemporâneos. Tomo 6. REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Org.). Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006, p. 1643-1675.

[177] BARCELLOS, Ana Paula e BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. In: BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 337.

última etapa, a proporcionalidade ou razoabilidade indicam o caminho a ser seguido, então, deve-se graduar a intensidade da solução escolhida e decidir qual o grau á apropriado à solução.[178]

Assim, a chamada teoria da argumentação, abre espaço a decisões diferentes envolvendo a mesma matéria. Todavia, a argumentação jurídica deve ter elementos jurídicos, ainda que implícitos, capazes de sustentá-la, pois as decisões jurídicas devem ter tanto embasamento jurídico quanto embasamento fático. Também se deve buscar a universalização dos critérios adotados na decisão, a fim de atender ao imperativo da isonomia. Um último parâmetro agrupa dois conjuntos de princípios, os instrumentais – ou específicos de interpretação constitucional – e os princípios materiais propriamente ditos.[179]

Acerca da dita hermenêutica contemporânea, verifica-se que os métodos hermenêuticos tradicionais parecem não mais demonstrar dar conta da realidade que se apresenta. Nesse sentido, destaca-se um consenso, até mesmo entre o senso comum, de que questões envolvendo uma mesma matéria podem ter finais distintos, em razão do conteúdo argumentativo que cada caso traz em seu corpo. Cabe, contudo, atentar ao fato de que "não raras são as decisões, que insufladas pela aplicação direta dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, simplesmente privam as partes da devida fundamentação teórica e até mesmo da discussão acerca da eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais". Daí decorre a necessidade de se buscar um modelo hermenêutico orientador, capaz de minimizar os problemas decorrentes da indiscricionaridade, tão presente no cenário brasileiro.[180]

Além de romper com uma lógica ditatorial, a Constituição Federal de 1988 inaugura no Brasil uma fase que vai sendo, aos poucos, concretizada, a fase onde os princípios possuem importância e como tal, são eles os responsáveis pela possibilidade da argumentação jurídica, e, consequentemente, pela geração de decisões diferentes envolvendo uma mesma temática, que, a princípio parece gerar uma decisão idêntica. Ademais, esta carga principiológica, possibilita a relativização de muitos institutos, a exemplo da propriedade, que deixa de ser absoluta no intento de atender uma função social, ou seja, de atender também às necessidades da grande massa.

Notadamente à problemática aqui proposta, ou seja, qual o caminho deve ser seguido quando se fala em direito autoral *versus* direito de acesso à informação. Nesse sentido José de Oliveira Ascensão esclarece que:

> Todo o direito atribuído deve servir simultaneamente o interesse público e o interesse privado. O atual empolamento dos poderes privados faz-se à custa do interesse coletivo. Quando a solução está ao contrário na busca do necessário equilíbrio, de modo que aqueles interesses não se digladiem mas se combinem harmoniosamente na máxima satisfação das finalidades. Por isso o direito autoral deve ser ancorado nas duas vertentes antagônicas que contém, a de propulso e a de entrave à disseminação cultural.[181]

Analisando a atual sistemática jurídica, parece que, cada vez mais o direito autoral tende a ser relativizado em prol do acesso à informação, acesso este que não deve ficar restrito a um pequeno público, que goza de condições financeiras, mas que deve ser estendido a fim de que se possa cultivar o surgimento de uma sociedade mais justa, equilibrada e mais consciente de seu papel perante a sociedade, o que parece ser possível através do conhecimento e do acesso à educação e à informação.

Nessa linha de raciocínio, possível dizer que com base na carga principiológica trazida pela Constituição Federal de 1988 não haveria razão para haver a edição de uma nova lei para regulamentar os direitos autorais, bastaria uma releitura da legislação existente à luz dos ditames constitucionais.

---

[178] BARCELLOS, Ana Paula e BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. In: BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 346.

[179] BARCELLOS, Ana Paula e BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. In: BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.

[180] REIS, Jorge Renato dos e FISCHER, Eduardo Ferreira. Hermenêutica para vinculação dos particulares a direitos fundamentais. In: *Direitos Sociais e Políticas Públicas*: desafios contemporâneos. Tomo 6. REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Org.). Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006, p. 1643-1675.

[181] ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito autoral numa perspectiva de reforma.* In: WACHOVICZ, Marcos e SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Org.). Estudos de Direito de Autor – a revisão da lei de direitos autorais. Florianópolis: Boiteux, p. 18.

Porém, em que pese a necessidade da população de ter tudo devidamente positivado (o que é, de certo modo, resquício das influências fascista e nazista), parece que tem o legislador a incumbência de adaptar a legislação infraconstitucional à Constituição Federal de 1988.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Evidentemente que o papel dos princípios compreende a busca de um sentido à realidade, além do que eles possuem o poder de compreender e alterar a realidade que nos rodeia. Assim, a Constituição mostra-se como um conjunto de normas que orienta o intérprete, fornecendo parâmetros de normas para interpretação e ponderação, dentro de um sistema jurídico composto por princípios (que têm maior carga valorativa, mais abrangente, incide sobre todo o ordenamento, indica uma direção a seguir) e regras (que, por sua vez, possuem incidência restrita a situações específicas. Sendo, portanto, aplicadas na forma do tudo ou nada).

Ora, deste modo fica evidente que os princípios constitucionais podem (e devem) ser o ponto de equilíbrio da equação inicialmente proposta, ou seja, eles podem possibilitar o acesso à informação, a fim de cumprir o ditame constitucional, fazendo, com que a propriedade, por sua vez, molde-se à ideia de função social, também prevista constitucionalmente. Não se trata de eliminar um ou outro elemento do ordenamento jurídico, mas de fazer com que ambos vivam dentro deste sistema de modo harmônico.

Muito embora a Constituição encontre-se no topo do ordenamento jurídico e que uma vez sendo utilizado o sistema interpretativo, desnecessária a criação de uma lei específica para cada caso novo surgido, também é verdade que a lei tem por fito operacionalizar o sistema jurídico, razão pela qual a nova lei de Direito Autoral se mostra como uma promessa de pacificação das mazelas hoje enfrentadas, certamente não será definitiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito autoral numa perspectiva de reforma. In: WACHOVICZ, Marcos e SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Org.). *Estudos de Direito de Autor – a revisão da lei de direitos autorais*. Florianópolis: Boiteux, p. 18.

BARCELLOS, Ana Paula e BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. In: BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. In: BARROSO, Luis Alberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio De Janeiro: Renovar, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido* – sobre a fragilidade dos laços humanos. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

_____. *Vida para o consumo* – a transformação das pessoas em mercadoria. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função* – novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007.

DERANI, Cristiane. *Direto ambiental econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de Direito Fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luis Alberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do Direito Civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

REIS, Jorge Renato dos e FISCHER, Eduardo Ferreira. Hermenêutica para vinculação dos particulares a direitos fundamentais. In: *Direitos Sociais e Políticas Públicas*: desafios contemporâneos. Tomo 6. REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Org.). Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*: do pensamento único à consciência universal. 9. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Record, 2002.
SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.
SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

4.2.5 DIÁLOGO E ESTRANHAMENTO ENTRE OS DIREITOS AUTORAIS E A DIGNIDADE HUMANA

Ângela Kretschmann[182]

RESUMO:

Para compreender a função da dignidade humana no contexto do direito autoral, parte-se da análise das capacidades humanas e condição humana. O presente texto procura demonstrar o quanto é importante levar em conta não apenas as capacidades e potencial humano, mas também a condição humana para compreender a justificação dos direitos intelectuais como direitos humanos e fundamentais. A dignidade é uma ação, e uma ação emancipatória do indivíduo. O indivíduo se emancipa na medida em que atualiza suas potencialidades. Ele as atualiza sendo livre para criar, tanto quanto as atualiza ao acessar a cultura. Está aí o perigo de se esvaziar o conteúdo da dignidade e da manipulação de seu sentido para fins específicos, assim como os direitos humanos também podem constituir o principal modo pelo qual Estados garantem seu poder. Daqui decorre também a importância da análise sobre a formação de conglomerados e monopólios com poder sobre a distribuição de informação, especialmente controle de conteúdo, que podem pôr em perigo o livre e saudável desenvolvimento das comunidades e da autonomia do sujeito.

ABSTRACT:

To understand the function of human dignity in the context of copyright, it is necessary to start analyzing the human capacity and human condition. This paper aims to show how is important to take into account not only the skills and human potential, but also the human condition to understand the justification of intellectual property rights as human rights and fundamental rights. Dignity is an action, and an individual action of human emancipation. The individual emancipate himself at the extent he updates his potential. And he is up to do it being free to create as much as free to access the culture or culture goods. But here lies the danger of emptying the contents of dignity and its meaning for handling specific purposes, as well as human rights can also be the main way through which States promote and ensure the balance of their power. And here we can observe the importance of the analysis on conglomerates and monopolies with extreme power over the distribution of information, specially controlling the content, which may endanger the free and healthy development of communities and the individual autonomy.

Introdução

[182] Doutora em Direito (UNISINOS, 2006); Mestre em Direito (PUC/RS, 1999), Professora de Direito da Propriedade Intelectual, Unisinos/RS. Advogada. Membro da CEPI (Comissão Especial da Propriedade Intelectual da OAB/RS), integrante da ABAPI (Associação Brasileira de Agentes da Propriedade Industrial).

Com base na dignidade humana pode-se justificar o acesso à informação, à educação e à cultura, e com base no mesmo princípio da dignidade da pessoa humana, justifica-se o respeito ao direito do autor sobre suas criações, em especial, as prerrogativas morais. Assim, revela-se importante esclarecer se a dignidade pode servir a interesses que podem ou não se opor, e analisar a medida em que a dignidade da pessoa humana serve a interesses que podem ser diversos e ou até mesmo opostos, e verificar se assim não é então contraditória.

No mesmo sentido, o texto também busca esclarecer quanto os direitos intelectuais são necessários à dignidade, tanto quanto esta serve aos direitos intelectuais para justificá-los. Visa analisar e esclarecer a relação entre dignidade e direito de autor, e se é uma relação de mútua dependência, necessidade, e complementaridade ou, então, de contradição.

1. Potencial humano criativo, personalidade e dignidade humana

A capacidade criativa do ser humano constitui uma das poucas constantes da natureza humana que pode ser chamada para identificar uma identidade em qualquer cultura do mundo. Outras constantes seriam a natureza social, o dom da razão que permite identificar valores entre o bem e o mal, entre outros. O recurso ao indiano Parekh aqui parece enriquecedor, principalmente por ser uma voz que não representa necessariamente uma compreensão eurocêntrica do mundo e do ser humano. Ele não recorre a uma concepção transcultural de natureza humana, apenas faz referência a capacidades humanas que são universais, e que formam uma identidade humana universal, as capacidades únicas em relação ao mundo não-humano; ainda a capacidade de ingressar em relações significantes com outros; a capacidade de criar um mundo de significação e valores que enriquecem o mundo natural e ainda criam um mundo novo por si, e ainda, as condições comuns das quais dependem para sobreviver e se desenvolver em virtude das próprias capacidades que possuem.[183]

O ser humano é formado, pois, de um complexo criativo que é composto por seus sentimentos, por sua inteligência e por sua vontade. São elementos espirituais que estão em íntima ligação entre si e com a materialidade corporal, diz Capelo de Souza[184], e embora a proteção jurídica do poder criativo do ser humano "abranja a sua exteriorização nas denominadas obras intelectuais, em inventos ou em outras criações, ultrapassa a ligação 'moral' entre o criador e a criação, para atingir a defesa da própria força ou capacidade criativa humana, excluindo ataques que visem eliminá-la ou diminuí-la, que a inibam, que a arrisquem ou que dela se aproveitem indevidamente."

Os direitos relativos à personalidade, ou aos atributos inerentes à personalidade são só aqueles que conseguem, através da proteção às faculdades do ser humano, identificá-lo ou

[183] PAREKH, Bhikku. *Non-ethnocentric universalism* In DUNNE, Tim & WHEELER, Nicholas J. **Human Rights in Global Politics**. Cambridge University Press: New York, 1999, rep. 2001. p. 145. Bhikhu Parekh esclarece em detalhes, com a definição e explicação do que denomina "cidadania global": As pessoas possuem valor em razão de sua humanidade, porque são seres humanos ou parte da espécie humana, com capacidades que as distinguem de outros seres do mundo natural (capacidade de pensar, refletir, de usar uma linguagem, imaginar coisas, criar, sonhar com uma vida boa, ingressar em relações morais com outros, amar, sonhar, etc.). Além disso, dividem necessidades comuns, e vulnerabilidades, como a mortalidade, o medo, a dor e frustração, a doença e a perda de entres queridos. Tratando os seres humanos igualmente permite que realizem seu potencial, e auxiliem a criar uma vida comum rica da qual todos são beneficiados. A igualdade implica, no mínimo, que devemos conceder igual dignidade a todos os seres humanos, igual respeito, e igual consideração a suas reivindicações quanto às necessidades básicas para uma vida boa. (PAREKH, Bikhu. Cosmopolitanism and global citizenship. **Review of International Studies** (2003), British International Studies Association. 29, 3-5).

[184] CAPELO DE SOUZA, Rabindranath V. A. **O direito geral de personalidade.** Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 237-239.

diferenciá-lo em meio aos demais. Como refere De Cupis, [185] a obra do engenho humano nada mais é do que "uma manifestação do direito à liberdade".

As capacidades do ser humano ou seus atributos pessoais constituem a integridade pessoal do ser humano. São objeto de um direito impropriamente denominado de "direito de personalidade", quando o mais correto seria dizer que o conjunto de atributos da personalidade é objeto de um direito: o direito aos bens que constituem a personalidade.

A dignidade humana é o que pode então identificar os seres humanos entre si, e por outro lado, o que os diferencia ou distingue são as características fundamentais que constituem os bens de sua personalidade. Cabral de Moncada separa os valores espirituais dos valores vitais, lembrando que os valores espirituais são mais importantes que os vitais, mas dependem destes últimos para existir. [186] Considerando que os valores vitais do ser humano formam o que atualmente chamamos de Direitos essenciais, resguarda-se para os valores espirituais aqueles relacionados com a personalidade humana.

Da percepção do humano enquanto potencial, também vai surgir a noção de uma dignidade inerente ao ser que visa emancipá-lo e sempre permitir a atualização de suas potencialidades. Surge a noção de "dignidade" a partir do reconhecimento da singularidade do fato humano e de sua superioridade. Nesse sentido, a "dignidade" constitui um conceito hierárquico pois descreve um estado e só tem sentido em relação ao que é julgado inferior. Por isso toda discussão sobre dignidade humana, de uma forma ou de outra, acaba comparando os seres humanos aos não-humanos, e implica que eles não são e não podem ser tratados como se fossem animais ou objetos inanimados.

E a dignidade não é um estado individual, mas coletivo, pois o indivíduo possui dignidade porque possui certas características específicas e porque pertence à espécie humana. A dignidade humana é uma prática, algo que os seres humanos conferem para si e cada um devido ao reconhecimento mútuo de suas capacidades singularmente partilhadas. Para Parekh a melhor expressão que explica a "dignidade" é "respeito". Lembra que "respeito" constitui um conceito complexo, implica, em sentido negativo, que os seres humanos não podem ser tratados como se fossem coisas inanimadas, e positivamente, implica que devemos ajudar no desenvolvimento e exercício de suas capacidades distintas, valorizar a capacidade de ação, compreender seus pontos de vista, em seus próprios termos. [187]

Como pontua Fábio Konder Comparato[188]: *Se a justiça consiste em sua essência, como ressaltaram os antigos, em reconhecer a todos e a cada um dos homens o que lhes é devido, esse princípio traduz-se, logicamente, no dever de integral e escrupuloso respeito àquilo que, sendo comum a todos os humanos, distingue-os radicalmente das demais espécies de seres vivos: sua transcendente dignidade."* E os direitos humanos em sua totalidade vão representar, como diz, a "cristalização" do supremo princípio da dignidade humana.

2. O que é isso Dignidade Humana?

O que é isso, "dignidade da pessoa humana"? É uma questão de ficção ou de existência? Um ideal ou uma realidade? Utilizada de modo generalizado para justificar praticamente qualquer intenção de direito, cabe preliminarmente esclarecer o que é aqui

[185] DE CUPIS, op. cit., p. 314.
[186] ... *"pois o espírito é superior à matéria e à vida"* (MONCADA, op. Cit., p.).
[187] PAREKH, Bhikku. *Non-ethnocentric universalism* In DUNNE, Tim & WHEELER, Nicholas J. **Human Rights in Global Politics**. Cambridge University Press: New York, 1999, rep. 2001. p. 147.
[188] COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 622.

entendido como “dignidade da pessoa humana”. Pode ser vista tanto como ficção, no sentido de um Bem perseguido constantemente, tanto quanto uma existência, diante da realidade jurídica atual. É tanto uma caminhada cultural, e portanto, real, quanto um ideal do próprio plano de busca e aperfeiçoamento de cada cultura. É assim, tanto um resultado histórico, como o são os direitos humanos, quanto um ideal perseguido e que preenche o conteúdo desses mesmos direitos.

A dignidade humana, portanto, pode ser conceituada com base num pragmatismo, como “ação”, que nos compromete antes com a idéia de indivíduos que são iguais, indivíduos que deliberam e cujos pontos de vista merecem uma atenção respeitosa em todas as discussões morais sobre como devem ser aplicados estandartes universais em cada caso. Pode ser apresentada como um ideal de igualdade deliberativa, como o faz Ignatieff: se as culturas não podem entrar em acordo sobre o que significa dignidade, podem acordar que o que importa é o direito das pessoas de construir sua dignidade como desejam, conferindo-lhe um conteúdo de livre vontade. [189]

Entretanto, enquanto deliberação, também a dignidade pode constituir um discurso indeterminado, pode desfazer-se numa retórica sem sentido, pode ser utilizada como legitimação para qualquer projeto político. Está aí o perigo de se esvaziar o conteúdo da dignidade e da manipulação de seu sentido para fins específicos, assim como os direitos humanos também podem constituir o principal modo pelo qual os estados garantem seu poder. [190]

A dignidade da pessoa humana deve ser compreendida primeiramente como o sentido de unidade emancipatória concedida a toda e qualquer pessoa. Por outro lado, deve ser lembrado que em um Estado Constitucional não é apenas a dignidade que serve de fundamento, como também a soberania do povo. A dignidade, entretanto, pode ser vista como o pressuposto da própria democracia e, assim, da soberania popular. A dignidade, enfim, é sempre prévia a qualquer construção em termos de Estado, de soberania. Como refere Häberle,[191] “Tal compreensão evita também perigos que não raras vezes conduzem a desenvolvimentos totalitários, mediante a ênfase excessiva na comunidade. Toda a autoridade é de natureza derivada; não existe nenhuma ‘dignidade’ do Estado, existe apenas uma dignidade da pessoa e do cidadão”. Com isso, é possível compreender, como ensina o autor, que a dignidade humana torna plenamente compreensível um direito fundamental à democracia – um direito fundamental que nada mais é do que a própria dignidade, em outra instância. O autor faz referência à dignidade humana como premissa de antropologia cultural, entendendo que tanto a democracia quanto o próprio direito devem respeitar limites “pré-estatais”, traçados “posteriormente” pelo Estado Constitucional.

O mais importante disso tudo, é que a dignidade da pessoa humana não é um projeto acabado, é uma pergunta sempre em aberto, em que a dignidade da pessoa humana só faz sentido no âmbito da intersubjetividade e da pluralidade, apontando Ingo W. Sarlet para a dimensão política da dignidade: a pluralidade passa a ser condição da ação humana e da política.[192] Com isso, resta claro a necessária consideração da pessoa como autônoma, livre para realizar suas escolhas, de modo que o ser humano não pode nunca ser tomado como

[189] IGNATIEFF, Michael. **Los derechos humanos como política e idolatría**. Barcelona: Paidós, 2003. p. 168 e 173.
[190] DOUZINAS, Costas. **The End of Human Rights.** Hart Publishing: Oxford, 2000. p.117-119..
[191] HÄBERLE, Peter. **A dignidade humana e a democracia pluralista – seu nexo interno.** IN, SARLET, Ingo Wolfgang, Org. Direitos Fundamentais, Informática e Comunicação. Livraria do Advogado, 2007, p. 23 e 27.
[192] SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana:** construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo W. (Org.). **Dimensões da Dignidade:** Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 24.

instrumento para atingir certos fins. O respeito à dignidade do outro implica em não torná-lo simples meio, sendo que a alteridade, a dignidade, e os Direitos Humanos restam, assim, mutuamente co-implicados.

3. Da liberdade para a diversidade: caminho da dignidade

O reconhecimento da diversidade cultural não significa mais um pluralismo cultural, mas o retorno da alteridade: o outro não é um objeto, mas uma aventura, um devenir, um acontecimento. A antropologia vem vinculada à ética, e através da diversidade cultural, a questão da alteridade descobre a ética da definição de um novo humanismo, do humanismo do diverso. A diversidade é vista, nessa antropologia hermenêutica, como uma dinâmica, efetuando um trabalho de compreensão e não de explicação. A cultura e a antropologia cultural assume uma função também pragmática, no lugar de funções meramente estruturantes.[193]

A ética da alteridade assimila a idéia de diversidade como dinâmica constante que a todos envolve, uma vez que a própria história humana é uma obra aberta, e nos raros momentos em que se buscou fechá-la, enclausurá-la, tornaram-se reais as maiores barbáries contra essa mesma humanidade.[194]

A alteridade, o reconhecimento do outro como igual é pré-requisito para o estabelecimento de um diálogo significativo em termos de igualdade. Tolerar diferenças é um pré-requisito para qualquer comunicação significativa. A partir do diálogo podemos apreciar o valor do aprendizado a partir do outro no espírito de referência mútua: devemos celebrar a diferença entre nós como a razão para a expansão de todos os horizontes.[195] A demanda do outro e minha obrigação de responder são as essências da ética da alteridade. Mas o outro não pode ser reduzido a um conceito ou ao resultado de minha percepção – e ao mesmo tempo, a singularidade do outro cria minha própria identidade, diz Douzinas. [196]

A singularidade da experiência humana da alteridade, como aponta Castor Ruiz, é condição da nossa própria existência como seres autônomos, e é em geral considerada como algo tão natural que muitas vezes não é levada em conta, não sendo submetida a uma reflexão maior. É com a consciência da alteridade que surge o espanto do mundo, e nossa relação com o mundo sempre foi de interação: interagimos não com um mundo dado, mas com uma rede de sentidos que criamos para o mundo em que vivemos. E quando o ser humano cria o sentido, ele não apenas explica (logicamente), mas se implica, levando em conta que toda linguagem está impregnada por uma dimensão simbólica que implica a experiência vital das pessoas no sentido lógico das palavras. [197] Se não fosse a singularidade, a diferença, não seria

[193]ABADALLAH-PRETCEILLE, Martine. **Aproches de la diversité culturelle à travers les disciplines d'enseignement.** In: UNESCO. **Déclaration universelle de l'Unesco sur la diversité culturelle**. Série Diversité culturelle no. 2. Paris, 2003. p. 15-16.

[194] Exemplos não faltam a esse propósito, sobre o quanto a humanidade é criativa no desenvolvimento de formas de "disciplinamento", conseguindo sempre uma superação impressionante na produção de novas formas de crueldade, na busca de domínio e controle social (como exemplificam as obras de FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. E ainda **História da sexualidade**, também **Crime e Castigo**, entre outras). Não é outra também a conclusão de Capella, no sentido que a humanidade encontra-se em outra de suas encruzilhadas decisivas: "As alternativas gerais parecem reduzir-se a duas. De uma parte, a barbarização. Uma nova barbárie. O pioramento geral de todas as condições de vida de todos e em todas as partes, ainda que minorias de oligarcas se entrincheirem em ambientes exclusivos rodeadas de seus guardas pretorianos. [...] Ou ainda uma democratização social real, intensiva e extensiva, que impusera contratendências desconfiando ao mesmo tempo de qualquer 'mecanismo' de ajuste". (CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto Proibido** – uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado**.** Trad. de Gresiela Nunes da Rosa e Lédio Rosa de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 287).

[195] PICCO, Giandomenico, *et all.* **Crossing the divide: dialogue among civilizations**. Cit., p. 65.

[196] DOUZINAS, Costas. **The End of Human Rights.** Oxford: Hart Publishing, 2000. p. 350.

[197] "Nem o universalismo essencialista, nem o relativismo individualista explicam suficientemente a subjetividade. Como entender este paradoxo humano? (p. 68) A pessoa é humana porque sente o outro como alteridade. O com-sentimento com o outro está na raiz da constituição de sua própria humanidade. Ao contrário do que prega o paradigma individualista da modernidade liberal, o

possível, nesse sentido, a relação intersubjetiva. Sem ela, não há estabelecimento de diálogo, mas monólogo, sem ela, não há construção histórica de consenso, ou tentativa dele, nem, portanto, de democracia, nem de direitos.

Mas é importante definir essa autonomia. Castor Ruiz lembra que a modernidade elevou a autonomia do sujeito como fundamento absoluto da construção simbólica do sujeito. A autonomia é uma conquista irrenunciável, mas seu valor não é absoluto: "O simbolismo liberal de indivíduo associa a autonomia a uma certa ênfase no modo individualista do sujeito. Desta forma o individualismo passou a ser um paradigma de autonomia". O autor lembra, entretanto, que o sujeito nunca existiu nem existirá numa independência absoluta ou autonomia total. Pelo contrário, uma vez que é social e histórico, nasce sempre em relação a uma alteridade, e é ela que possibilita a constituição do sujeito. Sem o outro, o sujeito perderia a condição de possibilidade de seu existir. E também assim, como o sujeito sempre nasce inserido numa cultura, numa sociedade com um universo de valores, costumes instituições e práticas, sua inserção cultural delimita e possibilita a autonomia, de modo que esta é dada de forma cultural e nunca de forma transcendental. A alteridade, assim, é anterior à subjetividade, pois todo sujeito nasce numa coletividade com alteridades históricas que possibilitam a constituição de sua autonomia. Lembra ainda que a liberdade liberal tornou popular o adágio: "a minha liberdade termina onde começa a do outro". Mas um novo adágio poderia ser, agora, na perspectiva da alteridade: "a minha liberdade se expande com a liberdade do outro". [198]

Ainda que a própria questão da dignidade seja um conceito controverso, a alteridade põe como requisito o outro, sem tentar defini-lo. Enquanto a dignidade pode ser acusada de preencher demais o ser com um conteúdo controverso, a alteridade de alguma forma esvazia o problema, sem deixar de solucionar, pois põe como base o "sem fundo humano", livre por si mesmo diante do que é, indefinível. A alteridade é indefinível, não porque não se possa alcançar uma definição, mas num tempo e num espaço fechado, uma vez que é histórica e está sempre em construção. Não se quer dizer que não seja importante tentar definir, nem mesmo que isso não seja necessário, mas que as controvérsias quanto ao seu conceito não podem constituir um obstáculo para a tomada da dignidade como fundamento dos direitos humanos. Para chegar a dignidade, ao respeito de si e do outro, é necessário reconhecer a alteridade, uma vez que a partir dela o reconhecimento recíproco passa a justificar-se com base na diferença que um ser imprime ao outro – o mesmo sendo aplicado a grupos de indivíduos, minorias, e civilizações.

Além disso, como a alteridade é a própria condição da dignidade, no sentido de que o reconhecimento do outro é fundamental para o reconhecimento da própria dignidade, tanto no sentido pessoal, da autodeterminação, como no sentido público-protetivo, do respeito à pluralidade depende a própria dignidade. A alteridade ocupa, pois, lugar privilegiado, reafirmando a mútua dependência de dignidade e pluralidade.

Ora, sendo a dignidade humana dependente da própria intersubjetividade e alteridade, também é fundamental esclarecer que é a liberdade do outro que me permitirá expandir minha própria liberdade, considerando o poder da alteridade na constituição de cada individualidade. E não se trata apenas de uma liberdade para o acesso, mas liberdade para o alcance de condições que potencializem o ser humano para realizar-se nesse espaço de

outro não é um limite para a existência humana. O outro é a possibilidade da constituição do próprio sujeito". (RUIZ , Castor M. M. Bartolomé. **As encruzilhadas do humanismo**: a subjetividade e a alteridade ante os dilemas do poder ético. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 49-50, 54, 68 e 75).

[198] RUIZ , Castor M. M. Bartolomé. **As encruzilhadas do humanismo**: a subjetividade e a alteridade ante os dilemas do poder ético. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 100-104.

acesso.[199] Não adianta simplesmente acessar se não se movimenta com autonomia. Nesse sentido, a alteridade está obviamente intrinsecamente ligada à possibilidade do diverso, do múltiplo, do plural. E bem assim, cabe agora questionar a importância da liberdade do outro em acessar bens culturais e a dependência de minha própria dignidade junto à necessidade desse acesso pelo outro.

Destaca-se, portanto, a questão fundamental da imprescindibilidade de um debate substantivo acerca da condição de emancipação do sujeito, mesmo sendo protegido pelo direito autoral, é também dependente da liberdade de acesso a informação e cultura do outro, que é a razão de sua própria possibilidade e dignidade, considerando o aumento cada vez maior ao bloqueio de informações, o que, paradoxalmente se verifica em dias de cibercultura.

4. Direitos Humanos para a diversidade, assim como acesso à cultura para a dignidade

As conclusões da Unesco, da Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural (de 2 de novembro de 2001) são no sentido que o diálogo intercultural constitui a melhor forma de alcançar a paz, e de rejeitar categoricamente a tese de conflitos irremediáveis entre culturas e civilizações. A diversidade cultural é focada como "patrimônio comum da humanidade", tão necessária ao gênero humano quanto a biodiversidade o constitui para os seres vivos em geral – e sua defesa é realizada através de um imperativo ético, inseparável de respeito da dignidade da pessoa humana. Sua proposta se opõe aos fundamentalismos e propõe a perspectiva de um mundo aberto e democrático.[200]

Como lembra Morin, a cultura dá forma e norma, quer dizer, o indivíduo, desde o nascimento, incorpora a herança cultural que assegura sua formação, orientação e desenvolvimento social, e combina essa herança com o patrimônio biológico herdado. A dimensão e o aspecto vital dos problemas planetários requerem direitos comuns à humanidade, com instâncias mundiais e confederações ligadas por elas. Como a diversidade cultural constitui também patrimônio fundamental para a humanidade, é de ser preservada, o que só pode ocorrer quando admitido e compreendido o paradoxo provocado pela cultura, de necessidade e, ao mesmo tempo, obstáculo à universalidade: enquanto os Estados conservam culturas e identidades, devem integrar-se em uma comunidade planetária, formada por um *global commons*, um conjunto de bens comuns à humanidade inteira, um patrimônio mundial compreendido pelo fundo dos mares, pela Antártida, a lua, paisagens e monumentos, a água **e a informação**. [201]

Só teremos diversidade se tivermos acesso a esse global commons que contém também o mundo da informação. E também, só teremos então possibilidade de atualização de nossa capacidade criativa, se tivermos chance de encarar o estranhamento diante do diverso. Do estranhamento pode surgir o diálogo. Para existir o diálogo, é necessário o outro. A alteridade depende do outro para existir, tanto quanto o outro é o fundamento pelo qual nos reconhecemos diverso. E assim, a diversidade, a dignidade e a criatividade estão intimamente relacionadas, se complementam mutuamente. Tal o paradoxo provocado pela cultura e mais ainda, pela diversidade cultural. E mais paradoxal ainda é a possibilidade dessa diversidade

[199] "No início, os projetos de inclusão digital referiam-se mais ao foto da profissionalização. Atualmente, estão cada vez mais reclamando a ampliação da cidadania, e assim começam a surgir com mais força os discursos voltados ao fomento da inteligência coletiva local ou nacional (SILVEIRA, Sérgio Amadeo. *Inclusão digital, software livre e globalização contra-hegemônica* IN SILVEIRA, Sérgio Amadeo da. & CASSINO, João, Org **Software Livre e Inclusão Digital.** Conrad Editora do Brasil: São Paulo, 2003. p. 33).
[200] UNESCO. **Déclaration universelle de l'Unesco sur la diversité culturelle.** Série Diversité culturelle no. 2. Paris, 2003. p. 4.
[201] MORIN, Edgar. **O método 5** – a Humanidade da Humanidade – a identidade humana**.** 3. ed. Trad. Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2005. p. 166, 238-239.

apenas diante da própria liberdade de um commons generalizado, o global commons da informação.

Com isso, tentativas de acabar com a diversidade podem levar não apenas à dominação, e "num mundo pluralista, o que necessitamos hoje é reconhecer a diferença e respeitá-la", como lembra Amaladoss. [202] A tentativa de acabar com a diversidade pode levar também ao esgotamento das possibilidades do reconhecimento do ser, que não experimentará a alteridade, pode levar ao esgotamento do criar humano, que não é outra coisa que vem sendo perpetrado pela indústria cultural ao limitar o mercado cultural ao "menu" previamente escolhido por seu gosto pessoal. O que é gerado pela indústria cultural é uma verdadeira uniformidade altamente prejudicial à diversidade que é fundamental à alteridade, que é fundamental à dignidade.

A diversidade não vem em detrimento da comunidade, e o modelo de uma comunidade que respeite a diversidade não será a uniformidade, a ordem ou a complementaridade, mas a convergência ou comunhão, que integram de forma dinâmica a diversidade, relacionando-se, assim, com uma verdade que pode e é múltipla, vinculada à intersubjetividade, diz ainda Amaladoss, já citado. Antes dos direitos humanos serem a expressão de uma visão unilateral e individualista do ser humano, historicamente demonstram constituir uma manifestação de outras civilizações, e como refere Bielefeldt, os direitos humanos são o que possibilita "a livre comunhão das pessoas, justamente por proporcionarem a cada indivíduo opções de isolar ou distanciar-se da sociedade".[203]

Dessa mesma diversidade dependemos para criar. E também para nos reconhecer enquanto seres que tem poder de criar, e criar a partir de um diálogo que é estabelecido com liberdade. Esse seria um diálogo válido.

Na realidade, o que vemos é que a própria capacidade de ser pessoa ética, ou seja, uma pessoa capaz de desenvolver o senso de justiça, que possuem uma concepção de Bem. Ora, a capacidade de ter uma concepção de Bem é uma capacidade que existe em potência no ser humano, e que precisa ser desenvolvida. A própria compreensão e aplicação dos princípios de justiça pressupõe pessoas éticas, que são capazes de adquirir um senso de justiça e de ter uma concepção de bem. Ora, a garantia de um direito de autor visto como uma garantia também de liberdade de expressão e mesmo de condição de reconhecimento de si e do outro (diferente) expõe a importância do direito de autor para o reconhecimento da dignidade e sua potencialização. Potencializando para dar condições a cada um de fazer suas escolhas éticas e desenvolver o senso de justiça.

As discrepâncias decorrentes da redução dos direitos humanos como mais um instrumento da política internacional, e não como uma base para a política internacional, deu lugar à crítica quanto à hipocrisia ou cinismo das grandes potências. Para Douzinas a política externa não é guiada pela consistência dos princípios morais kantianos, e a realidade nos fala que os direitos humanos, como a venda de armas, constituem armas da política internacional, usadas para ajudar amigos e prejudicar inimigos. [204] Ora, a mesma crítica pode ser transferida para a hipocrisia ou cinismo das grandes indústrias culturais e Estados que usam as leis de direitos autorais com fins de garantir o controle sobre o culturalmente diverso – bastante limitado – que nos será permitido escolher – para consumir.

[202] As diferenças tornarão a vida em comum dinâmica e enriquecedora (AMALADOSS, Michael. **Promover a harmonia**: vivendo em um mundo pluralista. Coleção Humanitas. Trad. Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 153).
[203] BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos**. Trad. Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Unisinos, 2000. p. 247.
[204] DOUZINAS, Costas. **The End of Human Rights.** Oxford: Hart Publishing, 2000. p. 136-139.

Quando a ONU passou a destacar a necessidade de uma Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas, e efetivamente chegou aos Princípios e Guias para a Proteção da Herança dos Povos Indígenas, tais documentos adotaram uma visão cética quanto a proteção pela Propriedade Intelectual, de modo que buscam proteger o conhecimento tradicional usando mecanismos legais que de alguma forma se encaixam nos paradigmas tradicionais da Propriedade Intelectual, como o direito das comunidades de buscar indenização pelo uso não autorizado. Tais documentos também definem a proteção de forma ainda mais ampla do que a Propriedade Intelectual, proibindo estranhos a usar e registrar quaisquer elementos da herança dos povos indígenas, de modo que a Propriedade Intelectual resta apenas como um dos problemas enfrentados pelas comunidades indígenas e apenas uma parte da solução de tais problemas.[205]

Esse foi o primeiro evento que chamou a atenção da comunidade para o problema da necessidade de estabelecer e discutir a relação entre Direitos Humanos e Propriedade Intelectual, o direito relativo aos povos indígenas e suas tradições.[206] O segundo evento que levou a comunidade a pensar a Propriedade Intelectual relacionada aos Direitos Humanos, destaca Helfer, está vinculado ao Acordo TRIPS (adotado em 1994) como parte da Organização Mundial do Comércio. [207]

Apenas na última década, com a admissão de que a política possui uma dimensão ética necessária os Direitos Humanos passaram a figurar no primeiro plano da agenda de discussões da teoria política internacional. Nesse caso percebe-se que a própria politização acaba imprimindo um destaque ao paradigma civilizacional, já que o debate sobre os direitos humanos tem reforçado a crítica ao liberalismo e à universalidade. Não é outra coisa que deve ocorrer com os direitos de autor, que merecem estar no debate político e inseridos em uma política que os consagre efetivamente como impulsionadores da cultura, e não obstáculo a ela.

Onde encontrar a garantia contra uma entidade maior, uma poderosa organização que pode impor suas escolhas com base nesse mesmo direito humano de acesso à cultura? Como diz Sérgio Amadeo, a luta pela inclusão digital "*pode ser uma luta pela globalização contra-hegemônica se dela resultar a apropriação pelas comunidades e pelos grupos socialmente excluídos da tecnologia da informação",* mas, adverte, pode ser apenas "*mais um modo de estender o localismo globalizado de origem norte-americana, ou seja, ode acabar se resumindo a mais uma forma de utilizar um esforço público de sociedades pobres para consumir produtos dos países centrais, ou ainda para reforçar o domínio oligopolista de grandes grupos transnacionais."*[208] Em termos de humanidade há de falar-se do "sem fundo humano", que constitui sua base de liberdade, e a partir da qual, a única garantia possível é o medo. Ao menos os direitos humanos, com a sua história, estão em condições de assumir a autoridade que lhes compete, cada vez que é necessário afirmar uma ação maligna, e buscar decidir pela promoção de alguma ação que evite a continuidade do mal.[209] A diversidade, portanto,

[205] HELFER, Laurence R. . *Human Rights and Intellectual Property: conflict or Coexistence?,* cit. p. 54.
[206] HELFER, Laurence R. . *Human Rights and Intellectual Property: conflict or Coexistence?,* cit., p. 52-53.
[207] *Não é à toa que a negociação TRIPs (Trade Related Intellectual Property) constitui o principal debate na Organização Mundial do Comércio, e está no centro das lutas por uma sociedade livre. Onde no século passado a batalha era em torno da propriedade dos bens de produção, hoje se deslocou para a área da economia da criatividade* (DAWBOR, Ladislau. **Da propriedade intelectual à economia do conhecimento.** Disponível em: http://www.rts.org.br/artigos/artigos_-_2009/da-propriedade-intelectual-a-economia-do-conhecimento).
[208] SILVEIRA, Sérgio Amadeo. *Inclusão digital, software livre e gloalização contra-hegemônica* IN SILVEIRA, Sérgio Amadeo da. & CASSINO, João, Org **Software Livre e Inclusão Digital.** Conrad Editora do Brasil: São Paulo, 2003. p. 29. No mesmo sentido, destaca Proena que "...a globalização e o desenvolvimento das TIC tendem a aumentar desproporcionalmente as desigualdades econômicas (PROENZA, Francisco. *E-ParaTodos.* IN SILVEIRA, Sérgio Amadeo da. & CASSINO, João, Org **Software Livre e Inclusão Digital.,** cit., p. 133).
[209] Nesse aspecto, a preocupação com a questão crítica da diversidade, e para que também ela não seja reduzida a um instrumento político de poder, e a necessidade de uma base a ela: "A diversidade não é boa e bela por si mesma, não é a virtude

também não pode ser simplesmente erigida como boa ou má por si mesma, pois um fascismo pode também se impor com base nessa própria diversidade. Ela própria, a diversidade, está sujeita a julgamentos sobre o Bem e o Mal, e tais julgamentos só são possíveis para sujeitos autônomos, capazes de escolhas autônomas, livres na máxima medida em que isso possa ser imaginável, para deliberar acerca do limite dessa própria diversidade. Por tudo isso, um global commons vinculado não apenas à informações, mas à própria cultura e a bens intelectuais, merece ser destacado e levado em consideração.

Do mesmo modo como a dignidade da pessoa humana concede a justificação de uma moral crítica para o acesso a bens intelectuais e informações, também é ao mesmo tempo a justificação como moral crítica para que o autor exerça seu direito de impedir o uso de sua obra sem sua autorização. Pode ser visto, aqui, o eterno e saudável debate entre o bem público e o bem privado, e a princípio, a dignidade parece conduzir imediatamente ao bem privado, ao indivíduo.

5. Criação como emancipação e ciberespaço emancipatório

Os imensos benefícios da era digital não são novidade. Aqui não desejo falar ou repetir o que já se sabe,[210] como a diminuição de distâncias e fronteiras, a interatividade e imediatismo da comunicação, a integração direta entre usuários e fornecedores de bens ou serviços, inclusive a eliminação dos intermediários. Aqui desejo fazer referência a outro aspecto que tem igualmente chamado atenção dos pesquisadores, e no qual o direito de autor vai ter influência direta. Seguramente, como refere José Carlos da Costa Netto, a facilidade de acesso à obra não pode significar uma apoderação ilícita. Mas o que temos é efetivamente uma lei posta, e um pressuposto moral que está em discussão. É claro que as facilidades proporcionadas pela era tecnológica levaram muitos a crer que o possível tecnicamente também é lícito. A duras penas aprendem que não. Por outro lado, há uma justificativa razoável para que a tecnologia continue sendo utilizada muitas vezes de forma ilícita na reprodução de bens intelectuais, pois é da natureza humana, como se falou, não apenas conhecer, mas na era digital, também acessar.

Talvez ainda mais do que isso. Hoje em dia, podemos falar que "Ser é ser percebido", como refere Christoph Türcke, emprestando de George Berckeley a expressão do século XVIII. E não ser percebido significa estar de fora, que é como estar "morto em um corpo vivo – incompatível com a dignidade humana". [211] Mas também significa não emitir, não conectar, não enviar sinais. Isso implica na era digital, não ser percebido. Ser percebido também significa receber sinais, também significa, portanto, perceber. Perceber envolverá as múltiplas

social suprema? A sociedade melhor não é a sociedade mais diversa? É preciso dizer de início que a reposta a esta pergunta não poderá ser um "sim" incondicional. Se uma sociedade é democrática de maneira homogênea, não virá ao espírito de ninguém reclamar a introdução de certa dose de fascismo – justamente para ter um pouco mais de diversidade! Não apreciamos a diversidade se ela nos parece nociva; quer dizer, o julgamento de valor do diferente e do idêntico está subordinado ao do bem e do mal [...]. As diferenças são um dado, a unidade só pode ser resultado de um esforço; [...] é preciso dizer, sobretudo, que com muita freqüência a retórica da diferença, sob pretexto de fazer o elogio da pluralidade, é apenas uma camuflagem oportunista para uma aspiração à identidade. Conhecer melhor minha própria tradição, encontrar-me entre meus semelhantes e eles apenas, toda a auto-segregação nova que reina nos 'campus': isto não tem nada a ver com o elogio da diferença. Sob o pretexto de uma luta pela diferença e pela pluralidade, aspiramos à constituição de grupos menores mas mais homogêneos: uma Québec onde encontremos apenas francófonos, um dormitório onde deparemos apenas com negros.[...] A diferença não é um valor absoluto, mas aprender a viver com os outros é na verdade preferível ao isolamento covarde no interior da identidade. [...] A diferença é boa no sentido em que nos abre para a universalidade: é preciso observar as diferenças, dizia Rousseau, para descobrir as propriedades". (TODOROV, Tzvetan. **O homem desenraizado.** Trad. Christina Cabo. São Paulo: Record, 1999. p. 233).

[210] Como bem destacado por COSTA NETTO, José Carlos da. **The economic and social importance of digital information networks as a means for development and commerce.** Disponível em: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:-ns6eKm7f14J:www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/wipo_cr_rio_01/wipo_cr_rio_01_1.doc+obras+intelectuais+e+bens+de+consumo&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br

[211] TÜRCKE, Christoph. **Sociedade excitada: filosofia da sensação.** Campinas: Editora da Unicamp, 2010. Trad. Antonio A. S. Zuin, et al., p. 59.

possibilidades de escolha, na medida em que o que é percebido possa apresentar-se de modo variado. Assim como se diz, que se existe a compra, a aquisição, é porque, por princípio, existiu a escolha para ela. Daí decorre o exercício da liberdade e a formação da autonomia e autodeterminação do indivíduo.

No momento pode-se perceber um grande movimento unificador envolvendo as grandes declarações de direitos e as grandes descobertas científicas ou desenvolvimentos técnicos, e nesse sentido, o movimento unificador atinge igualmente o fundamento da proteção dos direitos humanos, a dignidade, e o desenvolvimento do ciberespaço. O movimento, como destaca Fábio Konder Comparato tem sido impulsionado de um lado pela tecnologia e, de outro, pela afirmação dos direitos humanos. São, segundo o autor, dois grandes fatores de solidariedade humana, um de ordem técnica, transformador dos meios de convivência, e outro de natureza ética, buscando submeter a vida social ao valor supremo da justiça. [212]

O ideal emancipatório do ser humano, hoje, está vinculado em grande parte ao acesso à web. O ciberespaço é o espaço da liberdade, pelo menos, assim é que surgiu. Sendo o espaço de liberdade, torna-se igualmente um instrumento fantástico de emancipação do ser humano, e de potencialização de sua dignidade, com a sempre atual possibilidade de exercício da autonomia.

Mas até que ponto o espaço de liberdade que se costumou desenvolver na web deve também deixar livre toda a informação a fim de que a comunicação entre os indivíduos e sua interação possa gerar efetiva auto-organização, um todo comunitário de liberdade e autonomia para o sujeito? Até que ponto a própria existência da comunidade não dependeria da informação tomada como *res publica*, e de que nenhum indivíduo poderia deter direitos de propriedade intelectual, ou direitos autorais? Fala-se da "cripto anarquia", com um fato inarredável da realidade e que, não sendo desejada pelos políticos, pelos Estados, pelas organizações, é desejável e será implantada pela tecnologia em si, e nesse sentido, António Manchuco destaca que alguns mecanismos tecnológicos levarão a uma alteração "boa" do social, onde Estados-Nação, leis de exportação, leis de patentes, e questões de segurança nacional não passarão de "relíquias da era pré-cibernética". [213]

Considerando o papel fundamental da produção do conhecimento, do reconhecimento do ser como capaz de produzi-lo, do reconhecimento do ser a partir da diferença percebida a partir do que o outro emite, e do reconhecimento do outro, enquanto diverso, como fundamental para a própria percepção de si, a produção e acesso a conteúdos protegidos pelo direito de autor possuem papel fundamental na emancipação do ser humano, na autonomia da subjetividade e no reforço de sua identidade. É uma produção que depende do próprio acesso do indivíduo ao mundo da criação, disponível no ciberespaço, na rede. Assim, a rede é a mais nova possibilidade de emancipação do sujeito, ainda que possa, paradoxalmente, representar, na mesma medida, o aprisionamento do sujeito e das

[212] "*A solidariedade técnica traduz-se pela padronização de costumes e modos de vida, pela homogeneização universal das formas de trabalho, de produção e troca de bens, pela globalização dos meios de transporte e de comunicação. Paralelamente, a solidariedade ética, fundada sobre o respeito aos direitos humanos, estabelece as bases para a construção de uma cidadania mundial, em que já não há relações de dominação, individual ou coletiva"* (COMPARATO, Fábio Konder. **A afimração histórica dos direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 1999. p. 30-31).

[213] "Recorde-se: a federação das redes de computadores fez-se com base em *standards* abertos e públicos (caso do TCP/IP, por exemplo) que não constrangem nem diferenciam as inúmeras aplicações que para eles foram sendo concebidas. Paralelamente, as diversas redes de computadores foram-se desenvolvendo de forma imprevisível e com (quase) completa ausência de regulação exterior. Após a criação de redes utilizadas sobretudo por cientistas, começaram a surgir os mais variadas tipos de novas redes, com variados graus de descentralização" (ROSA, António Machuco. **O ciberespaço como ideal de emancipação.** Disponível em http://www.interact.com.pt/interact4/ensaio/ensaio3.html, acesso em 19/09/2010).

subjetividades. Entretanto, essa nova possibilidade que se abre para o sujeito, própria do século XXI, choca-se frontalmente estabelece uma nova luta nos meios econômicos: se até o século XX havia a disputa pela propriedade dos meios de produção, esta disputa agora está centrada na batalha sobre os bens intelectuais. Propriedade dos meios, e propriedade intelectual.

O que é digno da pessoa humana? O que é indigno? Indigno, por exemplo, é ser obrigado a escutar as músicas sob jabá. O sujeito que é obrigado a escutar uma rádio dessas, todo dia (por exemplo, o empregado de uma rádio, coitado!), deveria receber insalubridade. Vive-se, portanto, entre a disputa das TICS[214], enquanto a população em geral está no meio da guerra sem o menor interesse em lutar nela.[215] Como bem expressa Pedro Canut Zazurca:

La denominada *"guerra del copyright"* es un enfrentamiento puramente mercantil entre la industria cultural y las TIC´s donde la primera dice defender los intereses de los creadores y la segunda afirma defender los intereses de los consumidores; es decir, una de tantas guerras en las que los soldados de "a pie" se matan defendiendo las banderas y los intereses económicos de otros. [216]

Vejo a internet como mais uma mídia que foi criada junto com outras, em uma nova época. É do seu tempo. Uma vez foi criado o gravador, e um caso rumoroso se estendeu nos Estados Unidos, comparando o gravador a um revólver (ver Lessig). Depois veio a televisão. Agora a internet. Por acaso violamos direitos de autor ao acessar a TV? Por que deveremos ser acusados de violação ao acessar a internet? Por acaso também não é possível o uso da internet para fins comerciais e não comerciais? Por acaso não é possível cobrar para acessar certos materiais? Sim, tudo isso é possível, e exageros devem ser combatidos.

6. Onde fica a dignidade diante da redução dos bens intelectuais a bens de consumo?

Se de um lado a tecnologia possibilitou um maior e mais amplo acesso aos bens intelectuais, parece que na mesma proporção em que a tecnologia foi tornando os bens intelectuais mais acessíveis as leis de direitos autorais passaram a se preocupar com a restrição, impondo então uma escassez artificial. Existe, efetivamente, uma tendência cruel de banalização dos bens intelectuais através de sua redução a bens de consumo. Pior ainda é o que está por trás disso: a manipulação dos conteúdos que são disponibilizados para o consumo. A manipulação do mercado de oferta de bens intelectuais passíveis de comercialização. O marketing agressivo, sendo o jabá mais um "bom" exemplo, tomando conta do espaço de liberdade que caberia ao indivíduo autônomo escolher enquanto sujeito que expressa um desejo específico, entendo, coloca em risco a possibilidade de emancipação do indivíduo, através da atualização de suas potencialidades.[217]

Aqui nos colocamos diante de uma encruzilhada que tem sido enfrentada pelos mais variados pesquisadores: o direito como um interesse, típico da visão utilitarista e reducionista, e o direito como uma garantia do indivíduo para sua realização como pessoa, o direito como um instrumento de realização do ser, e não como um fim em si mesmo, o direito como reconhecimento do poder criador original do ser, e que o diferencia dos demais, e por onde ele pode dialogar com suas diferenças. A verdade é que o direito autoral nasceu para regular

[214] Cfe. Pedro Canut Zazurca: "Acrónimo que identifica a las "Tecnologías de la Información y el Conocimiento", y bajo el que podemos aglutinar a la industria tecnológica, a la industria de las telecomunicaciones y a los buscadores de Internet (Disponível em: http://www.blogespierre.com/2010/06/02/%C2%BFy-los-autores-%C2%BFy-los-ciudadanos/#more-1704).
[215] http://www.blogespierre.com/2010/06/02/%C2%BFy-los-autores-%C2%BFy-los-ciudadanos/#more-1704
[216] http://www.blogespierre.com/2010/06/02/%C2%BFy-los-autores-%C2%BFy-los-ciudadanos/#more-1704
[217] "Quem controla o conteúdo determina a mensagem" (PROENZA, Francisco. *E-ParaTodos.* IN SILVEIRA, Sérgio Amadeo da. & CASSINO, João, Org **Software Livre e Inclusão Digital.,** cit., p. 146).

as relações comerciais entre empresas, então, por que deveria regular interesses privados não comerciais.[218] Parece que precisamos de leis regendo a comercialização, e que na realidade já existem, e menos leis regulando a apropriação e uso de bens intelectuais, uma vez que eles são abundantes.

É, pois, importante que se discuta a evidente redução do conhecimento a um objeto de consumo, e que se estabeleça limites a essa prática, compreendendo-se que é fundamental ao ser humano, que vive hoje, no século XXI, o acesso ao meio digital e ao conhecimento que ele proporciona, sob pena de não ser possível que efetivamente construa sua autonomia, obviamente fundamental à atualização de suas potencialidades, e assim, potencialização de sua dignidade.

Diz José de Oliveira Ascensão no resumo do evento: "*A banalização mercantilista da obra intelectual é um agravo à criação de alto nível, que deve pelo contrário disfrutar de um estatuto privilegiado*".

Como destacam de forma clara Sérgio Amadeu e Nelson Pretto, por trás do bloqueio do compartilhamento executado pela indústria cultural está a razão instrumental e uma ética do progresso e da subordinação da natureza. E é uma ética do progresso desgastada, uma ética obviamente vinculada à idéia de progresso como domínio da natureza e que hoje já não tem mais lugar. [219]

Há um grande estranhamento entre a política dos direitos humanos e a democracia e os mercados, como nota Donnelly, [220] e a propriedade intelectual é um bom exemplo da divergência entre uma política de direitos humanos, democracia e os mercados. Os bens intelectuais não se tornam escassos na medida do acesso a eles, quer dizer, não rivalizam entre si, pelo contrário. O ciberespaço permitiu a abundância, de modo que enquanto a economia antiga funcionava criando valores com base na escassez de bens, agora fundamenta-se exatamente no oposto, na total abundância. Como esclarece Kinsella:[221] "*Direitos de*

[218] As infovias comparadas às autoestradas que cobram pedágio: *"Uma empresa que instala uma das infraestruturas importantes que é o cabo de fibra ótica é proprietária deste cabo. Mas ela pode ditar quem pode ou quem não pode ter acesso para transmitir neste cabo? Uma empresa pode encontrar incentivo econômico em fazer acordos com outras empresas, garantindo exclusividade, um tipo de curral de comunicação. A Disney batalhou duramente, por exemplo, para ter este tipo de exclusividade. (...) Um governo pode até privatizar a manutenção de uma estrada, e autorizar a cobrança de um pedágio, mas assegura o seu caráter público, nenhuma administradora pode impedir o livre acesso de qualquer pessoa a esta estrada. E na infovia, como funciona? Em muitas cidades americanas, como Chicago, a prefeitura está instalando cabos públicos, para assegurar que os usuários possam receber e transmitir o que querem, reduzindo a pressão de empresas privadas para fazer acordos de acesso exclusivo para determinado tipo de clientes"* (DAWBOR, Ladislau. **Da propriedade intelectual à economia do conhecimento.** Disponível em: http://www.rts.org.br/artigos/artigos_-_2009/da-propriedade-intelectual-a-economia-do-conhecimento.)

[219] PRETTO, Nelson de Luca & SILVEIRA, Sérgio Amadeu da**. Além das redes de colaboração: internet, diversidade cultural e tecnologias do poder**. EDUFBA, 2008. p. 12.

[220] "Human rights are thus and in an important sense profoundly anti-democratic. Their aim is to frustrate the will of the people when it diverges from the requirements of human rights. (DONNELLY, Jack. **Ethics and international human rights.** In: COICAUD, Jean-Marc; WARNER, Daniel. **Ethics and International Affairs**: extent & limits. New York: United Nations University Press, 2001. p. 150).

[221] Kinsella, Stephan. **Contra a Propriedade Intelectual.** Trad. Rafael Holz. Instituto Ludwig von Mises Brasil: São Paulo, 2010. p. 27. De fato, podemos perceber que direitos sobre PI implicam uma nova regra para adquirir direitos sobre recursos escassos, que desloca o princípio libertário de primeira ocupação. Muitos oponentes de direitos sobre PI tipicamente apoiam apenas arranjos *contratuais* para proteger ideias e inovações – contratos privados entre donos de propriedade. Suponha, por exemplo, que *A* escreve um livro e venda cópias físicas dele para numerosos compradores *B1*, *B2*,... *Bn* com uma condição contratual de que cada comprador *B* seja obrigado a não vender ou fazer uma cópia do texto. Sob todas as teorias de contrato, todos os compradores *B* se tornam sujeitos a *A*, ao menos quanto a danos, se violarem essas condições (p. 37). (...) Tal sistema requer uma nova regra de apropriação que subverta a regra do primeiro ocupante. PI, ao menos na forma de patentes e direitos autorais, não pode ser justificada. Não é de surpreender que advogados de PI, artistas e inventores costumem tomar como dada a legitimidade da PI. No entanto, aqueles mais preocupados com a liberdade, com a verdade e com direitos não deveriam tomar como dado o uso institucionalizado da força para aplicar direitos sobre PI.

propriedade não são aplicáveis a coisas de abundância infinita, porque não há como haver conflito quanto a elas. Assim, direitos de propriedade devem possuir fronteiras objetivas, discerníveis, e devem ser alocadas de acordo com a regra do primeiro ocupante. Além disso, direitos de propriedade são aplicáveis apenas a recursos escassos. O problema com direitos sobre PI é que os objetos ideais protegidos pelos direitos sobre PI não são escassos; e, além disso, tais direitos de propriedade não são, e nem podem ser, alocados de acordo com a regra do primeiro ocupante... Ora, como bens intelectuais não são escassos, as leis de propriedade intelectual surgem para torná-los escassos – e com isso, passíveis de redução a um produto disputado no mercado de consumo...

É possível até mesmo ir mais longe: se a escassez é um resultado das leis de propriedade intelectual – porque efetivamente nunca o ser humano padeceu de escassez criativa, muito menos em termos qualitativos... a produção cultural existente sob o manto de proteção de leis de PI pode também ser simplesmente o resultado de uma produção planejada pelos interessados naquele determinado mercado de consumo. Ora, isso desvirtuaria totalmente a natureza originária da criação humana, que a princípio não surgia com o objetivo de ser comercializável. É isso que pode nos levar a acreditar que o excesso de produção atual é particularmente proporcional às mediocridades colocadas no mercado para serem pagas (!) para o consumo. A qualidade extraordinária de uma obra artística ou literária hoje é cada vez mais rara, e as obras são criadas para produzirem efeito de percepção imediata e efêmera. É a nossa sociedade excitada, como referiu Christoph Türcke, citado. [222]

Simon e Vieira chamam a atenção para a necessidade de politizar o debate sobre as transformações sociais e o domínio sobre bens intelectuais, pois *ele não pode continuar sendo tratado apenas da perspectiva privada, das vantagens estritamente individuais*. [223] Considerando a inexistência da rede na época de Aristóteles, parece que razoável apresentar um trocadilho no sentido de que "é da natureza da humanidade acessar" (como trocadilho para a famosa frase aristotélica: é da natureza humana conhecer). [224]

Na busca do equilíbrio entre direitos fundamentais, o direito de autor, e o direito de acesso à cultura, informação e educação, é importante que se ampliem as possibilidades de acesso para os fins educacionais, sem, contudo, destruir o próprio reconhecimento e respeito à autoria, que em si constitui igualmente um modo fundamental de respeito à dignidade da pessoa humana. Não é possível, entretanto, concluir que a criação e desenvolvimento cultural dependem das leis de PI, pois o que parece depender delas é o mercado artificial que se desenvolveu devido à proteção da PI. Por outro lado, os direitos morais do autor podem

[222] TÜRCKE, Christoph. **Sociedade excitada: filosofia da sensação.** Campinas: Editora da Unicamp, 2010. Trad. Antonio A. S. Zuin

[223] SIMON, Imre & VIEIRA, Miguel Said. *O rossio não-rival.* In PRETTO, Nelson de Luca & SILVEIRA, Sérgio Amadeu da**. Além das redes de colaboração: internet, diversidade cultural e tecnologias do poder**. EDUFBA, 2008. p. 19 e 25.

[224] Como lembra John Willinsky: *The principle was, in a sense, identified at the very outset of the Western version of the scholarly project when Aristotle opened the Metaphysics with the statement ''All humankind by nature desires to know.''. As this desire is rightly identified, I believe, as part of our nature, it stands as a human right to know* (WILLINSKY, John. **The Access Principle: the case for Open Access to Research and Scholarship.** Institute of Technology: Massachusetts, 2006. p. 6-7. Disponível em: http://mitpress.mit.edu/0262232421). E como refere Ladislau Dawbor: A verdade é que o contexto da economia criativa mudou radicalmente, pois ainda que haja custos na produção de uma obra criativa, uma vez criada, esta obra pode se tornar em fator de enriquecimento de toda a humanidade, já que a disponibilização é praticamente gratuita. Quando a disponibilização exigia suporte material – o livro impresso, o disco, a fita – era natural que fosse cobrado o custo incorporado. Sem a editora, sem a emissora de TV, as pessoas não saberiam da criação. A disponibilização e generalização do conhecimento se fazia graças a elas. Hoje, estas mesmas corporações tentam evitar a disponibilização, pois com a era digital, podemos apreciar um livro, uma música, um filme, sem precisar de suporte material. Em vez de se adaptar às novas tecnologias, e buscar outra forma de agregar valor, as mesmas corporações buscam travar o seu acesso, e criminalizar o seu uso (DAWBOR, Ladislau. **Da propriedade intelectual à economia do conhecimento.** Disponível em: http://www.rts.org.br/artigos/artigos_-_2009/da-propriedade-intelectual-a-economia-do-conhecimento).

perfeitamente continuar a existir sem nenhuma restrição com a maior liberdade de acesso em relação às prerrogativas pecuniárias. A prerrogativa moral é um imperativo ético, enquanto que a liberdade de acessar o conhecimento produzido pelo ser humano também é, mas o direito de explorar economicamente tal necessidade humana, não o parece ser, em definitivo.

A redução, portanto, dos bens intelectuais a uma mercadoria merece ser combatida, de modo que empresas que se destinavam a viver da exploração de bens intelectuais ajustem seus negócios a novas formas de negociação, para fazer compreender no seu modelo igualmente a realidade digital e o acesso a conteúdos protegidos, em algum grau, como um direito que diz tanto respeito à dignidade humana quanto o próprio direito de reconhecimento e exercício da autoria. O grau em que isso será estabelecido, é claro, demanda amplo debate da sociedade civil, da esfera pública, que no Brasil foi justamente chamada a debater uma nova lei de direitos autorais.

Na realidade, bens culturais podem se tornar gratuitos em função da era digital, e isso não é motivo para terror e depressão, a não ser preocupação para as famosas TICs, ou seja indústrias de tecnologia e conhecimento. Mas enquanto as indústrias de tecnologia festejam altos ganhos em função da ampliação do acesso, as indústrias de conhecimento, ou conteúdo, fazem um grande drama em função da diminuição dos ganhos porque não conseguem mais impor o custo do suporte material na distribuição. Entretanto, essa é uma briga que deveria permanecer entre distribuidores e produtores, mas não entre as pessoas em geral que precisam acessar o conhecimento, sabendo-se que o acesso pode significar o grande instrumento de diminuição das desigualdades no mundo.

Considerações Finais

A dignidade é um estado coletivo. Sendo seres sociais, dependemos do diálogo com o outro. A dignidade é decorrência de um reconhecimento mútuo de capacidades partilhadas ou seja, é uma prática emancipatória, em permanente atualização e por ser uma prática constante, só tem sentido na pluralidade.

A diversidade passa a ser condição da dignidade, pois através dela o próprio diálogo é possível, e através dele, o reconhecimento de si próprio. A alteridade e a relação intersubjetiva é fundamental para um diálogo. O diálogo substancial é fundamental para a construção da singularidade. Diálogo que só é possível a uma individualidade no contexto de uma pluralidade. Mesmo a autonomia só é possível de forma limitada, pois depende do social. O sujeito é autônomo dentro do limite de sua cultura e de seu acesso.

E o sujeito é autônomo na medida em que é possível a atualização de suas potencialidades, o que só é viável diante do diálogo intersubjetivo entre si e o outro que acessa a cultura que ele, autor, produz. Como disse Castor Ruiz, a liberdade liberal tornou popular o adágio: “a minha liberdade termina onde começa a do outro”. Mas um novo adágio poderia ser, agora, na perspectiva da *alteridade: “a minha liberdade se expande com a liberdade do outro”.*

Na disputa entre modelos econômicos distintos, aquele baseado na escassez, que fazia um uso da propriedade intelectual, e o modelo atual, da abundância na rede, onde a propriedade intelectual passa a constituir um instrumento de barreira ao acesso, a conquista da autonomia com base no respeito à dignidade humana assume papel fundamental.

Diante disso, precisamos repensar toda e qualquer restrição ao acesso a bens que tornem possível a construção da autonomia e liberdade do sujeito, que limitem sua potencialidade real para um diálogo substancial.

4.3 Direito autoral e Função Social

4.3.1 Os Novos Contextos do Direito Autoral: a Tecnologia como Instrumento para a Efetivação da Função Social dos Direitos de Autor

Stella Monson Tolotti[*]
Eduardo Pires[**]

RESUMO
O direito de autor abarca, por lei, a proteção tanto material quanto moral das obras de cunho intelectual, constituindo-se em proteção exclusiva ao autor. Contudo, ao integrar os direitos de propriedade intelectual, entende-se que é possível aplicar-lhe o princípio da função social da propriedade, dentro do novo contexto dogmático-jurídico, pelo qual a Constituição Federal passa a irradiar seus princípios a todo o ordenamento infraconstitucional. Surge, entre tais enfoques, um conflito, tendo-se, de um lado, a proteção quase absoluta ao autor, enquanto sujeito criador de uma obra de cunho intelectual, e, de outro, a necessidade de funcionalização dessas normas protetivas. É necessário, portanto, que a proteção legal a tais obras atenda não só aos objetivos específicos do autor, mas também de toda a sociedade, tendo-se por princípio fundamental o da função social da propriedade. Tal objetivo, contudo, colide frontalmente com os interesses específicos do autor e com o objetivo precípuo da Lei de Direitos Autorais, inclusive porque remete à necessidade de acesso da sociedade às obras, o que configura, no mínimo, uma mitigação dos direitos patrimoniais do autor. Além disso, em razão do desenvolvimento acelerado das novas tecnologias, foi permitido de fato o que não é permitido pelo Direito: o uso das obras sem autorização do autor, seja pela cópia, modificação, transferência, entre outros. Tais práticas violam diversos preceitos fundamentadores da proteção autoral; contudo, vê-se claramente que a sociedade passou a ter um acesso às obras antes praticamente inexistente, ou seja, tais obras passaram a alcançar um número bem maior de pessoas, em especial através da *rede*, o que constituiria um dos objetivos da função social e também vem em benefício do autor, uma vez que o torna conhecido pelos “consumidores” de sua obra.

PALAVRAS-CHAVE
Direito de autor, novas tecnologias, função social.

ABSTRACT
The rights of author covers, by law, both material and moral protection of works of intellectual nature, which makes it an exclusive protection to the author. However, by integrating the intellectual property rights means that it is possible to apply the principle of social function of property within the new context-dogmatic law by which the Federal Constitution is to radiate its principles throughout the planning infra. Arises between these approaches, a conflict and it was on one side, the almost absolute protection to the author as the subject creator of a work of intellectual nature, and, secondly, the need for functionalization of these protective standards. It is therefore necessary that the legal protection to such works not only meets the specific objectives of the author, but also the whole society and it was a fundamental principle of the social function of property.This goal, however, collides head on with the specific interests of the author and with the ultimate goal of the Copyright Act, including because it refers to the need for access to works of the company, constituting at least a mitigation of the rights of the author .Moreover, because of the accelerated development of new technologies, was allowed in fact what is not allowed by law: the use of works without authorization of the author, or by copy, modify, transfer, among others. Such practices violate several fundamental precepts of rights of author protection, however, one sees clearly that the company now has access to a virtually non-existent prior works, namely, that these works began to reach a much larger number of people, particularly through

[*] Graduanda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, Bolsista PIBIC FAPERGS, Membro do Grupo de Pesquisa Direito de Autor no Constitucionalismo Contemporâneo.
[**] Mestrando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, Bolsista CAPES – PROSUP, Membro do Grupo de Pesquisa Direito de Autor no Constitucionalismo Contemporâneo. Advogado.

the network , which would be one of the goals of social function and also has the benefit of the author, since it makes it known to the consumers of his work.

KEYWORDS
Rights of author, new technologies, social function.

INTRODUÇÃO

As obras transcenderam os limites físicos, abandonaram seus suportes fáticos. Caíram na *rede*. Libertaram-se. Como um ciclo, elas voltaram às suas origens, da época em que o pensamento se desenvolvia do povo e para o povo, sem suportes e sem comercialização.

Por outro lado, deve-se lembrar que as obras possuem hoje, indiscutivelmente, um valor agregado e normas que regulamentam o seu uso, as quais estão sendo afrontadas em razão do uso indiscriminado das obras na *internet*.

No entanto, ao contrário do que se pode pensar, as novas tecnologias não são uma ameaça aos direitos de autor; muito pelo contrário, são uma ferramenta fundamental que trará a possibilidade de concretização da função social a que esse instituto deve cumprir, possibilitando a disseminação da cultura e a difusão das obras intelectuais em um âmbito jamais visto.

Sob este aspecto, inclusive o autor se beneficiará, pois, a um lado, verá sua obra alcançando lugares nunca antes imaginados, através da *internet*; por outro lado, ele próprio terá acesso a uma gigantesca gama de material, de informações e obras que poderão servir de subsídio para suas próprias criações.

Por último, com o uso que se propõe de ferramentas como o *creative commons*, o autor protege suas obras de violações morais e patrimoniais, condicionado à licença escolhida, sem, no entanto, barrar a disseminação e o incremento cultural por ela gerado. Vivencia-se um momento decisivo para o Direito Autoral, que poderá, inclusive, trazer grandes consequências para o patrimônio cultural de toda a humanidade.

1 A Revolução Digital

A sociedade evoluiu e, com ela, sua tecnologia e seus meios de transmissão da informação. A cultura falada das sociedades antigas sofreu um grande impacto com o surgimento do papel; mais tarde, a reprodução manuscrita das obras praticamente deixou de existir com a invenção da imprensa por Gutemberg; agora, a imprensa de tipos deixa de ser o foco da discussão, pois a sociedade passou a priorizar a informação on line, digitalizada a partir das combinações de "0" e "1".

Assim, o que se observa é que mudaram não só os meios, mas a repercussão que estes poderiam provocar. Se, no início, a transmissão oral das ideias acabava por restringir aquele conhecimento a uma ou mais comunidades, com a imprensa foi possível, assimilando a informação a um suporte fático, levá-lo a locais mais distantes. No entanto, agora, na contramão dessa evolução, sobreveio a desvinculação da obra de seu suporte, para levá-la mais longe ainda: ao mundo inteiro. No ambiente digital, "não se fala em cópias, mas em infinitas escalas de originais, com produção em escala infindável e custo em torno de zero"[225].

Foi com fins militares que a *internet* surgiu, em 1969; após, migrou para um sistema de intercomunicação, cujo objetivo principal era interligar usuários de um sistema a grandes computadores, que continham uma série de informações relacionadas a pesquisas científicas. Havia a rede local de uma universidade que, por meio de linhas telefônicas, ligava-se às redes locais de outras universidades, permitindo o acesso às informações por qualquer um dos caminhos da teia[226].

[225] MONIZ, Pedro de Paranaguá. CERDEIRA, Pablo de Camargo. *Copyleft e software livre: uma opção pela razão: eficiência tecnológica, econômica e social – 1.* In: Revista da ABPI, São Paulo, n° 70, maio/jun. 2004. p. 66.
[226] BARBOSA, Denis B.; JESSEN, Nelida J. *O uso livre de música encontrada na internet*. In: Revista do Direito Autoral. São Paulo, Ano I, n. II, fev. de 2005. p. 156.

A *internet* não é, portanto, um local físico; funciona como uma enorme rede conectando diversos grupos de computadores interligados: é uma rede de redes[227]. É o chamado ambiente virtual, que não guarda qualquer relação com limites físicos ou espaços geográficos.

A *internet*, por consequência, abriu espaço para a criação de diversos instrumentos de uso das informações ali disponíveis. Foi assim que surgiram práticas como a *mixagem*, o *sample*[228], além, é claro, da simples cópia de textos, músicas e tantas outras obras, considerando-se que, ao contrário da cópia em meios concretos (papel, *compact disc*), a cópia digital na grande maioria das vezes se iguala ao seu original.

2 A Proteção Legal ao Direito de Autor

O direito de autor é, hoje, um dos institutos do Direito mais discutido e questionado, pondo-se à prova sua eficácia e, até mesmo, sua validade e concretude. Tal instituto, ao regular um campo tão controverso como este, afeito à proteção de obras de cunho intelectual, sofre inúmeras acusações com relação a sua não adaptação à realidade fática que visa proteger.

Tais acusações, de fato, são verdadeiras na medida em que a evolução da sociedade para o que se chama hoje de *sociedade em rede* gerou uma série de desajustes com o que se entendia antes por direito de autor e o que ele hoje realmente representa. As obras de cunho intelectual, que antes estavam diretamente relacionadas a um suporte fático, hoje não necessariamente estão mais, assim, sua aquisição, modificação e especialmente cópia pode ser realizada por diversos meios virtuais. Dessa forma, se antes o autor tinha o controle quase absoluto sobre sua obra e suas derivações, hoje, o autor "perdeu-a de vista"; a obra não se encontra mais vinculada a qualquer suporte, e a proteção legal está completamente em descompasso com as inovações tecnológicas e com o contexto virtual que vem se desenvolvendo nos últimos anos.

Observe-se que a proteção legal vigente data de 1998; de lá para cá, o mundo transformou-se de tal maneira que é até absurdo buscar suporte a determinadas situações no referido diploma legal. O mundo globalizou-se. A *sociedade em rede* é uma realidade e tudo o que acontece gira em torno dela. Há, portanto, uma necessidade pulsante de adequar a proteção legal a essa realidade, assegurando ao autor seus direitos inerentes e fundamentais.

Contudo, é necessário perceber que tal adequação não irá pleitear a efetividade perdida pelo diploma legal atual, buscando a proteção quase absoluta ao autor. Muito pelo contrário. Na esteira da constitucionalização do direito privado, irá buscar-se a função social do direito de autor, de forma a demonstrar que não só o criador tem direitos, mas também a sociedade, motivo pelo qual defender-se-á o "uso justo" desse direito.

O Direito de Autor sofreu, de fato, fortes impactos em razão da popularização do uso da *internet*. Ao transformar a informação em arquivo digital, torna-se possível reproduzi-la instantaneamente, sem qualquer diferença entre a cópia e o original. Ainda, em uma pequena fração de segundos pode-se realizar não apenas uma, mas milhares de cópias. Ao contrário da tecnologia analógica, a digital abriu caminhos para a transmissão de dados sem limites, o que foi apenas reforçado com as melhorias nos suportes utilizados para tanto – enquanto *modens* mais comuns alcançam velocidades acima de 56 kbps, aqueles com suporte em linhas telefônicas digitais atingem velocidades de 512 kbps, o que torna possível a recepção e cópia dos registros escritos e musicais à disposição na *internet* com uma grande facilidade e em cada vez menos tempo[229].

As possibilidades são infinitas. Os meios são intermináveis e diariamente renováveis. O conteúdo, cada vez mais acessível – quando já não se encontra na rede, o usuário trata de inseri-lo, seja transferindo as músicas do seu CD para o computador, seja digitalizando um livro, ou seja, digitando uma pequena poesia para disponibilizá-la em seu *blog*.

[227] BARBOSA, Denis Borges e JESSEN, Nelida Jabik. *O Uso Livre de Música Encontrada na Internet.* In: Revista do Direito Autoral. São Paulo, Ano I, n. II, fev. de 2005. p. 156.

[228] O termo *sample* , assim como a prática denominada *sampling*, refere-sem à forma de utilização das obras musicais pela qual utilizam-se trechos de uma ou mais músicas já existentes para compor uma nova música. *God Copy, Bad Copy*. Vídeo (versão original) disponível em: <http://www.goodcopybadcopy.net/>. Acesso em: 25 maio 2010.

[229] ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos*: a dimensão pública do direito autoral na sociedade de informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 245.

A estrutura prevista pelo legislador, portanto, está obsoleta. A idéia de um autor que cria sua obra e diretamente autoriza seu uso a cada situação é algo não só em extinção, como em total descompasso com a realidade, que, em substituição à situação relatada, traz à tona a cultura de massas. Os produtos são disponibilizados para um sem-número de consumidores simultaneamente, através de difusores de informação. Dessa forma, não há qualquer possibilidade de autorização individual para cada eventual uso, se o autor não tem sequer conhecimento de até onde sua obra está chegando[230].

Como agravante, tem-se as técnicas "multimídia", que permitem a utilização simultânea de uma série de obras de diversas categorias[231]. Assim, utilizando-se instrumentos de imagem e de som, é possível criar um vídeo e disponibilizá-lo no *Youtube* no mesmo instante, ferindo os direitos autorais quanto às músicas, às imagens, talvez fotos, cenas, etc., tudo em apenas um vídeo de poucos minutos.

Antes, um livro estava obrigatoriamente vinculado ao papel em que estava impresso e as músicas a um disco rígido onde estavam gravadas; esses objetos, que configuravam o *corpus mechanicum* no qual estava contida a criação intelectual, traduziam a obra como um todo. Era possível, assim, agregar valor, comercializar e, inclusive, controlar a localização real das obras, pela intrínseca necessidade de um suporte fático para que existissem.

Hoje, com a possibilidade de digitalizar os arquivos, a obra abandonou sua obrigatória vinculação a um suporte fático e, assim, tornou-se quase impossível controlar sua difusão. Com a transformação de qualquer criação – seja ela escrita, cantada, etc. – em *bytes*, tornando-a um arquivo digital, ela praticamente perdeu sua infungibilidade – pois facilmente faz-se uma cópia, idêntica à original – e perdeu-se igualmente o controle sobre ela. Ao transitar na *internet*, dadas as características da *rede*, é, de fato, impossível determinar sua real localização ou a de suas cópias, que, aliás, são, em sua maioria, à própria obra.

No entanto, não basta analisar apenas o aspecto relativo à proteção das obras. O que se observa é a configuração de uma nova sociedade, a *sociedade em rede*. Toda a lógica das relações entre os indivíduos estrutura-se em torno da *internet*, no que Castells denominou de Era da Informação:

> portanto, em um mundo construído em torno das tecnologias da informação, sociedade da informação, informatização, infovia e coisas parecidas (todos os termos originaram-se no Japão nos meados dos anos 60 – Johoka Shakai, em japonês – e foram transmitidos para o Ocidente em 1978 por Simon Nora e Alain Minc, com todo o seu exotismo), um título como A Era da Informação aponta diretamente as questões a serem levantadas, sem prejulgar respostas.[232]

A partir da *internet*, a sociedade passou a ter um acesso quase que irrestrito a uma enxurrada de informações, seja através de notícias, músicas, filmes, textos. De fato, todos esses conjuntos de informações são, em grande parte, obras protegidas por direitos autorais. Há, portanto, inúmeras ofensas sendo perpetradas a esses direitos a todo instante, na *internet*, a cada obra copiada, a cada *download* realizado.

No entanto, é impossível negar a enorme contribuição cultural trazida pela *rede*. Isso porque toda a informação inserida no ambiente digital está disponível ao acesso, em qualquer parte do mundo, interligando pessoas em todo o planeta e tornando possível o conhecimento, por exemplo, por parte de um indivíduo de outro continente, das obras intelectuais produzidas aqui no Brasil sem que, para isso, tivesse que se deslocar ao nosso país. É a irrestrita difusão da cultura e do conhecimento, com a construção de uma base de informação sem limites e disponível a todas as pessoas; é a mundialização do conhecimento humano. O novo paradigma tecnológico surgido no século XXI é organizado a partir da informação[233]; é através dela que as pessoas se comunicam e promovem o intercâmbio de informações, aumentando cada vez mais o repositório cultural da humanidade.

---

[230] ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 07

[231] ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 07

[232] CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 46.

[233] WACHOWICZ, Marcos. A Revolução Tecnológica da Informação – Os valores éticos para uma efetiva tutela jurídica dos bens intelectuais. In: ADOLFO, Luis Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Coords.). *Direito da Propriedade Intelectual*: Estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2006. p. 41.

O que se observa é uma norma que não mais de adequa à realidade, um autor, em tese, desamparado frente ao uso desenfreado de suas criações e uma sociedade que, contrariando a previsão legal, busca desenvolver por si própria sua cultura, sem a devida promoção que o princípio da função social exigiria.

Todavia, além de impossível, seria um contra senso impedir o desenvolvimento da rede e a transmissão e modificação de obras através desta. Isso porque, com a internet, é possível promover o acesso de uma obra a um número muito maior de pessoas do que apenas através de sua vinculação a um meio fático. Por seu meio virtual, é possível que ela chegue a diversos locais do país e também do mundo, sem grandes esforços e gastos por parte do autor. As modificações, por seu turno, promovem o desenvolvimento da cultura, pois permitem a reciclagem desta através das constantes criações e recriações.

Cabe, portanto, analisar como será possível concretizar a necessária proteção aos direitos do autor em uma era em que quase não mais se identifica o autor de uma obra.

> 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, […]. Cumpre, sim, ver as alterações que a idéia de propriedade intelectual sofre ou poderia sofrer em razão dessas transformações, sob pena de se ignorar uma parcela muito grande da realidade.[234]

O que se propõe, aqui, é uma mudança de interpretação, e, por que não, de conceitos, como ocorreu à época da Revolução Francesa: ao se expandir o conceito de proteção autoral, deixou-se de lado a visão da mera materialidade da obra para dar início a uma proteção à criação intelectual como um todo.

Assim, faz-se necessária uma ampliação de conceitos, e, quem sabe, uma mudança de paradigma; que a obra não seja mais encarada como um fim em si mesma; que não seja mais vista como algo pronto e acabado, como um produto engessado sobre o qual o autor detém domínio quase absoluto.

A obra não é um fim, é um meio; faz parte de um processo contínuo, o de construção e desenvolvimento da cultura e conhecimento da sociedade. Dessa forma, cada obra criada dará ensejo a outras tantas, sendo utilizada e reutilizada como inspiração, e, até mesmo, como base para outras criações. Certamente que ao autor cabe uma série de direitos; de fato, a proteção é também um estímulo a novas criações; no entanto, engessar a obra dentro da proteção patrimonial e moral, impedindo seu largo uso e modificação é um total contra senso, pois impede o livre desenvolvimento de todos os outros integrantes da comunidade, que poderão ser autores também.

No entanto, deve haver uma forma de proteção que abarque tais mudanças sem, contudo, deixar o autor desamparado. Para tanto, apresenta-se, aqui, a guisa de uma possível solução, a aplicação do princípio americano do *fair use*, ou, em tradução livre, "uso justo".

3 O "Uso Justo" e o Uso das Novas Tecnologias na Promoção da Função Social do Direito de Autor

Partindo-se da concepção de que o desenvolvimento tecnológico é irreversível, propõe-se uma nova análise: que não se veja mais as tecnologias como meios de violação dos direitos dos autores, mas como forma de concretização de sua função social.

É pacífico que os Direitos de Autor devem atender à sua função social; isso não está, contudo, plenamente consolidado, pois em muitos aspectos o acesso da sociedade às obras está restrito, havendo até mesmo situações em que não há acesso (como, por exemplo, no caso de obras raras ou de edição esgotada).

[234] LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura.* Disponível em: <http://www.overmundo.com.br/banco/livro-direito-tecnologia-e-cultura-ronaldo-lemos>. Acesso em: 12 maio 2010. p. 11.

Dessa forma, propõe-se aliar as novas tecnologias aos Direitos de Autor, como forma de difusão das criações intelectuais, alcance da função social, e, inclusive, como meio de divulgação das obras, beneficiando tanto o autor como a coletividade.

3.1 Do fair use ao creative commons

Em razão das prementes necessidades de adaptação da norma legal à realidade das novas tecnologias, faz-se um comparativo da função social dos Direitos de Autor com o princípio americano do *fair use*, ou "uso justo". Este constitui uma cláusula geral que visa promover a interpretação de determinadas condutas sob uma ótica que se assemelha ao princípio brasileiro da função social, considerando tais condutas não ofensivas aos direitos do autor.

A legislação americana de direito autoral, o *Copyright Law*, comumente conhecido como *copyright*, constitui o Título 17 do *United States Code*[235]. Tal documento menciona a regulamentação do *fair use*[236] como exceção ao *copyright*, definindo genericamente seus parâmetros de aplicação:

> é ilegal a qualquer um violar qualquer dos direitos previstos na lei do copyright. Estes direitos, contudo, não têm o objetivo de serem ilimitados. As seções 107 até 121 do Copyright Act de 1976, estabelecem limitações a esses direitos. Em alguns casos, tais limitações são específicas isenções à observância ao copyright. A principal limitação é a doutrina do "fair use", a qual possui seu fundamento legal na seção 107 do Copyright Act de 1976. Em outra instância, a licença assume a forma de uma "licença compulsória" no âmbito da qual certos usos limitados de obras protegidas pelo copyright são permitidos mediante o pagamento de *royalties* específicos e cumprimento das condições legais.[237]

Dessa forma, o *Copyright Act*, um dos instrumentos integrantes do *Copyright Law*, prevê, em seu Capítulo 1, § 107, a possibilidade do *fair use*, assim descrito:

> O uso justificado de uma obra protegida pelo direito de autor, incluindo o seu uso por meio de reprodução em cópias ou gravadores ou por qualquer outro meio especificado por este artigo, para fins de crítica, comentário, noticiário, ensino (incluindo múltiplas cópias para utilização em salas de aula), educação ou pesquisa, não constitui infração ao direito de autor. Na determinação de que o uso da obra, em qualquer caso particular, constitui uso justificado, os fatores a serem considerados incluem:
>
> 1 o propósito e a forma do uso, incluindo se esse uso tem natureza comercial ou se tem propósitos educacionais, sem fins lucrativos;
>
> 2 a natureza da obra protegida pelo direito de autor;
>
> 3 o tamanho e a substancialidade da parte utilizada, se considerada a totalidade da obra protegida pelo direito de autor; e
>
> 4 os efeitos do uso com relação ao mercado potencial ou ao valor da obra protegida pelo direito de autor.

[235] Disponível em: < http://www.copyright.gov/title17/>. Acesso em: 14 maio 2010.

[236] A enciclopédia On Line *Wikipedia* define *fair use* – uso honesto ou uso justo, ou *uso aceitável*, em tradução literal para o português – como "um conceito da legislação dos Estados Unidos da América que permite o uso de material protegido por direitos autorais sob certas circunstâncias, [...] Outros países têm leis semelhantes, porém sua existência e aplicabilidade variam de país para país. [...] O termo *fair use* refere-se unicamente aos Estados Unidos, ainda que princípio semelhante exista em algumas outras jurisdições baseadas na *common law*.". (Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Fair_use>. Acesso em: 14 maio 2010.

[237] No original, lê-se: It is illegal for anyone to violate any of the rights provided by the copyright law to the owner of copyright. These rights, however, are not unlimited in scope. Sections 107 through 121 of the 1976 Copyright Act establish limitations on these rights. In some cases, these limitations are specified exemptions from copyright liability. One major limitation is the doctrine of "fair use," which is given a statutory basis in section 107 of the 1976 Copyright Act. In other instances, the limitation takes the form of a "compulsory license" under which certain limited uses of copyrighted works are permitted upon payment of specified royalties and compliance with statutory conditions." Disponível em: <http://www.copyright.gov/circs/>. Acesso em: 14 maio 2010.

> O fato de uma obra não ser publicada não deve, por si só, impedir a verificação do uso justificado se essa verificação for feita com base na consideração de todos os fatores acima.[238]

Ainda na mesma análise, o art. 189 do Copyright Act prevê[239]:

> Uso não restrito
> (1) A proteção concedida neste título não inclui:
> (a) uso privado;
> (b) trechos de performance, fonograma, videofonograma, ou programa transmitido por radiodifusão, a menos que o uso desses trechos seja justificado por motivos de informação ou crítica, ou outras razões autorizadas para cotações ou sumários referidas no subparágrafo (f) do art. 75;
> (c) uso para fins exclusivamente científicos ou educacionais;
> (d) fixação efêmera realizada por empresa de radiodifusão;
> (e) fixação ou reprodução por entidades públicas ou agentes do serviço público por razão de excepcional interesse documental ou para arquivo;
> (f) outros casos nos quais o uso da obra sem a permissão do autor seja legal.
> […].”

Dessa forma, o *fair use* encontra-se regulamentado na legislação norte-americana como fundamento para casos de exceção à proteção legal do *copyright*. Representa um princípio geral à disposição do poder judiciário, que contará com maior flexibilidade na tentativa de assegurar o interesse público de livre acesso e utilização das obras intelectuais, frente ao direito exclusivo de proteção ao autor[240]. Pode-se dizer, portanto, que o *fair use* “mitiga a exclusividade absoluta concedida ao autor.”[241]

No entanto, surge a evidente discussão quanto à possibilidade de aplicação do princípio do *fair use* às obras brasileiras. Quanto ao detentor do *copyright*, o eventual prejuízo do autor restringe-se à perda monetária, a qual tampouco é considerada em face do referido princípio, pois este se destina a usos limitados e com fins não comerciais, o que, em tese, não afetaria ao autor. No entanto, no Brasil, em razão da proteção moral às obras, o eventual prejuízo, em razão da possível aplicação do princípio,

---

[238] CARBONI, Guilherme. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 132. No original, lê-se:
“§ 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 or copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use t he 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 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.” (*The U.S. Copyright Act,* 17 U.S.C. §§ 101 – 810 – Copyright Law of the United States of America and Related Laws Contained in Title 17 of the *United States Code*).

[239] CARBONI, Guilherme. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 133. Na versão original, em inglês, lê-se: “*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 wich use of the work without the author’s consent is lawful.
[…].”.” (*The U.S. Copyright Act,* 17 U.S.C. §§ 101 – 810 – Copyright Law of the United States of America and Related Laws Contained in Title 17 of the *United States Code*).

[240] CARBONI, Guilherme. *Função social do direito de autor.* Curitiba: Juruá, 2006. p. 134.

[241] MORAES, Rodrigo. *A função social da propriedade intelectual na era das novas tecnologias*. Disponível em: <http://www.rodrigomoraes.adv.br/monografia.pdf>. Acesso em: 21 maio 2010. p. 30.

seria não apenas patrimonial, mas também moral; o autor, conforme a legislação vigente sofreria prejuízos em seu direito moral de proteção à integridade da obra.

Ademais, observa-se outra contundente diferença entre ambas as legislações: a Carta Magna dos Estados Unidos da América possui a *intellectual property clause*, a qual prevê que o Estado tem, dentre seus objetivos, o de "promover o progresso da ciência e das artes úteis, garantindo, por tempo limitado, aos autores e inventores o direito exclusivo aos seus escritos ou descobertas; (...)[242]; a qual constitui, por um lado, uma garantia, e, por outro, uma limitação intrínseca; a chamada cláusula finalística[243]. Na Constituição Federal brasileira, no entanto, não há qualquer previsão semelhante[244].

Dessa forma, observa-se a impossibilidade da mera aplicação direta do princípio do *fair use* à legislação brasileira, pois tal afrontaria diretamente a própria Lei de Direitos Autorais. Todavia, ignorá-lo seria ainda mais absurdo, pois sua fundamentação traduz exatamente o que se busca com o instituto da função social, ou seja, buscar, sem deixar de lado a proteção ao autor, a promoção e o desenvolvimento cultural e educacional da sociedade.

O princípio do *fair use* pode ser tido, no entanto, como um conceito a ser interpretado, mas que demonstra ser possível a concretização a função social do Direito de Autor através da aplicabilidade do conceito de "uso justo". De fato, observa-se que já há institutos derivados deste princípio, dentre os quais se destacam as licenças públicas, criadas como alternativas ao autor para disponibilizar suas obras ao público e, ao mesmo tempo, resguardar seus direitos.

As licenças públicas são licenciamentos que, ao serem adotados pelo autor, permitem que este abra mão de parte de seus direitos em prol da divulgação das obras e dos benefícios coletivos que elas podem gerar, optando por reservar-se apenas alguns direitos ("*some rights reserved*" ao invés de "*all rights reserved*")[245]. É através dessas licenças que o autor poderá promover um maior acesso à cultura e ao conhecimento[246], ao permitir o uso de sua obra por toda a sociedade, nas condições determinadas a partir das licenças adotadas[247].

Permanece a comercialização da obra; o que muda, no entanto, é que, dependendo da licença escolhida pelo autor, o adquirente poderá modificar a obra e redistribui-la livremente[248]. O que ocorre é o desenvolvimento das ideias e a evolução do conhecimento, pois, no momento em que o autor licencia aos usuários a modificação e reprodução, ele está autorizando que se façam acréscimos, modificações em sua obra, possivelmente melhorando-a; assim, o próximo que tiver acesso a ela, pela redistribuição daquele que a alterou, terá em mãos uma obra melhorada, podendo acrescer a ela seu próprio conhecimento; e assim subsequentemente, vislumbrando-se, assim, um processo contínuo de (re)construção da cultura e do conhecimento da sociedade.

Essas licenças integram um projeto desenvolvido pelo Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro (Direito Rio)[249], com o apoio do Ministério da Cultura[250], e que tem, como principal mentor o brasileiro Ronaldo Lemos, diretor do CTS da FGV-Rio. Lemos, que participou da tradução e adaptação das licenças para o ordenamento jurídico

---

[242] No original, lê-se: "(…) *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*". Cláusula de direitos autorais e de patentes da Constituição Americana, art. I, § 8, cl. 8.

[243] SANTOS, Manoel J. Pereira dos. *Tecnologia da informação e direito de autor*. Palestra proferida no II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. Florianópolis, UFSC, 2008. *Homepage* do evento: <http://www.direitoautoral.ufsc.br/home.php>.

[244] Há, apenas, a proteção aos direitos do autor, bem como a promoção da cultura como objetivo do Estado; entre outros dispositivos semelhantes, conforme referido em capítulo anterior.

[245] LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. Disponível em: <http://www.overmundo.com.br/banco/livro-direito-tecnologia-e-cultura-ronaldo-lemos>. Acesso em: 12 maio 2010. p. 85.

[246] LEMOS, Ronaldo; BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Copyleft, software livre e creative commons: a nova feição dos direitos autorais e as obras colaborativas*. Disponível em: <http://virtualbib.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2796/Copyleft_Software_Livre_e_CC_A_Nova%20Feicao_dos_Direitos_Autorais_e_as_Obras_Colaborativas.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 maio 2010. p. 22.

[247] LEMOS, Ronaldo e BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Copyleft, software livre e creative commons: a nova feição dos direitos autorais e as obras colaborativas.* Disponível em: <http://virtualbib.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2796/Copyleft_Software_Livre_e_CC_A_Nova%20Feicao_dos_Direitos_Autorais_e_as_Obras_Colaborativas.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 maio 2010. p. 15.

[248] VIANNA, Túlio Lima. *A ideologia da propriedade intelectual: a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais do autor*. Anuário de derecho constitucional latinoamericano. Tomo II. Uruguai: Mastergraf, 2006. p. 939.

[249] Disponível em: <http://www.direitorio.fgv.br/cts>. Acesso em: 14 maio 2010.

[250] <www.creativecommons.org/projects/international/br>.

brasileiro, afirma que, ainda que a iniciativa seja norte-americana, o projeto é global; tanto assim que o Brasil foi o terceiro país a se integrar, seguindo o caminho da Finlândia e do Japão[251].

Referidas licenças podem ser vistas como uma forma de incentivo ao autor por promover a divulgação do seu trabalho, tornando-o reconhecido de uma forma consideravelmente mais ampla do que se a divulgação se restringisse aos meios formais e vinculantes da obra ao seu suporte fático. Aliás, a prisão de uma obra ao seu suporte fático, seja o papel do livro ou o disco rígido do CD, restringe em muito a sua disseminação, em especial na era da tecnologia vivenciada atualmente, na qual grande parte do que se busca em termos de informação, cultura e entretenimento, é através da *rede*.

As licenças *creative commons* são uma alternativa à disposição do autor para que este determine, quando da divulgação da obra, quais serão os usos permitidos, tornando desnecessário o já inviável pedido de cada novo indivíduo que deseja fazer uso da obra. Assim, a cada licença produzida pelo sistema do *creative commons,* é gerado um código de computador, que irá identificar a obra e o espectro de direitos concedidos pelo seu autor[252].

Tal regulamentação tornou-se possível em razão da disponibilidade dos direitos patrimoniais relativos às obras; destaca-se que, quanto aos direitos morais, são irrenunciáveis, indisponíveis e intransferíveis, mas tampouco está se tratando, aqui, de tais direitos, pois o escopo das licenças públicas é viabilizar ao autor uma forma mais eficaz e mais proveitosa de dispor de seus direitos patrimoniais.

Tais licenças podem ser combinadas de acordo com as necessidades e objetivos do autor da obra a ser licenciada, seja ela uma música, um filme, uma foto, um texto, um projeto arquitetônico ou, especialmente, alguma forma de conhecimento científico. Todas as normas e detalhes referentes ao licenciamento encontram-se no site do projeto Creative Commons, *www.creativecommons.org.br*.

4 Reconstruindo o Direito Autoral: as Mudanças na Lei de Direitos Autorais

A sociedade sofre modificações constantes; pode ocorrer, portanto, que uma nova regra, ao entrar em vigor, já não mais solucione plenamente os conflitos a que visava atender, pois estes já se modificaram. É uma ilusão acreditar na possibilidade de criação de uma lei que vá solucionar permanentemente todos os problemas relativos à matéria que regulamenta.

Todavia, tampouco é este o escopo do arcabouço jurídico. Ainda que a sociedade esteja em constante mudança, o ordenamento legal não pode acompanhá-la, editando-se uma nova lei a cada nova situação social. Nesse sentido, "a lei se aplica a um complexo de fatos e interesses eventualmente em conflito. Ela é o fator permanente e estável numa situação transitória e instável"[253].

A solução não está, portanto, na simples edição de uma nova lei. Não se pode pensar que a mera modificação da norma que regulamenta a matéria traria consigo a solução para todos os conflitos existentes em relação aos Direitos de Autor.

Evidente que há uma considerável preocupação com a estabilidade e permanência do ordenamento jurídico. Tal preocupação, inclusive, não é nova; Justiniano defendia a imutabilidade da lei, ao determinar, em seu Digesto, que aquele que ousasse tecer comentários acerca de sua compilação de leis estaria cometendo crime de falso e as obras que o infrator compusesse seriam apreendidas e destruídas[254].

Tal imposição normativa, no entanto, jamais impediu que as leis fossem interpretadas em face da realidade[255]. Essa é a análise que deve ser feita: não a busca por um novo diploma legal a cada nova mudança sofrida pela sociedade, mas sim, a adaptação da norma existente ao novo contexto criado a partir dessas mudanças.

De fato, a Lei de Direitos Autorais atualmente em vigor está em grande descompasso com a realidade que deseja regulamentar e, certamente, é de grande importância trazê-la para o século XXI. No entanto, não se pode creditar ao futuro diploma legal a solução para todos os problemas relativos à matéria, vendo-o como uma "tábua da salvação". O que, na verdade, tem capacidade de dirimir tais

[251] LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. Disponível em: <http://www.overmundo.com.br/banco/livro-direito-tecnologia-e-cultura-ronaldo-lemos>. Acesso em: 12 maio 2010. p. 85.
[252] SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *Considerações introdutórias sobre direito autoral e acesso ao conhecimento*. Disponível em: < http://www.culturalivre.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=57&Itemid=47>. Acesso em: 18 maio 2010. p. 11.
[253] CABRAL, Plínio. *A nova lei de direitos autorais: comentários*. 4. ed. São Paulo: Harbra, 2003. p. 15.
[254] CABRAL, Plínio. *Revolução tecnológica e direito autoral*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998. p. 14.
[255] CABRAL, Plínio. *Revolução tecnológica e direito autoral.* Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998. p. 14.

conflitos é a interpretação e adequação do diploma legal, seja ele novo ou velho, às situações fáticas que surgem a cada dia, buscando a aplicação que melhor atenda a todos os direitos envolvidos.

Por isso a proposta, aqui apresentada, de aplicação do princípio americano do *fair use* e do instituto do *creative commons*. Não se trata de uma mera importação de um princípio estrangeiro ao Direito brasileiro, mas da realização, a exemplo da cláusula americana, de uma ponderação no caso concreto, com base nos princípios constitucionais da função social, acesso à cultura e informação, etc., em detrimento da mera aplicação da lei. Nesse sentido, seria de grande valor a existência de uma cláusula aberta no diploma legal autoral; no entanto, sua mera existência não irá eliminar os conflitos, a menos que se saiba interpretá-la e que, de fato, promova-se a sua aplicação.

Assim, o Direito não é somente o ordenamento positivo, mas também a construção, doutrinária e jurisprudencial, que se realiza a partir do que está positivado. Há instrumentos para a proteção do autor, assim como há instrumentos para a efetivação da função social desses direitos. Basta que se saiba utilizá-los. As novas tecnologias podem dar razão a violações aos direitos do autor, mas podem também se transformar em instrumentos de disseminação da cultura e de concretização da função social respectiva. Podem, ainda, servir de estímulo ao autor, pela divulgação de sua obra e possibilidade de outros meios de retribuição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A obra autoral não pode ser vista como um fim em si mesma; ela não é fruto única e exclusivamente do conhecimento e criatividade do seu autor. Muito pelo contrário: é parte integrante de um conjunto de culturas e conhecimentos comuns à sociedade como um todo, e a cada pequeno grupo em particular.

Tudo o que se pensa, faz-se e fala está diretamente relacionado ao contexto, seja cultural, histórico, social, em que se está inserido. Dessa forma, toda e qualquer obra de cunho intelectual, ainda que seja construída a partir da mente do seu autor, é sem dúvida baseada nas informações que este, consciente ou inconscientemente, retirou da sociedade. Eis porque esta também possui direitos sobre as obras: foi quem forneceu todo o embasamento teórico para a construção autoral, motivo pelo qual possui direitos sobre ela.

Não é mais admissível a análise apenas pelo ponto de vista do autor e de seus direitos; há, também, uma sociedade envolvida, ainda que indiretamente, na criação desta obra e com direitos, assegurados pela Constituição, de acesso a ela.

O que deveria se buscar, de plano, seria formas de promover o acesso da sociedade às obras de cunho intelectual. No entanto, há um problema: a sociedade, aliando-se aos meios tecnológicos a cada dia mais disponíveis, obteve acesso, ainda que de maneira irregular. Assim, o que se tem é uma sociedade que não possui ainda acesso pleno às obras, pois tal, na maneira que hoje se encontra, está restrito a quem detém o manejo dos meios tecnológicos mais utilizados. De outro lado, tem-se um autor que se sente a cada dia mais ofendido, pelas violações constantemente perpetradas, ainda que ingenuamente, pelos usuários dessas novas tecnologias.

Nesse sentido, cabe a análise do instituto americano do *fair use*, ou uso justo, que permite o uso da obra quando para fins não lucrativos. A aplicabilidade desse instituto deverá ser analisada caso a caso. Não poderá, certamente, ser tida como regra geral. No entanto, é uma alternativa na busca da concretização da função social dos direitos de autor.

Os direitos autorais, em si, carecem de uma reestruturação, na forma como são vistos e pleiteados. Isso porque o contexto histórico em que foram concebidos, protecionistas e tendentes ao absolutismo autoral, já não existe há muito tempo. A sociedade como um todo passou por fortes modificações, seja nos seus meios tecnológicos, seja nas suas formas de comunicação, obrigando os direitos autorais a acompanhar tais mudanças.

Não basta, portanto, que se modifique apenas a lei; é necessário modificar conceitos e pontos de vista, pois nada adiantará termos uma cláusula aberta se não houver mentes abertas dispostas a aplicá-la. Ainda que com certa relutância, deverá haver sim uma readaptação na visão de todos – usuários, autores, empresários, internautas até – com relação às obras intelectuais e às normas legais que as protegem, de modo que se promova a necessária ponderação nos conflitos por elas gerados, harmonizando, da melhor maneira possível, os interesses de todos os sujeitos aí envolvidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos*: a dimensão pública do direito autoral na sociedade de informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARBOSA, Denis B.; JESSEN, Nelida J. *O uso livre de música encontrada na internet*. In: Revista do Direito Autoral. São Paulo, Ano I, n. II, fev. de 2005.

CABRAL, Plínio. *A nova lei de direitos autorais: comentários*. 4. ed. São Paulo: Harbra, 2003.

_____. *Revolução tecnológica e direito autoral*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998.

CARBONI, Guilherme. *Função social do direito de autor*. Curitiba: Juruá, 2006.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CREATIVE COMMONS. *Creative Commons International Brazil*. Disponível em: <www.creativecommons.org/projects/international/br>. Acesso em: 12 maio 2010.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Centro de tecnologia e sociedade*. Disponível em: <http://www.direitorio.fgv.br/cts>. Acesso em: 14 maio 2010.

God Copy, Bad Copy. Vídeo (versão original) disponível em: <http://www.goodcopybadcopy.net/>. Acesso em: 25 maio 2010.

GOOD COPY, BAD COPY. *A documentary about the current state of copyright and culture*. Disponível em: <http://www.goodcopybadcopy.net/>. Acesso em: 25 maio 2010.

LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura.* Disponível em: <http://www.overmundo.com.br/banco/livro-direito-tecnologia-e-cultura-ronaldo-lemos>. Acesso em: 12 maio 2010.

_____; BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Copyleft, software livre e creative commons: a nova feição dos direitos autorais e as obras colaborativas*. Disponível em: <http://virtualbib.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2796/Copyleft_Software_Livre_e_CC_A_Nova %20Feicao_dos_Direitos_Autorais_e_as_Obras_Colaborativas.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 maio 2010.

MONIZ, Pedro de Paranaguá. CERDEIRA, Pablo de Camargo. *Copyleft e software livre: uma opção pela razão: eficiência tecnológica, econômica e social – 1*. In: Revista da ABPI, São Paulo, n° 70, maio/jun. 2004.

MORAES, Rodrigo. *A função social da propriedade intelectual na era das novas tecnologias*. Disponível em: <http://www.rodrigomoraes.adv.br/monografia.pdf>. Acesso em: 21 maio 2010.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. *Tecnologia da informação e direito de autor*. Palestra proferida no II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público. Florianópolis, UFSC, 2008. *Homepage* do evento: <http://www.direitoautoral.ufsc.br/home.php>.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. *Considerações introdutórias sobre direito autoral e acesso ao conhecimento*. Disponível em: < http://www.culturalivre.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=57&Itemid=47>. Acesso em: 18 maio 2010.

U.S. Government. *Copyright Law of the United States and related laws contained in Title 17 of the United States Code.* Disponível em: <http://www.copyright.gov/title17/>. Acesso em: 14 maio 2010.

_____. *Information circulars and factsheets*. <http://www.copyright.gov/circs/>. Acesso em: 14 maio 2010.

VIANNA, Túlio Lima. *A ideologia da propriedade intelectual: a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais do autor*. Anuário de derecho constitucional latinoamericano. Tomo II. Uruguai: Mastergraf, 2006.

WACHOWICZ, Marcos. A Revolução Tecnológica da Informação – Os valores éticos para uma efetiva tutela jurídica dos bens intelectuais. In: ADOLFO, Luis Gonzaga Silva; WACHOWICZ, Marcos (Coords.). *Direito da Propriedade Intelectual*: Estudos em homenagem ao Pe. Bruno Jorge Hammes. Curitiba: Juruá, 2006.

WIKIPEDIA. *Fair Use.* Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Fair_use>. Acesso em: 14 maio 2010.

4.3.2 A Utilização das Obras Intelectuais Autorais Frente às Novas Tecnologias: Função Social ou Pirataria?

Eduardo Pires[*]
Jorge Renato dos Reis[**]

RESUMO
Modernamente verifica-se a existência de um novo modelo de sociedade denominada de Sociedade da Informação, decorrente, sobretudo, do surgimento de novas tecnologias de comunicação que facilitam o acesso à informação e também às obras intelectuais. Nesse novo contexto, evidencia-se ainda mais o histórico conflito existente entre sociedade e autor, especificamente no que concerne ao direito de acesso à informação pleiteado pela sociedade e o direito do autor à remuneração pela utilização dos bens intelectuais frutos de sua criação. Da análise do referido conflito, sobretudo, considerando o caráter restritivo da lei 9.610/98 e das limitações ao direito do autor, percebe-se que a atual lei de direitos autorais torna-se incompatível com as atuais práticas sociais possibilitadas pelas novas tecnologias, muito especialmente, pela Internet, servindo de obstáculo para a efetivação dos direitos fundamentais à informação, educação e cultura. Sendo assim, a sociedade como um todo, vem corriqueiramente infringindo os direitos autorais, seja, por exemplo, quando se faz o download de um filme para o computador para uso particular, seja quando se copia uma música para o IPOD mesmo que de um CD comprado, seja quando se tira cópia de um livro para uso educacional, mesmo que a obra esteja esgotada, entre muitos outro exemplos. No entanto, este tipo de utilização referido, que seja para uso privado e sem fins lucrativos não pode ser taxado de Pirataria e muito menos considerado como crime, pois considerando que o direito de autor, assim como os demais institutos de direito privado, deve cumprir uma função social. Pode-se, portanto, afirmar que estas formas de utilização dos bens intelectuais, sem intuito de lucro, encontram-se, justamente, dentro do âmbito do que entende por função social do direito de autor, haja vista a incidência, nesses casos, dos direitos fundamentais a informação, cultura e educação.

PALAVRAS CHAVE: DIREITO DE AUTOR; NOVAS TECNOLOGIAS; PIRATARIA; FUNÇÃO SOCIAL.

ABSTRACT:
Nowadays there is the existence of a new model of society called the Information Society, that comes, mainly, from the emergence of new communication technologies that facilitate access to information and also to the intellectual works. In this new context, it increases even more the historic conflict between the society and author, specifically as regards the right of access to information of the society and the author's right of remuneration for the use of intellectual assets fruits of his creation. From te discussion of this conflict, especially considering the restrictive nature of the Law 9.610/98 and the limitations of right of author, it is possible to see that the current right of author law becomes incompatible with the current social practices made possible by new technologies, much especially by Internet, serving as a barrier to enforcement of fundamental rights to information, education and culture. Thus, the society as a whole has been routinely violating the right of author, so for example when someone download a movie to the computer for private use, or when someone copying music to an iPod even though a CD purchased, or when someone take a copy of a book for educational use, even if the book is exhausted in the libraries, among many other examples. However, this type of use indicated above, that is for private and nonprofit use, can not be called as Piracy and much less treated as a crime, because the right of author, like other private institutions must to have a social function.

[*] Mestrando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, Bolsista CAPES – PROSUP, Membro do Grupo de Pesquisa: Direito de Autor no Constitucionalismo Contemporâneo. Advogado
[**] Pós-Doutor pela Università Degli Studi di Salerno- Itália, Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, Pesquisador e Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da UNISC, Coordenador do Projeto de Pesquisa O Direito de Autor no Constitucionalismo Contemporâneo, Professor na graduação da UNISC. Professor colaborador da Scuola di Dottorato in Diritto Tulio Ascarelli da Università Degli Studi di Roma TRE. Professor de cursos de Pós-Graduação Lato-Sensu da UNIVALI de Biguaçú - SC, da CESUSC de Florianópolis, da UCS de Caxias do Sul - RS, da UNISC, entre outras. Advogado.

Therefore, it can be argued that these forms of use of intellectual assets, without intention of profit, are precisely within the scope of what it means for social function of right of author, receiving the incidence, in these cases, from the fundamental rights to information, culture and education.

KEY WORDS: RIGHT OF AUTHOR; NEW TECHNOLOGIES; PIRACY; SOCIAL FUNCTION.

INTRODUÇÃO

Os debates envolvendo direitos autorais têm se tornado cada vez mais comuns. Impulsionados pelo Ministério da Cultura, estão no centro das atenções, seja no âmbito acadêmico, quanto no âmbito da sociedade em geral.

O tema, que sempre foi polêmico, especialmente por envolver conflitos entre interesses individuais e coletivos, torna-se ainda mais controverso a partir do surgimento e evolução das novas tecnologias, sobretudo da Internet e do consequente advento da Sociedade da Informação que tem seu fundamento baseado no conhecimento, na pesquisa, na fácil acessibilidade, compartilhamento e utilização da informação.

Nessa perspectiva, vislumbra-se que os meios tecnológicos por um lado contribuem com o desenvolvimento social na medida em que permitem à coletividade maior facilidade no acesso e disseminação do conhecimento e da cultura. Por outro lado, a fácil acessibilidade e compartilhamento dos bens intelectuais causam uma "crise" no Direito de Autor, ocasionando por conseqüência cada vez mais conflitos entre autor e a coletividade, principalmente no que tange ao direito de retribuição pelo uso dos bens de criação do autor contra o direito de acesso a tais obras intelectuais por parte da sociedade.

Frente a este cenário, cumpre verificar se a legislação que tutela os direitos de autor encontra-se compatível com a nova realidade social e tecnológica, bem como, em consonância com os direitos fundamentais em jogo e também como devem ser caracterizadas as utilizações que ultrapassam os limites permitidos pela atual lei de direitos autorais para utilização dos bens intelectuais.

A partir disto, o que se pretende inicialmente com o presente trabalho é verificar como se dá a relação entre as novas tecnologias e o Direito Autoral, especialmente no que se refere às limitações ao Direito de Autor, com o intuito de verificar se tais dispositivos mostram-se adequados à realidade tecnológica.

Por fim, mediante a análise do que se tem chamado de Pirataria, bem como do que se entende por função social do direito de autor, deseja-se verificar dentre quais desses conceitos caracteriza a utilização das obras intelectuais fora do âmbito permitido pelas limitações dispostas na Lei 9.610/98, frente ao presente contexto social e tecnológico, bem como, considerando os direitos fundamentais em jogo.

1. A Proteção e As Limitações ao Direito de Autor Frente à Internet e à Sociedade da Informação

Presenciamos contemporaneamente uma evolução constante e veloz dos meios tecnológicos. Novos equipamentos e avanços nos meios de telecomunicação e informáticos ocasionaram uma revolução nos meios comunicativos e de acesso às fontes de conhecimento e cultura, o que, consequentemente, provocou o surgimento de um novo modelo de sociedade.

A emergência, desenvolvimento e difusão de novas tecnologias de informação e comunicação estariam na base da estruturação desse novo quadro de relações sociais e econômicas.

Tal tipo de sociedade convencionou-se chamar de "Sociedade da Informação", em que a informação e o conhecimento passam a constituir bens de imensurável valor, indispensáveis para o desenvolvimento econômico, tecnológico e cultural da sociedade como um todo.

Ocorre, então, que a partir desta exigência social pelo acesso à informação aliada às inúmeras inovações tecnológicas, desponta uma alteração radical nas tradicionais práticas profissionais e sociais referentes à criação e uso dos bens intelectuais, bem como da difusão da informação e do conhecimento.

A partir da possibilidade de digitalização da informação, permite-se à sociedade transpor fronteiras de conhecimento e informação nunca pensadas. "A informação em meio digital pode ser

reproduzida instantaneamente, com perfeita exatidão, sem esforço significativo"[256] e de forma barata, quando não gratuita.

Neste contexto, a socialização do conhecimento passa a constituir uma dos principais bases da inovação e da construção de outros novos conhecimentos. Por isso, sob o ponto de vista social, tornam-se extremamente valiosas as ferramentas que a internet e demais inovações tecnológicas proporcionam para o compartilhamento dos bens intelectuais, já que estes se constituem como fontes de conhecimento e o acesso a eles é requisito para a promoção do desenvolvimento cultural, econômico e tecnológico de uma sociedade.

Com efeito, a internet diminuiu de forma fantástica as barreiras de espaço e tempo, promovendo o desenvolvimento da Sociedade Informacional, que tem seu fundamento baseado no conhecimento, na pesquisa, na fácil acessibilidade e utilização da informação.[257]

Contudo, este progresso tecnológico, tendo em vista permitir uma maior acessibilidade e rapidez aos bens intelectuais, provoca, nas palavras de Gonzaga Adolfo, "um *tsunami* no Direito Autoral"[258].

Evidencia-se assim, conflitos sem proporções e de difíceis soluções, em que de um lado tem-se o autor, que requer a tutela sobre as suas criações, almejando remuneração pela utilização dos bens provenientes de seu intelecto e que pode servir inclusive como meio de incentivo à criação; de outro lado, tem-se a coletividade que pretende continuar a se beneficiar das tecnologias ora existentes para fins de acesso e difusão da informação e do conhecimento, como meio de promoção do desenvolvimento da sociedade como um todo.

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, 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 utilizados[259].

A nível constitucional, a proteção ao direito de autor encontra-se presente no inciso XIV, do artigo 5º da Constituição Federal, quando prevê que ao autor é concedido o "direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras"[260], conferindo-lhe ainda o direito de fiscalização sobre a utilização econômica das obras que criar ou em que participar da criação.[261] Assim, a Constituição Federal de 1988 reconhece ao Direito do Autor o status de Direito Fundamental Individual.

Infra-constitucionalmente, os direitos autorais no Brasil são regulados 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.[262]

Todavia, este direito é relativo, assim como outros institutos de direito privado, como a propriedade, o contrato e a empresa, ou seja, o Direito de Autor também deve cumprir sua função social. Isso significa dizer que a proteção do Direito de Autor deve estar em harmonia com os interesses sociais.

---

[256] ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008, p. 245.

[257] WACHOWICZ, Marcos. Direito fundamental do autor: tensão constitucional entre a propriedade intelectual e o direito à liberdade de informação dos bens informáticos. Anais do V Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. Santa Cruz do Sul: Unisc, 2008.

[258] ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008, p. 227.

[259] GUERREIROS JUNIOR, Nehemias. O direito autoral no show bussiness: tudo o que você precisa saber. 3. ed. Rio de Janeiro: Gryphus, 2005, p 47.

[260] 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.

[261] CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 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.

[262] BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p.10.

Neste sentido, Hames refere que "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". [263]

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. Tais possibilidades encontram-se dispostas no artigo 46 da LDA.

Entretanto, a lei 9.610 de 1998, no referido artigo 46, 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, como vem sendo proposto no projeto de lei em discussão.

Além disso, a lei brasileira de direitos autorais é tida pelos especialistas no assunto como uma das mais restritivas do mundo. Percebe-se esse fato, por exemplo, pelo fato da atual LDA proibir a cópia integral de obra alheia, que consequentemente faz com que condutas que se afiguram corriqueiras no mundo contemporâneo, especialmente, a partir da utilização da internet e demais tecnologias, são, a rigor, contrárias à lei.[264]

Por exemplo, a partir de uma interpretação estrita da LDA, quando uma alguém compra um CD em um loja, não pode copiar o conteúdo do CD para seu próprio iPod, o que representa proibição desconexa com o mundo em que vivemos e com as facilidades da tecnologia digital.

Percebe-se, portanto, que todo o sistema de proteção dos direitos autorais se baseia ainda na tutela do autor e na não utilização de sua obra, exceto mediante expressa autorização legal ou com seu consentimento. Para sustentar esta posição, tem-se como principal fundamento a importância de munir o autor mecanismos de proteção à suas criações, de modo a permitir que seja o autor devidamente remunerado e possa, com isso, seguir estimulado para continuar produzindo intelectualmente[265]

Com isso, sobretudo considerando o avanço tecnológico, representado principalmente pelo advento da Internet, e o grande valor que a informação e a cultura passam a agregar para o desenvolvimento da sociedade como um todo, surge no cenário contemporâneo a necessidade de uma reavaliação acerca do direito de autor, especialmente no que tange às suas limitações e exceções, pois atualmente elas mostram-se insuficientes para que estabeleça o tão buscado equilíbrio de direitos, sob a ótica da função social do direito de autor.

Isto é, se as limitações se mostravam insuficientes no padrão antigo de suportes materiais das obras, quem dirá agora, com a as inúmeras possibilidades digitais, considerando ainda as previsões de alguns especialistas de que num futuro próximo não se terá mais livros, CDs ou DVDs, estando tudo disponibilizado na rede virtual.

Portanto, sob o prisma dos usuários da internet e das novas tecnologias, considerando a lei 9.610 de 1998 sem alterações, há uma supressão da maioria de seus direitos enquanto usuários de obras intelectuais. Assim, reitera-se que se um consumidor adquire um CD em uma loja e copia aquele mesmo CD ou apenas uma música para o seu *MP3 Player*, ou ainda se usuário da internet realiza o *download* de uma música ou de um filme para o seu computador, ele estará transgredindo a lei de direitos autorais, tendo em vista que a lei não permite a cópia integral das obras intelectuais, permitindo tão somente a cópia de pequenos trechos para uso privado do copista. Há uma contradição muito clara e muito forte entre o texto da lei e realidade das práticas tecnológicas assumidas atualmente.

A partir disso, pode-se afirmar que a lei 9.610/98 e notadamente as limitações ao Direito de Autor são incompatíveis com os desenvolvimentos tecnológicos atuais e consequentemente com a função social do direito de autor, pois acabam por servir de empecilho à difusão da informação e da cultura. Pode-se, inclusive dizer que por meio de uma interpretação literal do regime atual de direitos autorais, qualquer usuário de internet pode ser transformado em um potencial infrator de direitos ou ainda, de maneira mais drástica, em um potencial criminoso.

[263] HAMMES, Bruno Jorge. O direito de propriedade intelectual: subsídios para o ensino. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1998. p. 76/77.

[264] LEMOS, Ronaldo; BRANCO JUNIOR, Sérgio Vieira. *Copyleft , Software Livre e Creative Commons*: A Nova Feição dos Direitos Autorais e as Obras Colaborativas. Disponível em: <http://virtualbib.fgv.br/dspace/handle/10438/2796?show=full> Acesso em: 22 ago 2010.

[265] Ibidem.

2. Utilização Fora Das Limitações: Pirataria ou Função Social?

Como já referido, as práticas sociais contemporâneas, sob a perspectiva da utilização das obras intelectuais, encontram-se em inúmeras situações em contraposição ao disposto na atual LDA, ou seja, a sociedade, mediante o uso das novas tecnologias, sobretudo a Internet, vem diariamente usufruindo dos bens tutelados pelo direito autoral fora do campo permitido pelas limitações dispostas no artigo 46 da lei 9.610/98.

Diante dessa situação de contraposição entre a lei e a realidade social cumpre verificar se a utilização dos bens intelectuais da forma que vem ocorrendo, ou seja, além das formas permitidas pela LDA, configura pirataria ou encontra-se dentro da denominada função social do direito de autor, fazendo-se necessário, para tanto, uma breve análise de ambos os termos.

2.1 Pirataria

O termo "pirataria", atualmente, tem sido utilizado indistintamente, especialmente pelo chamando setor da indústria de direitos autorais, ou seja, tem-se caracterizado com pirataria, no âmbito do direito de autor, uma miríade de atividades tão distintas quanto à clonagem industrial, em larga escala, para comércio não autorizado de produtos protegidos pelo direito de autor ou a simples cópia doméstica, desses mesmos produtos, para uso particular.[266]

Nesse sentido, tem-se divulgado que qualquer tipo de cópia de obra intelectual sem expressa autorização do titular seja considerada como uma violação penal aos direitos autorais, sendo que, inclusive, muitas vezes a indústria efetua reais ameaças aos supostos "piratas", fundamentando-se, invariavelmente, no artigo 184 e seguintes do Código Penal Brasileiro, que tratam da violação dos direitos de autor e os que lhe são conexos.

É comum vermos, em filmes, livros, CDs, DVDs, etc, assertivas do tipo "é proibida a reprodução parcial ou integral desta obra", "este material não pode ser publicado, transmitido, reescrito ou redistribuído", "pirataria é crime", "denuncie a falsificação". É proibido ainda "editar", "adicionar", "reduzir", "exibir ou difundir publicamente", "emitir ou transmitir por radiodifusão, internet, televisão a cabo, ou qualquer outro meio de comunicação já existente, ou que venha a ser criado", bem como, "trocar", "emprestar" etc., sempre "conforme o artigo 184 do Código Penal Brasileiro".[267]

Com efeito, em primeiro lugar, nesses avisos intimidadores se vende a idéia de que nem mesmo a cópia de pequenos trechos para uso privado é possível, o que, no entanto a LDA permite no seu art. 46, II. Ainda, a partir desse entendimento tem-se tentado distorcer a própria redação da lei penal, haja vista, que o art. 184 do CP trata como crime somente reprodução, cópia e utilização indevida, que tiver intuito de lucro.

Nesse sentido a própria redação do § 4º do art. 184 do CP é esclarecedor, pois prevê claramente que "O disposto nos §§ 1o, 2o e 3º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto".

Assim, não pode ser pautado como "pirata" quem simplesmente faz o download de uma música para seu IPOD, copia um CD ou um filme para uso particular e sem fins lucrativos, muito menos com criminoso.

Disso conclui-se que, o termo pirataria da forma indistinta como vem sendo utilizado é efetivamente inapropriado, especialmente quando se trata de reprodução de uma obra pra uso privado, e mais especialmente ainda quando esta reprodução ocorrer para fins culturais ou educacionais, pois nesse caso, mesmo que teoricamente ocorrendo uma violação ao direito de autor, se estará dentro do âmbito do que se denomina de função social do direito de autor, conforme se verá no próximo tópico.

2.2 Função Social

[266] ALMEIDA, Manoel. Crimes e excessos no combate à "Pirataria". Disponível em: <http://www.r2learning.com.br/_site/artigos/curso_oab_concurso_artigo_676_Crimes_e_excessos_no_combate_a_Pirataria>. Acesso em: 25 ago 2010.

[267] Ibidem.

O direito contemporâneo perpassa por uma nova tendência sob um contexto sócio-jurídico voltado ao atendimento das questões sociais no âmbito das relações privadas. Em razão disso, a funcionalização torna-se regra de aplicação e legitimação dos institutos privados no contexto social, na medida em que procura respaldar conceitos cernes da dignidade da pessoa humana.

Nesta perspectiva o estudo da função social nos institutos de direito privado mostra-se concernente ao direcionamento que vem sendo implementado gradativamente na sociedade, através de uma mudança de paradigmas, do individualismo para a socialização, tendo por escopo a conscientização no que tange ao direcionamento dos institutos privados a uma visão mais social e fraterna nas relações interprivadas.

Assim, seguindo as diretrizes de implementação da denominada constitucionalização do direito privado, através, muito especialmente, da vinculação dos direitos fundamentais às relações privadas, pode-se buscar a delimitação teórica e aplicativa da chamada função social no estudo do direito do autor.

Sabe-se que o direito de autor, embora se caracterize como um direito historicamente privado, no que tange à proteção do produto de criação da intelectualidade humana, gera-se interesses individuais e interesses coletivos.

Neste sentido, a fundamentação de tais interesses encontra-se na Carta Constitucional de 1988, quando estabelece de forma expressa, como direitos fundamentais, a proteção autoral no disposto no artigo 5°, incisos XXVII e XXVIII; e a função social da propriedade, art. 5°, inciso XXIII, como paradigma dos institutos privados.

Da mesma forma, mas em contraposição, há a previsão constitucional dos 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".
> "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"

Observa-se, assim, um possível conflito de direitos fundamentais visualizados na divergência de interesses individuais do autor com interesses coletivos da sociedade, mais especialmente um conflito do direito à propriedade e à personalidade do autor versus o direito à informação, cultura e educação da sociedade.

Sendo assim, o direito de autor se mostra num primeiro momento em uma perspectiva voltada a um viés individualista em que se destaca o direito patrimonial e moral do autor, respectivamente na exploração econômica da obra e na proteção da personalidade de autor.

Em outro momento, entretanto, o direito do autor alcança sua finalidade maior, quando da destinação pública da obra, permitindo o acesso da coletividade à cultura, à educação, ao conhecimento e à informação, exsurgindo-se, assim, como patrimônio nacional a ser protegido, pois seus efeitos determinam transformações no complexo intelectual da sociedade.

O legislador ordinário, ao criar a Lei de Proteção do direito de autor, atualmente a Lei 9610/98, já esteve atento aos interesses da coletividade, ainda que de forma tímida, ao estabelecer no artigo 46 algumas limitações ao seu princípio monopolista.

Ocorre que, mesmo estando claro que tais limitações são inadequadas com a realidade social e tecnológica, bem como apesar da importância dos interesses educacionais e culturais da sociedade na delimitação dos aspectos privatistas da proteção do autor, boa parte da doutrina especializada aponta para uma interpretação restritiva destes limites, uma vez que os entendem como exceções à regra geral da proteção autoral.

O que se vê, portanto, com relação ao direito autoral, tanto na legislação como na doutrina, com esparsa parcela dissonante na jurisprudência, é um processo inverso, na contra-mão da

despatrimonialização e da repersonalização que tem ocorrido no direito civil, muito especialmente, a partir da segunda metade do século passado, pelo crescente processo de sua constitucionalização, em especial, da vinculação dos direitos fundamentais nas ditas relações horizontais entre particulares, onde o princípio da dignidade humana é fixado como princípio matriz de todo o ordenamento e uma das finalidades essenciais do Estado.

O movimento de proteção privatístico e individualista do direito de autor vem ocorrendo nas últimas três décadas, tanto a nível nacional como internacional, numa ampliação do processo de privatização de seus usos, com uma maior restrição dos usos livres legalmente autorizados, expressando-se, sem dúvida alguma, em tendências patrimonialista e anti-social, caracterizando uma evolução economicista, que sufoca as preocupações com os direitos fundamentais à informação, cultura e educação.

Importante que se lembre que a justificação histórica, repetida até os dias atuais, para a maior proteção do direito individualista do autor, é de cunho econômico-social, ou seja, que toda a tutela do autor reverte em estímulo da criação intelectual. Quanto mais forte fosse essa tutela maior seria o impulso dado à cultura.

Todavia, atualmente, este argumento não é de todo verdadeiro, uma vez que boa parte dos titulares dos direitos patrimoniais das obras protegidas são os intermediários, a quem os autores transmitem ou oneram os seus direitos, ou seja, transferiu-se a proteção do autor-criador para a figura do intermediário-empresário. Não se trata, portanto, de centrar o problema em uma suposta miséria dos titulares originais, mas sim na relação investimento e lucro que o intermediário-empresário deve obter.

De igual maneira não se está a fazer apologia contrária ao lucro do empresário do setor, mas sim de verificar qual a dosagem de proteção que permita a justa compensação da atividade empresarial do setor e, ao mesmo tempo, permita uma maior facilidade de acesso da coletividade à obra.

O que se busca, portanto, com a defesa da efetivação da função social do direito de autor é pela ampliação das possibilidades de utilização social dos bens intelectuais. Isto em razão de outros direitos fundamentais a serem tutelados, principalmente, os já referidos direito à informação, à cultura e à educação.

Frente a isso, considerando que a atual LDA se encontra incompatível com a realidade tecnológica contemporânea e, consequentemente, com as práticas adotadas pela Sociedade da informação, é necessário que se faça uma leitura extensiva das limitações do Direito de Autor dispostas no artigo 46 da lei 9.610/98 à luz da Constituição e de todos os direitos fundamentais em jogo, a fim de se buscar a efetivação da função social do direito de autor.

Dessa forma, deve-se entender que a sociedade quando faz uso dos bens intelectuais, para uso próprio, ou mesmo para uso coletivo com fins educacionais ou culturais e sem fins lucrativos, estará dentro do âmbito do que se entende por função social do direito do autor, não podendo taxar-se, de modo algum, tais utilizações das obras como pirataria.

Portanto, o que se quer dizer é que a LDA não pode servir de obstáculo para o acesso da sociedade às obras intelectuais, sobretudo quando este acesso estiver pautado em interesses de cunho social, que em determinadas situações específicas acabam por superar o interesse individual do autor. Nesses casos a utilização do bem imaterial, mesmo que ultrapassando o campo das limitações do artigo 46, não deve ser considerado ilícito, pois recebe respaldo constitucional abarcando a esfera da função social do direito de autor.

Nesse sentido nos dizeres de Plínio Cabral:

> A lei não pode impedir o progresso. E nem esta é a sua finalidade. A ciência e o processo de aquisição do conhecimento batalham contra o preconceito, o costume, o tabu, a religião e, também, contra aquilo que, mesmo transformando em lei, impõe restrições à pesquisa científica. [268]

[268] CABRAL, Plínio. Revolução Tecnológica e o Direito Autoral. 1. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998, p. 67.

Portanto, a internet e outras tecnologias devem poder ser utilizadas tanto a favor da sociedade, no que tange as maiores possibilidade de acesso e compartilhamento das obras intelectuais, quanto do próprio autor, já que por um lado poderá deixar de receber certo valor decorrente da venda em suporte material de sua obra, mas por outro lado terá uma divulgação muito maior da sua obra, do que teria sem o uso da Internet, por exemplo.

Por consequência, para o autor a maior divulgação pode acarretar outras formas de retribuição financeira, como shows, palestras, exposições, etc. Trata-se de uma forma de adaptação às novas tecnologias e às novas práticas sociais, isto é, deve a lei adaptar-se à Sociedade da Informação e não a sociedade adaptar-se a atual LDA.

É importante que fique claro que não se pretende acabar com o Direito Autoral ou desproteger o autor, mas tão somente tentar harmonizar uma situação de conflituosidade, para que se permita à sociedade que se beneficie dos meios tecnológicos existentes para o acesso à informação, sem com isso deixar de dar a devida proteção ao autor, inclusive como meio de incentivo a contínua criação intelectual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito de autor, estando ligado a necessidade de cumprir sua função social, deve ser composto de forma balanceada entre os interesses públicos e privados, os quais são aparentemente colidentes. Há o interesse privado do autor em publicar e ver sua obra sendo conhecida e adquirida por todos e, ao mesmo tempo, há o interesse público de maior acesso à obra.

É necessária também a constante mutação e adequação do direito à efetiva realidade. Todavia, não é o que se vislumbra atualmente, tendo em vista o total descompasso existente entre as presentes práticas sociais de utilização das obras intelectuais, possibilitadas pelas novas tecnologias, e a atual LDA.

Nessa perspectiva, o que não pode ocorrer é a caracterização de qualquer utilização de bens intelectuais que esteja fora da abrangência das limitações dispostas no artigo 46 da LDA como Pirataria, e, portanto, como crime.

Em verdade, com base dos direitos de acesso à informação, a educação e cultura, se a utilização de um bem intelectual tiver fins educacionais ou culturais, sem intuito de lucro, é possível afirmar que nem mesmo um ilícito cível se estará cometendo, pois nesses casos impõe-se uma releitura da LDA sob a ótica constitucional e, que consequentemente, levará a inserir estas formas de utilização como pertencente ao âmbito do que se entende por função social do direito de autor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

CABRAL, Plínio. Revolução Tecnológica e o Direito Autoral. 1. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998.

HAMMES, Bruno Jorge. O direito de propriedade intelectual: subsídios para o ensino. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1998.

GUERREIROS JUNIOR, Nehemias. O direito autoral no show bussiness: tudo o que você precisa saber. 3. ed. Rio de Janeiro: Gryphus, 2005.

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.

RODRIGUES, Maria de Lurdes. Análise das condições sociais do desenvolvimento da sociedade da informação. Disponível em: <http://www.ricyt.org/interior/normalizacion/VItaller/S4_Soc/rodriguesdoc.pdf>. Acesso em: 08 mai. 2009.

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.

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.

WACHOWICZ, Marcos. Direito fundamental do autor: tensão constitucional entre a propriedade intelectual e o direito à liberdade de informação dos bens informáticos. Anais do V Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. Santa Cruz do Sul: Unisc, 2008.

4.3.3 Função Socioambiental dos Direitos Autorais na Sociedade da Informação

Antônio Carlos Efing[*]
Fernanda Mara Gibran[**]
Flávia Noemberg Lazzari Blauth[***]

RESUMO
Enquanto desdobramento da sociedade de consumo, a sociedade atual se utiliza da informação tanto em seu viés comunicacional como tecnológico, quantificando-se as riquezas dos países pelo domínio da informação. Nesta perspectiva, os direitos autorais possuem elevada relevância, visto, ademais, que a produção intelectual representa a consolidação do patrimônio cultural e científico dos países. Contudo, ao longo dos anos os direitos autorais foram associados ao direito de propriedade como um direito individual, excludente e absoluto. Somente com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por meio da função social da propriedade, que se revê o direito autoral pelo viés do interesse social, da sua funcionalidade para a concretização de outros valores jurídicos de importância para o País. Neste sentido, a tutela socioambiental oferece uma relevante proteção ao meio ambiente cultural do Brasil, na medida em que lhe concede funcionalidade por meio de uma titularidade coletiva, e pauta seu uso com base no interesse social. Transpostos estes fundamentos à análise dos direitos autorais, o socioambientalismo veda distorções, excessos e abusos por parte dos particulares no gozo dos direitos de autor. Portanto, para que a produção intelectual artística, científica ou cultural possa cumprir a sua função de promover o desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico do País é necessário que o compreenda por uma visão socioambiental.

PALAVRAS CHAVES: DIREITOS AUTORAIS; SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO; CONSTITUCIONALIZAÇÃO; FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL.

ABSTRACT
Being the evolution of the consumer society, today's society depends on information in both its technological and communicational perspective, the possessing of information as a good serving to quantify a country's riches. From this perspective, copyrights have high significance, given that intellectual production represents a country's cultural and scientific heritage. On the other hand, over the years copyrights have been associated with property rights, and to property as an individual, exclusive and absolute right. It was only with the 1988's Constitution of the Federative Republic of Brazil, through the social function of property, that copyright was revised to meet social interest, its functionality recognized to accomplish the Country's important legal values. In this sense, social-environmental legal protection offers a relevant protection to Brazil's cultural environment, as it gives cultural environment functionality through a collective ownership and regulates its use on the basis of social interest. Transposing these fundaments to copyrights analysis, social-environmentalism contributes to disallow distortions, excesses and abuses in individual enjoyment of copyrights. Therefore, for intellectual artistic, scientific or cultural production to fulfill its commission of promoting Brazil's economic, cultural and technological development, it is necessary to value copyrights by a social and environmental perspective.

KEYWORDS: COPYRIGHTS; INFORMATION SOCIETY; CONSTITUTIONALIZATION; SOCIAL-ENVIRONMENTAL FUNCTIONALITY.

[*] Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP; Professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. e-mail: ace@eradv.com.br.
[**] Mestranda da PUCPR em Direito Econômico e Socioambiental. e-mail: fmg@eradv.com.br.
[***] Especializanda em Direito Civil e Processual (UniCuritiba). Advogada. e-mail: flavialazzari@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O presente estudo volta-se à análise do direito autoral dentro da perspectiva dos direitos socioambientais, uma vez que o conceito de socioambientalismo é essencial para o desenvolvimento equilibrado do País.

O objetivo do trabalho, dada a relevância que os direitos autorais assumem na sociedade da informação, é avaliar qual direito deve prevalecer quando se trata de bem jurídico (propriedade intelectual/bens imateriais) de interesse da coletividade – o interesse público pela criação e sua representação para o país –, ou o direito (individual, absoluto) do possuidor ou proprietário.

Para tanto, inicia-se a abordagem dos direitos autorais com base na sociedade da informação e na importância que a informação assume tanto para o conhecimento, como para a produção, para a tecnologia e para a circulação de riquezas. Neste enfoque, pretende-se avaliar a evolução histórica do direito de propriedade e sua implicação no direito autoral, após, verifica-se qual é a relação da Revolução Francesa para a Revolução Industrial e a consolidação da sociedade de informação.

Em um segundo momento, analisa-se a criação dos direitos do autor e sua normatização no Brasil, ponderando sobre a influência patrimonialista (sob o ponto de vista do individualismo e liberalismo, como resquícios dos ideais da Revolução Francesa) na tutela legal dos direitos autorais. A análise terá como objetivo avaliar criticamente a perspectiva absolutista do direito de propriedade intelectual em contraposição com a funcionalização do direito de propriedade e com a vigência da Constituição Federal de 1988.

Por fim, pondera-se a respeito dos direitos socioambientais e a possibilidade de sua aplicação na interpretação da funcionalização dos direitos autorais, e quais seriam as conseqüências efetivas resultantes desta aplicação.

1. Sociedade da Informação

Benjamin (2007, p. 146) entende que a sociedade da informação é o desdobramento sofisticado da sociedade de consumo. A posição do referido autor se embasa no modelo de associativismo, caracterizada, em um primeiro momento, pela massificação dos produtos e serviços disponibilizados no mercado de consumo e, atualmente, pelo valor que a informação assume para as sociedades.

O marco histórico para a análise da sociedade da informação é a Revolução Industrial. Ocorre que este movimento teve seu início na insurgência da burguesia francesa em obter a liberdade necessária para as suas práticas comerciais. Assim, os ideais da Revolução Francesa[269] iriam respaldar o comércio e fomentar a produção em série e estandardizada.

Em outro sentido, verifica-se que foi, igualmente, a Revolução Francesa que propiciou o desenvolvimento social pautado nas proposições liberais, cujo enfoque era o individualismo. Os ideais da conflagração francesa – o individualismo (como premissa cultural); a liberdade (para as práticas comerciais) e a suposta igualdade dos cidadãos (para justificar a não intervenção do Estado) – permitiram a criação da propriedade privada e de seu conceito jurídico. A propriedade representou o sustentáculo para a criação das legislações que embasavam suas normas no indivíduo-proprietário.

Souza Filho (2003, p. 18) sintetiza a criação da propriedade moderna como fundamental ao processo de consolidação do capitalismo:

> Marco jurídico fundamental da propriedade moderna é a revolução francesa e a elaboração das constituições nacionais. A revolução francesa foi o coroamento de um longo processo de lutas e transformações por que passou a Europa, como a reforma, a revolução inglesa e a holandesa que fez finalmente da burguesia a senhora do poder civil da sociedade.

Teizen Júnior (2004, p. 44) observa que a evolução da propriedade privada era ideário da produção capitalista no advento da Revolução Industrial, em 1789. Certamente, os burgueses

[269] Teizen Júnior (2004, p. 35) corrobora o exposto: *"Foi com a Revolução Francesa (1789), em conseqüência de seus princípios, que no ano de 1971 foi decretada a liberdade industrial"*.

encontraram na propriedade a forma de acumulação de capital. O fundamento encontrado para justificar a referida acumulação estava no princípio do melhoramento da propriedade.

Locke (1994, p. 28-29), precursor do princípio do melhoramento, defendia que o trabalho era o que constituía o direito de propriedade e o que legitimaria a liberdade de seu possuidor de utilizá-la da forma como achasse conveniente. Diante desta análise sobre a propriedade, pode-se concluir que o sistema capitalista tornou a terra propriedade privada com o fim de permitir o desenvolvimento dos interesses da burguesia, de forma livre e individual e com a proteção do Estado.

Foi justamente este pensamento construído ao longo dos anos sobre a propriedade que permitiu o seu uso, sob o manto da tutela estatal, e culminou em desastres ambientais provocados pela má utilização, visando aos interesses imediatos de seus proprietários e/ou possuidores. Pode-se citar como exemplos o desmatamento desmedido para fins pecuários, a derrubada de árvores para madeireiras sem se pensar no reflorestamento, a dizimação da fauna pela pesca predatória e pela caça. Contudo, é também este discurso de propriedade que sustenta o patrimônio cultural e artístico de forma individual, absoluta e excludente.

Souza Filho (2003, p.12), sobre esta perspectiva, retrata o pensamento das sociedades que, até bem poucos anos atrás, entendiam que as riquezas da terra eram inesgotáveis, e que, como esta havia sido criada para o sustento humano, tudo proveria. A terra e seus frutos passaram a ter donos, um direito excludente, acumulativo e individual, tão geral e pleno que permitia inclusive não-usar e não-produzir.

Por conseguinte, os ideais da Revolução Francesa foram devidamente assimilados pelas sociedades e embasaram a Revolução Industrial. Castells (2003, p. 71) explica que houve pelo menos duas revoluções industriais. A primeira começou pouco antes dos últimos trinta anos do século XVIII, caracterizada por novas tecnologias a vapor, a segunda, aproximadamente cem anos após, destacou-se pelo desenvolvimento da eletricidade e pelo início das tecnologias da informação:

> Foram, de fato, “revoluções” no sentido de que um grande aumento repentino e inesperado de aplicações tecnológicas transformou os processos de produção e distribuição, criou uma enxurrada de novos produtos e mudou de maneira decisiva a localização das riquezas e do poder no mundo, que, de repente, ficaram ao alcance dos países e elites capazes de comandar o sistema tecnológico. O lado escuro dessa aventura tecnológica é que ela estava irremediavelmente ligada a ambições imperialistas e conflitos interimperialistas.

As teorias do pós-industrialismo, promovidas pela revolução tecnológica, sobretudo da globalização e da comunicação, direcionaram o curso histórico e influenciaram o surgimento de uma nova estrutura social: a sociedade da informação.

Barbosa (2008, p. 56) explica como característica da sociedade da informação a abolição do espaço e do tempo em escala mundial, a ubiquidade:

> Pela primeira vez na história, o mundo forma uma “sociedade”. E esta sociedade é uma sociedade da informação. Antes de mais porque a informação é um componente essencial do laço social. Depois porque as várias civilizações entre as quais se dividem e se repartem os homens, são levadas a comunicar entre elas cada vez mais intensamente, num grau e de uma forma nunca antes vista.

Castells (2003, p. 267) afirma que conhecimento e informação parecem como principais fontes de produtividade e crescimento econômico nas sociedades avançadas. O novo paradigma tecnológico mudou o escopo e a dinâmica da economia industrial favorecendo a economia global. Com a generalização da produção baseada no conhecimento, a sociedade requer transformações sociais, culturais e institucionais (CASTELLS, 2003, p. 141). É por esta razão que a economia é informacional, na visão de Castells (2003, p. 141), e não apenas baseada na informação, uma vez que os atributos culturais e institucionais da informação são incluídos nesta nova sociedade.

Não obstante, fica clara a posição de Castells no sentido de que é a informação o fator que move a produção nas sociedades atuais, e por isto é importante ressaltar a diferença que existe entre os termos "sociedade informacional" e "sociedade da informação", em que pese a linha tênue que as diferencia:

> O termo sociedade da informação enfatiza o papel da informação na sociedade. Mas afirmo que a informação, em seu sentido mais amplo, por exemplo, como comunicação de conhecimentos, foi crucial a todas as sociedades, (...). Ao contrário, o termo informacional indica o atributo de uma forma especifica de organização social em que a geração, o processamento e a transmissão da informação tornam-se as fontes fundamentais de produtividade e poder devido às novas condições tecnológicas surgidas nesse período histórico (CASTELLS, 2003, p. 141).

Para as sociedades a informação passa a ser fator de produção, tornando-se valor agregado. Melo (2000, p. 30) sintetiza esta realidade ao constatar que os valores, no primeiro período da evolução histórica e social, pertenciam às nações que detinham recursos naturais e contingente de mão-de-obra como principais geradores de riqueza. Após, os valores das nações estavam associados à concentração de capital e de tecnologia. Hoje, afirma o autor, a riqueza está relacionada ao domínio da tecnologia da informação. *"A informação passa a ter valor imensurável, tornando-se um agregado econômico intangível"*.

Considerando a importante função da informação para as sociedades, seja pelo aspecto do conhecimento, da tecnologia, constata-se que é tratada como mercadoria[270]. Nas palavras de Paesani (2002, p. 26):

> A informação, graças à difusão do computador, transformou-se numa *mercadoria*, uma coleta de *dados,* registrados sob a forma de impulsos magnéticos. Considera-se não só o *conteúdo*, mas também a *forma*, que é mensurável com absoluta precisão em termos de custo de produção e de valor de mercado. Dessa maneira, a informação transforma-se em nova *matéria-prima,* pertencente ao gênero especial dos *bens imateriais.* A organização produtiva transforma-se em unidade de tratamento de materiais em unidade de tratamento de informações.

Se a informação é a principal mercadoria/propriedade da era atual, Boyle (1997) destaca que o seu desafio jurídico por excelência é o regime legal da propriedade *intelectual*:

> Propriedade intelectual é a forma jurídica da era da informação. Como ocorre em relação à maioria dos regimes legais de propriedade, nosso regime de propriedade intelectual será controverso, em termos de distribuição, ideologia e eficiência. O regime terá efeitos sobre poder de mercado, concentração econômica e estrutura social. No entanto, até o momento, não temos uma política de propriedade intelectual – no sentido em que nós temos uma política ambiental ou de reforma tributária. Não dispomos de um mapa conceitual de questões a serem enfrentadas, o rascunho de uma planilha de custos e benefícios e uma coalizão política funcional de grupos unidos por um interesse comum percebido em situações aparentemente diversas em relação à propriedade intelectual. (...) Propriedade Intelectual é o espaço das mais importantes decisões em

[270] Contudo, deve-se considerar a análise proposta por Santos (2007, p. 38-39) na qual a informação gera desigualdade e é indevidamente manipulada: "O que é transmitido à maioria da humanidade é, de fato, uma informação manipulada que, em lugar de esclarecer, confunde. Isso tanto é mais grave porque, nas condições atuais da vida econômica e social, a informação constitui um dado essencial e imprescindível. (...) O fato de que, no mundo de hoje, o discurso antecede quase obrigatoriamente uma parte substancial das ações humanas – sejam elas a técnica, a produção, o consumo, o poder – explica o porquê da presença generalizada do ideológico em todos esses pontos".

> políticas informacionais. Afeta profundamente a distribuição de poder político e econômico no meio ambiente digital. Produz impactos de vãos desde a educação até a liberdade de expressão. O "valor" protegido pela propriedade intelectual na economia mundial está na casa das centenas de bilhões de dólares, e continua em crescimento.

Em vista desses fundamentos, passa-se a formular um breve histórico da normatização dos direitos imateriais/intelectuais, na perspectiva do direito do autor, para, em seguida, analisar-se criticamente a transição paradigmática que atualmente desafia os operadores do direito autoral a melhor equalizarem interesses individuais com a função socioambiental dos direitos na sociedade da informação.

2. Normatização e Transição Paradigmática do Direito de Autor

Ascensão (2008, p. 14) esclarece que a criação de normas de exclusividade sobre bens intelectuais somente surgiria com a Idade Moderna, observando que ao longo de quase toda a história da humanidade tais bens permaneceram no domínio público. Mizukami (2007, p. 224-301) aponta como antecedentes dos direitos de autor os privilégios concedidos a editores, impressores e livreiros, na Europa do séc. XV, para conferir ordem ao comércio de livros. Isto é, mais do que no interesse de proteger os direitos dos autores propriamente ditos (visto que a noção romântica e ocidental moderna de autoria somente viria a se desenvolver séculos mais tarde), as primeiras normas de proteção à produção intelectual foram editadas com o objetivo de disciplinar a impressão, o comércio e a censura de obras escritas[271].

Somente a partir da evolução do comércio livreiro, do desenvolvimento da profissão de autor autônomo (não mais necessariamente vinculado à nobreza em uma relação de mecenato) e da expansão do público leitor, na Europa do séc. XVIII estruturaram-se as relações de autor, público, obra e mercado que dariam origem à moderna concepção de autor – um criador original, aquele cuja genialidade e inspiração o tornam digno de crédito e merecimento (MAZUKAMI, 2007, p. 240-243).

As matrizes do direito do autor que se desenvolveram na Inglaterra (*copyright*) e na França (*droit d'auteur*) aos poucos se expandiram para as colônias e países de suas relações comerciais e passaram a integrar o sistema jurídico de inúmeros países. A despeito de suas diferenças, no entanto, tais tradições autoralistas centralizaram-se predominantemente em interesses econômicos dos atores que controlam os meios de produção física e distribuição das obras, segundo Mizukami (2007, p. 269):

> Quando se refere à tradição do *droit d'auteur*, há o estereótipo muito freqüentemente lembrado pela literatura autoralista, de que os países que seguem a tradição são mais sensíveis à atividade criativa do autor, e menos orientados pelo mercado, mas a realidade é que não há diferença alguma entre as tradições, se o critério de distinção adotado for seu caráter empresarial: ambas são voltadas a interesses corporativos porque nasceram no interior das corporações. O artifício retórico de se utilizar o autor como escudo para a obtenção de direitos que, em essência, são editoriais, desenvolvido na Inglaterra pelos *stationers*, repetiu-se na França e na Alemanha. E era, no início, conveniente aos autores sustentar o discurso empresarial, diante de um mercado literário que se abrira há não muito tempo, e cujos sustentáculos conceituais ajudaram a construir na forma das doutrinas de fundamentação da propriedade literária. Os efeitos a longo prazo, entretanto, acabaram por reforçar o fato de que o direito do autor não é, em realidade, um direito de autor. O componente patrimonial, transacionável como é, acaba sustentando a proliferação de modelos de negócios que tendem à concentração de poder econômico de mercado nas

[271] Tomando como exemplo o *Statute of Anne*, elaborado na Inglaterra em 1710, mencionado por muitos estudiosos como uma das primeiras leis de direitos autorais, Mizukami (2007, p. 245) entende que o estatuto não foi, em verdade, uma autêntica lei de direitos autorais, e, sim, uma norma destinada a regular o comércio livreiro e evitar a reformulação de um sistema de monopólios de editores e impressores após a desconstituído do sistema de censura inglês, no início dos anos mil e setecentos.

> mãos de um número reduzido de atores: aqueles que controlam os meios de produção física e de distribuição do conteúdo criado pelos autores, cujo título deles adquirem. O componente moral, por mais importante que seja, acaba servindo como um verniz simbólico que se aplica sobre o componente material, ocultando a verdadeira natureza dos direitos autorais.

Severino (2008, p. 697-698) aponta que os sistemas inglês e francês de direito de autor são a base da legislação contemporânea na matéria: o sistema anglo-saxão do *copyright*, com vocação comercial, influenciando os países de tradição jurídica na *common Law*, e o sistema francês do *droit d'auteur*, com vocação individualista e liberal, alcançando os países de tradição jurídica continental (entre eles o Brasil).

No Brasil Copetti (2008, p. 482-483) menciona que os direitos de propriedade intelectual tiveram sua primeira regulamentação na forma de proteção à propriedade industrial, e não autoral, pelo Alvará de 1809, que concedia privilégios a inventores. A partir de então a legislação brasileira seguiria em paralelo aos compromissos assumidos no cenário internacional.

A primeira legislação brasileira afeta aos direitos de autor seria a Lei de 11 de Agosto de 1827, que criou as Faculdades de direito de São Paulo e Olinda, e em seu art. 7º dispôs a respeito de privilégio exclusivo sobre os compêndios de doutrina para uso nas disciplinas[272] (Mizukami, 2007, p. 286). A partir de então, o desenvolvimento dos direitos autorais no Brasil seguiu concomitantemente pelas disciplinas penal e civil.

Em termos de direito penal, o Código Criminal do Império, de 1831, proibia a reprodução de escritos ou estampas de produção, composição ou tradução de cidadãos brasileiros, enquanto o Código Penal de 1890 dispôs mais amplamente sobre crimes contra a propriedade literária, artística, industrial e comercial. O atual Código Penal, o Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, dedica um capítulo aos crimes contra a propriedade imaterial, cuja redação foi posteriormente alterada pela Lei nº 10.695, de 10 de julho de 2003. Paralelamente, a Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programas de computador e sua comercialização no País, disciplina a propriedade intelectual dos softwares simultaneamente sob o aspecto criminal e civil.

No âmbito civil, em 1º de agosto de 1898 foi promulgada a Lei nº 496, conhecida como Lei Medeiros e Albuquerque, que dispunha sobre a definição e garantia dos direitos autorais. Com o Código Civil de 1916 (a Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916) os direitos autorais passaram a ser disciplinados em seus arts. 649 a 673, em capítulo dedicado à Propriedade literária, artística e científica, que não divergiam, em muito, da Lei Medeiros e Albuquerque. As disposições do Código Civil de 1916 foram revogadas em 1973, pela Lei de Direitos Autorais, Lei nº 5.988, de 14 de dezembro. Por fim, em 19 de fevereiro de 1998 foi editada a Lei nº 9.610, que alterou, atualizou e consolidou a legislação sobre direitos autorais. Com o Código Civil de 2002 sendo silente a respeito dos direitos autorais, a Lei nº 9.610/1998 permanece sendo a atual norma civil brasileira de direitos autorais.

Em panorama constitucional, a primeira previsão de direitos autorais se deu no § 26 do art. 72 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891[273]. As Constituições seguintes, à exceção da Constituição de 1937 que nada dispunha no tocante à matéria, mantiveram redação semelhante em relação aos direitos autorais (Constituições de 1934, de 1946, de 1967 e de 1988). A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dedica os incisos XXVII e XXVIII do art. 5º para assegurar os direitos do autor[274].

[272] Art. 7.º - Os Lentes farão a escolha dos compendios da sua profissão, ou os arranjarão, não existindo já feitos, com tanto que as doutrinas estejam de accôrdo com o systema jurado pela nação. Estes compendios, depois de approvados pela Congregação, servirão interinamente; submettendo-se porém á approvação da Assembléa Geral, e o Governo os fará imprimir e fornecer ás escolas, competindo aos seus autores o privilegio exclusivo da obra, por dez annos.

[273] Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 26 - Aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las, pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar.

[274] Art. 5º. (...) 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.

Em relação a alguns dos principais acordos e convenções da matéria no cenário internacional, o Brasil aderiu à Convenção de Berna em 1922[275], é signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU[276] e do acordo TRIPs (*Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, ou ADPIC - Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio).

Analisando a normatização do direito de autor que integra o ordenamento jurídico brasileiro, é possível identificar uma forte influência de um discurso liberal-patrimonialista e de maximização da proteção autoral (mas não do autor), em prejuízo de outros valores e interesses diretamente afetados pela tutela dos bens decorrentes de produção cultural, artística ou científica. Este dado coaduna com as origens do direito do autor como normas de regulamentação das riquezas provenientes da atividade intelectual (ênfase no *patrimônio* intelectual, e, destarte, absoluto) mais do que da atividade intelectual em si (ênfase real no autor), e como normas que foram pactuadas principalmente no âmbito dos grupos que diretamente detinham poder econômico sobre a atividade, sem abertura para contribuições de outros grupos também impactados.

Observa-se, igualmente, certa coerência entre a trajetória dos direitos autorais no Brasil e a trajetória do Direito Civil. Apoiadas as relações de circulação de riquezas no paradigma liberal, as normas jurídicas reconheciam que nas relações jurídicas de direito civil a transmissão de bens (cuja propriedade se tinha por absoluta) dava-se majoritariamente pela autonomia privada dos particulares vertida no contrato; um discurso individualista e patrimonialista que mais tarde veio a ser questionado e revisto, como se extrai das normas de função social dos contratos (art. 421, do Código Civil de 2002) e da propriedade (art. 2.035, parágrafo único, do Código Civil de 2002, e artigos 5º, XXIII, e 170, V, da Constituição de 1988), entre outras[277]. Também desenvolvidos a partir do objetivo de proteger riquezas, os direitos do autor foram fortemente influenciados pelo paradigma liberal e por uma ênfase exacerbadamente patrimonialista – uma orientação que hoje está em descompasso com a funcionalização dos direitos em vista da concretização dos valores constitucionais da dignidade da pessoa, da função social da propriedade, da solidariedade, do desenvolvimento nacional e do bem de todos, entre outros.

O discurso patrimonialista nos direitos autorais pode ser identificado não apenas na legislação civil brasileira[278], mas como uma forte pressão no âmbito internacional em detrimento dos países em desenvolvimento. Boyle (1997) esclarece: *"No âmbito internacional presenciamos o uso do GATT para tornar a violação da propriedade intelectual em uma violação comercial, assim codificando uma visão particular de propriedade intelectual e santificando-a sob o rótulo de 'O Mercado'".* Mizukami (2007, p. 220, 274) reitera que desde a Convenção de Berna as normas internacionais refletem os interesses dos grupos (ou países) detentores da riqueza econômica oriunda dos direitos de autor, criando normas que servem inclusive de prejuízo aos países em desenvolvimento, pois Berna: "afinal, havia sido estabelecido por e para países com uma forte indústria do conteúdo, com preocupações apenas simbólicas em relação a países em desenvolvimento. Por trás da retórica autoralista e elogios ao gênio do autor, escondiam-se interesses estritamente econômicos".

Outro reflexo do patrimonialismo nos direitos do autor estaria no que Mizukami (2007, p. 324, 326) identificou como *property talk*, em um discurso que reiteradamente aborda as violações aos direitos autorais aos crimes de roubo e furto, ou pirataria, com um evidente apelo moral que não se adéqua à técnica jurídica.

Em face deste panorama Mizukami (2007, p. 323) observa:

---

[275] A Convenção da União de Berna de 1886, relativa à proteção das obras literárias e artísticas, foi fruto da *Association Littéraire et Artistique Internationale* e é emblemática em termos de normas de proteção de direitos autorais pactuadas entre Estados soberanos.

[276] Artigo XXVII. 1. Todo ser humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios.
2. Todo ser humano tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica literária ou artística da qual seja autor.

[277] Conferir a respeito da transição paradigmática do Direito Civil Liberal para uma leitura Constitucional, entre outros autores: FACHIN, Luiz Edson. (coord.) **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998; NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). Curitiba: Juruá, 2001; e NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

[278] Refletindo sobre o percurso dos direitos autorais da Lei Medeiros e Albuquerque à Lei nº 9.610/1998, Mizukami (2007, p. 474) aponta uma *"crescente diminuição de preocupação em relação aos interesses negativamente afetados pela legislação de direitos autorais, e um aumento de preocupação em se estabelecer uma normativa autoral maximalista".*

> Desta maneira, um apelo à ideia de "propriedade" retira qualquer discussão referente a políticas públicas relativas à produção, distribuição e consumo de informação, do domínio do interesse público, e as insere exclusivamente no domínio de interesses privados. Como consequência, assume-se a "propriedade" como um valor absoluto, imune a argumentos que coloquem em destaque a existência de uma série de interesses, direitos e valores violentamente afetados pelos regimes de direitos autorais, como educação, liberdade de expressão e acesso à cultura, intimamente vinculados à própria existência de uma democracia saudável".

A conclusão de Boyle (1997) sobre a impropriedade da perspectiva absoluta e não funcional do direito autoral é igualmente precisa:

> Direitos de propriedade intelectual são monopólios limitados atribuídos no intuito de produzirem presentes e futuros benefícios públicos – e para alcançar esses objetivos, as "limitações" aos direitos de propriedade são tão importantes como a concessão dos direitos em si. Mais precisamente, uma vez que não há direito "natural" absoluto de propriedade intelectual, as doutrinas que favorecem os consumidores e outros usuários, como a do *fair use*, são tão pertencentes ao direito básico de propriedade intelectual como a proteção dada ao autor para evitar certos tipos de reprodução. (...) Desta forma, propriedade intelectual é uma área particularmente inapropriada para a discussão do direito de propriedade como se fosse igualmente natural e absoluto.

Diante da abordagem dos direitos do autor como direitos de propriedade – e, destarte, absolutos no paradigma liberal-individualista – outros interesses valiosos, como o acesso à informação e à cultura, a educação, o desenvolvimento tecnológico e científico são postos em segundo plano.

Em oposição ao movimento patrimonialista dos direitos autorais, vê-se o desenvolvimento crescente de uma corrente funcionalista, argumentando pela necessidade de interpretação e aplicação das normas de direito do autor em consonância com os princípios e valores entabulados pela Ordem Constitucional de 1988. Dentre estes instrumentos constitucionais de controle e sopesamento da funcionalidade dos direitos de autor estão: a função social da propriedade (art. 5º, XXIII e art. 170, V); a repressão ao abuso do poder econômico (art. 173, § 4º); a defesa dos direitos culturais e a democratização do acesso aos bens de cultura (art. 215, § 3º, IV); a proteção do patrimônio cultural brasileiro (art. 216); a promoção ao desenvolvimento científico e à pesquisa (art. 218); a promoção à manifestação do pensamento em comunicação social (art. 220); e a possibilidade de propositura de ação popular para anular ato lesivo ao patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII). Inclusive, em panorama infraconstitucional o macrossistema de Direito Civil não recepciona o exercício abusivo – não-funcional – de direitos, enunciando o art. 187 do Código Civil de 2002 que "também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

Sobre a constitucionalização e funcionalização dos direitos do autor Severino (2008, p. 693-694) destaca:

> (...) 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 principio da função social da propriedade e os direitos a 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.

Diante de todos estes fundamentos é possível reconhecer um momento de transição paradigmático na disciplina dos direitos do autor, à semelhança do que se deu com o direito de propriedade no Código Civil de 2002 em decorrência do movimento de Constitucionalização do Direito Civil. Nesse sentido Soares (2008, p. 161) afirma:

> 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.

Nesta esteira, é preciso mencionar a iniciativa do Ministério da Cultura para a elaboração de uma nova legislação de direitos autorais, mais funcionalizada e receptiva em relação ao universo de interessados e afetados pelas normas de propriedade intelectual (lembrando as palavras de Boyle (1997) de que a "propriedade intelectual é a forma jurídica da era da informação")[279].

Como mencionado, a leitura da funcionalização dos direitos do autor é mister e pode se dar por diferentes vieses, desde o direito à informação, à educação, ao desenvolvimento nacional, aos princípios constitucionais da ordem econômica e outros. Passaremos a analisar a funcionalização dos direitos autorais sob a perspectiva socioambiental da Constituição da República de 1988.

3. Função Sócio-ambiental dos Direitos Autorais

Como visto, o direito autoral esteve intimamente associado ao direito de propriedade. Ocorre que desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 voltou-se ao resgate da dignidade humana (contrapondo-se veementemente o sujeito-digno ao sujeito-proprietário) e a propriedade ganhou novos contornos, devendo cumprir sua função social. Teizen Júnior (2004, p.114) converge com este entendimento sobre a função social:

> Limitando institutos de conformação nitidamente individualista, em contraposição aos ditames do interesse coletivo – que se apresentam acima dos interesses particulares – concedendo aos sujeitos de direito não só uma igualdade em seu aspecto estritamente formal, mas permitindo uma igualdade e liberdade aos sujeitos de direito os igualando de modo a proteger a liberdade, de cada um deles, em seu aspecto material.

No que diz respeito à função social do direito de autor, Carboni (2008, p. 88) entende que visa ao equilíbrio entre a proteção autoral e a possibilidade de redução de obstáculos às novas formas de criação e circulação de bens intelectuais, almejando a manifestações sociais mais abertas à criatividade e com maior amplitude democrática, além da garantia de livre acesso as obras protegidas em determinadas circunstâncias.

Relaciona-se, igualmente, a função social e o direito do autor, sob o ponto de vista do interesse público[280]. Carboni (2008, p. 91-92) cita como interesse público, entre outros, 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 democrático; o estímulo à criação intelectual (visto que compõe o patrimônio cultural e artístico do país).

Por outro lado, Carboni (2008, p. 91-92) aponta outras funções, igualmente importantes, como a função econômica, em se tratando da apropriação da informação e da obra intelectual enquanto mercadoria; a 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).

O direito de autor tem como função social, em última instância, a promoção do desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico. É cediço que a Constituição promulgada em 1988

[279] Conferir: http://www.cultura.gov.br/consultadireitoautoral.
[280] Para Souza Filho (2006, p. 22), o interesse público é o reconhecimento coletivo de que o bem cultural deve ser preservado.

visa ao desenvolvimento equilibrado, para tanto, os direitos assegurados aos cidadãos devem necessariamente atentar à função social dos direitos assegurados aos autores em equilíbrio com os interesses coletivos.

Nesta perspectiva, Grau (2001, p. 252) enfatiza a importância do desenvolvimento econômico ao dispor:

> A ideia de desenvolvimento supõe dinâmicas mutações e importa em que se esteja a realizar, na sociedade por ela abrangida, um processo de mobilidade social contínuo e intermitente. O processo de desenvolvimento deve levar a um salto, de uma estrutura social para outra, acompanhado da elevação do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário. Daí porque, importando a consumação de mudanças de ordem não apenas quantitativa, mas também qualitativa, não pode o desenvolvimento ser confundido com a ideia de crescimento. Este, meramente quantitativo, compreende uma parcela da noção de desenvolvimento.

Os resultados, as produções, enfim, tudo o que se protegeu sobre o manto da "autoria", além de contribuir, quando devidamente utilizado, para o desenvolvimento do País, recebe a proteção da Constituição por meio das normas ambientais.

Souza Filho (2006, p.15) conceitua sob o ponto de vista humanista o meio ambiente como a natureza, compreendida em toda a sua plenitude, e as modificações que nela vem introduzindo o ser humano. *"Assim, o meio ambiente é composto pela terra, a água, o ar, a flora e a fauna, as edificações, as obras de arte e os elementos subjetivos e evocativos".*

O meio ambiente natural são os elementos que existem independentes da ação humana, enquanto que o meio ambiente cultura são os frutos da intervenção humana. Os riscos ao meio ambiente cultural são representados pela especulação, pela ganância e pela ignorância da classe possuidora.

A atividade reguladora no Brasil sobre o direito do autor reflete, igualmente, o interesse cultural e a relevância jurídica que assumem para a sociedade (a título de exemplo cita-se o tombamento), pois impõe limites ao exercício absoluto da propriedade privada, com o fim de preservar o bem cultural. Tal tutela estende-se ao bem cultural objeto de direito autoral[281].

Esta análise permite evocar juridicamente a proteção dos bens socioambientais (e não apenas pela vinculação ao interesse público) para a proteção dos bens intelectuais.

Souza Filho (2006, p. 27) ressalta que os bens socioambientais alteram e complementam a função social da propriedade, porque lhe agregam elementos funcionais. Os elementos funcionais não são agregados pelo Poder Público quando declara a preservação, segundo o referido autor, mas quando o Poder Público fica compungido a declarar sua preservação porque é portador de referência cultural ou porque garante a biodiversidade.

Considerar-se um bem não apenas pela sua função social, mas igualmente pela função socioambiental, representa o desenvolvimento da sociedade da informação. Para Veiga (2007, p. 105), "a relação socioambiental está na maneira de se entender as mudanças sociais, que jamais podem ser separadas das mudanças da relação humana com o resto da natureza".

A vantagem de se considerar o patrimônio intelectual como socioambiental é que é impossível a confusão entre o proprietário individual e a coletividade titular dos direitos difusos, logo ninguém detém a titularidade[282] para deixar de exibir ou destruir o bem, consoante Souza Filho (2006, p. 30).

Assim, considerar o direito autoral sob o prisma da proteção socioambiental é garantir a proteção econômica e valorizar o desenvolvimento nacional. Neste sentido Soares (2008, p. 167):

---

[281] Souza Filho (2006, p. 24) salienta que o centro da limitação jurídica que os direitos coletivos impõe aos individuais não está no, como ter, como usar, como fruir, mas no como evitar que se deteriore.

[282] Sobre a análise da titularidade é importante considerar as ponderações de Souza Filho (2006, p. 30): *"O direito de autor e os direitos coletivos socioambientais são muito semelhantes, porque ambos se exercem paralelamente ao direito individual de propriedade, não sendo negociáveis e impondo limites ao exercício do direito individual de propriedade sobre o bem. Entretanto, apesar da similitude, não podemos confundir os direitos coletivos difusos com os direitos do autor, por duas razões. Primeiro, uns são coletivos difusos e outros individuais; segundo, uns nascem com a criação do artista, outros com a existência de uma situação determinada em lei.*

> 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 e no sentido de conferir eficácia aos preceitos constitucionais supracitados. (...) 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.

Portanto, para se assegurar que não haja distorções, excessos e abusos praticados por particulares no gozo do direito autoral, para que o mesmo possa cumprir a sua função de promover o desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico é necessário que o compreenda por uma visão socioambiental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o direito se voltou para a proteção e resgate da dignidade humana e do desenvolvimento equilibrado do país. O prestígio que o legislador constituinte outorgou ao cidadão, garantiu efetivos direitos e garantias, contrapondo-se a proteção da propriedade, ou seja, visa-se o "ser" em prol do "ter".

Foi tão significativa esta nova perspectiva que se instalou para o sistema jurídico o instituto da função social da propriedade, do contrato e das demais situações jurídicas, que deveriam ser necessariamente orientadas para o desenvolvimento equilibrado do país.

Os direitos autorais foram altamente influenciados por esta nova análise que prevê a observação ao que a lei impõe, sobretudo sua função social. Houve portanto uma mudança paradigmática em detrimento da evolução no sistema jurídico.

Com a finalidade de não se permitir abusos de direitos por parte de proprietários e visando à efetiva proteção dos direitos autorais, chegou-se ao conceito da função socioambiental que prevê a titularidade não apenas do criado do meio ambiente cultural, como também da coletividade, que poderá por meio dos instrumentos jurídicos permitirem que estas obras componham o patrimônio cultural sem comprometer as garantias que o Código Civil outorga ao criador e, no mesmo sentido, favorecendo o desenvolvimento cultural do país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. A Questão do Domínio Público. In: Wachowicz, Marcos; SANTOS, Manoel J. Pereira dos. (coord.) Estudos de Direito de Autor e Interesse Público. **Anais do II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

BARBOSA, Fernanda Nunes. **Informação**: direito e dever nas relações de consumo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BENJAMIN, Antônio Herman. [et.al.]. **Código brasileiro de defesa do consumidor**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BOYLE, James. **A politics of intellectual property: environmentalism for the net**? Duke Law journal, v. 47, n. 1, 1997. Disponível em: <http://www.law.duke.edu/boylesite/Intprop .htm>.

CARBONI, Guilherme C. Aspectos gerais da teoria da função social do direito de autor. In: Wachowicz, Marcos; SANTOS, Manoel J. Pereira dos. (coord.) Estudos de Direito de Autor e Interesse Público. **Anais do II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 88

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Volume I. 7ª edição totalmente revista e ampliada. (Trad. Roneide Venancio Majer com a colaboração de Klauss Brandini Gerhardt. Editora Paz e Terra: São Paulo, 2003.

COPETTI, Michele. A propriedade industrial e os direitos autorais: agregando distintos regimes de proteção. In: Wachowicz, Marcos; SANTOS, Manoel J. Pereira dos. (coord.) Estudos de Direito de Autor e Interesse Público. **Anais do II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Barcelona: Altaya, 1994.

MELO, Marco Antonio Machado Ferreira de. A tecnologia, direito e solidariedade. In: **Direito, Sociedade e Informática**: limites e perspectivas da vida digital (Org. Aires José Rover). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. **Função social da propriedade intelectual**: compartilhamento de arquivos e direitos autorais na CF/88. Dissertação para mestrado em direito. 2007. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=5101>.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito de Informática**: comercialização e desenvolvimento internacional do software. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. 14 ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.

SEVERINO Jr., Zauri Geraldo. Direito de autor, internet e as novas tecnologias: a função social da propriedade intelectual na era digital. In: Wachowicz, Marcos; SANTOS, Manoel J. Pereira dos. (coord.) Estudos de Direito de Autor e Interesse Público. **Anais do II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

SOARES, Sávio de Aguiar. Direitos autorais na internet e sociedade da informação. In: Wachowicz, Marcos; SANTOS, Manoel J. Pereira dos. (coord.) Estudos de Direito de Autor e Interesse Público. **Anais do II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens Culturais e sua proteção jurídica**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2006.

_____; **A função social da terra**. Porto Alegre: Fabris: 2003.

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

VEIGA, José Eli da. **A Emergência Socioambiental**. São Paulo: SENAC, 2007.

4.3.4 Propriedade Intelectual e Direito Autoral nos Contratos Administrativos

*Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva**

* Juiz de Direito em Santa Catarina, doutorando e mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Diretor de Ensino da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina (ESMESC) – cerf7996@tjsc.jus.br

Resumo: A inovação tecnológica advinda da revolução informacional resulta em transformações nos contratos que envolvem a administração pública, com a aplicação de regulamentos e princípios e participação de novos atores: governos, universidades, fundações, empreendedores e pesquisadores. Áreas estratégicas dedicam-se à produção de *softwares*, à pesquisa científica e tecnológica e necessitam de garantia de estabilidade e segurança para que o poder público e a iniciativa privada possam combinar seus esforços para a promoção do desenvolvimento nacional.

Palavras chave: propriedade intelectual, direito autoral, contratos administrativos

Abstract: Technological innovation promoted by the informational revolution is changing the contracts involving the government, through the application of new regulations and principles, and the participation of new actors, including governments, universities, foundations, entrepreneurs and researchers. Strategic areas such as software, scientific and technological research are progressing fast, and they need stability so that the public and private initiative can unite their efforts in promoting national development.

Keywords: intellectual property, copyright, public contracts

INTRODUÇÃO

O entendimento de que os contratos celebrados pela administração possuem características próprias em função do interesse público que os diferencia possibilitou o surgimento de toda uma teoria autônoma do contrato administrativo, ferramenta largamente utilizada a partir da primeira metade do século XX na aproximação de interesses entre poder público e iniciativa privada (SILVA, 2002).

O contrato administrativo objetiva contemplar a promoção do progresso e do desenvolvimento do país; em razão disso, permite ao Estado financiar setores tidos por estratégicos, como a infraestrutura necessária à atividade econômica, ou mesmo, a prestação de serviços públicos em áreas em que normalmente o mercado não atuaria voltado para o atendimento das necessidades da população:

Um instrumento para o atingimento do resultado desejado pela sociedade é o financiamento de empreendimentos geradores de emprego e renda, em regra considerados como indicadores relevantes para o desenvolvimento econômico dos setores da indústria, agroindústria, agricultura familiar, micro e pequenas empresas, serviços e comércio atacadista. Outro indicador relevante do desenvolvimento é a elevação dos índices de qualidade de vida e de desenvolvimento humano (SOUTO, 2007, p. 255).

Numa época em que o conhecimento e a produção de tecnologia adquirem valor maior do que a produção de bens e serviços, conhecer o tratamento dado à propriedade intelectual e aos direitos autorais dentro do complexo regime jurídico dos contratos administrativos no Brasil torna-se determinante tanto para os administradores públicos como para quem pretenda fazer negócios com a administração.

Lembrando que o texto constitucional prevê a promoção do desenvolvimento nacional como um dos objetivos fundamentais da República, Barbosa (2010, p. 243) afirma que, muito embora o processo de desenvolvimento esteja diretamente ligado à ação dos entes públicos na área científica e tecnológica, ainda é polêmica a definição de prioridades nesse campo.

No entanto, esse tema – o dos interesses do desenvolvimento em face da propriedade intelectual e da inovação – é um dos mais espinhosos e no tocante à definição do que seria "desenvolvimento": simples crescimento econômico, ou efetiva maturação dos beneficiários desse direito humano – como uma liberdade?

Por se tratar de institutos jurídicos recentes e envolver fenômenos econômicos e sociais muito novos, com desdobramentos ainda imprevisíveis dentro da chamada revolução informacional, desencadeiam-se muitas dúvidas e questionamentos sobre a matéria, algumas das quais passam a ser apresentadas a seguir. Destaca Wachowicz, (2006, p. 75): *"*O ordenamento jurídico foi surpreendido com a dinâmica estimulada pelas novas tecnologias, cuja capacidade de gerar fatos novos imobiliza o legislador, incapaz de acompanhá-la*"*.

Mais do que apontar problemas ou indicar soluções, pretende-se aqui convidar à reflexão e contribuir para o debate sobre um tema tão atual quanto polêmico, ainda que pareça haver consenso entre os partícipes do processo de que é preciso melhorar a interação entre as empresas e o Estado e promover uma maior abertura internacional que permita uma visão global característica desse fenômeno cultural.

1. A política de inovação

Apesar da intensa discussão que trata, muitas vezes de forma apaixonada, a propriedade intelectual como valor estratégico, o que desde logo se reconhece, também é importante lembrar que se trata de um tipo de propriedade sujeito à disciplina constitucional, da mesma forma que os demais, e não um valor absoluto e indisponível.

Por isso mesmo, deve-se destacar que esse tipo particular de direito não se configura um fim em si mesmo e sim uma ferramenta política à disposição do Estado para obtenção de determinados fins em favor da coletividade, de modo a conciliar os interesses públicos e particulares:

A propriedade intelectual tem uma natureza dupla: ela opera, por um lado, no sentido de reforçar o poder de exclusividade e controle por parte do criador sobre o produto do seu espírito, e, por outro lado, no sentido de facilitar o acesso de terceiros à informação nele contida. O fundamento dos direitos de propriedade intelectual residiu, desde sempre, na procura de uma conciliação entre o interesse do autor em usufruir os benefícios da sua criação e o interesse da sociedade no progresso das letras, das artes e das ciências (GONÇALVES, 2003, p. 45).

Bons exemplos da proveitosa cooperação entre Estado e iniciativa privada estão na Lei de Inovação n. 10.973, de 2-1-2004, que trouxe incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, e na concessão de benefícios fiscais com a Lei n. 11.196/2005, que se convencionou chamar de Lei do Bem.

A Lei de Inovação combina medidas de estímulo e apoio, que vão desde o financiamento público direto até a criação de fundos, agências de fomento e entidades especificamente voltadas à execução de atividades dentro da área de inovação:

O seu art. 3º estabelece que a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas agências de fomento poderão estimular e apoiar a constituição de alianças estratégicas e o desenvolvimento de projetos de cooperação envolvendo empresas nacionais e organizações de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa e desenvolvimento que objetivem a geração de produtos e processos inovadores. Esclarece o parágrafo único do dispositivo que tal apoio poderá contemplar, entre outras, ações de empreendedorismo tecnológico e criação de ambientes de inovação (SOUTO, 2005, p. 280).

Entre as medidas previstas pela Lei 10.973 para facilitar a política de inovação, está uma nova hipótese de dispensa de licitação prevista no art. 24 da Lei 8.666/93:

Art. 24. É dispensável a licitação:

[...] *XXV – na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica – ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida.*

Essa nova hipótese deve ser interpretada dentro do contexto constitucional que prevê como incumbência da administração a promoção da pesquisa científica e tecnológica:

A lei licitatória cumpre, neste inciso, a ordem do art. 218 da Constituição Federal, que incumbe o Estado de promover e incentivar "o desenvolvimento científico, a pesquisa, e a capacitação tecnológica". A determinação do § 4º do preceito constitucional nitidamente inspira esta hipótese de dispensabilidade, ao cometer à lei, imperativamente, o dever de apoiar e estimular "as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de recursos humanos" (PEREIRA JUNIOR, 2002, p. 281).

Não se cogita a existência de inconstitucionalidade na inclusão de um novo tipo de dispensa de licitação, se o que fez a legislação ordinária foi justamente atender ao comando do constituinte originário para promover e incentivar a pesquisa científica e tecnológica, respeitado o princípio geral da administração pública que ressalva a obrigatoriedade de licitação apenas aos casos especificados na legislação.

Será dispensável a licitação para a contratação de Instituição Científica e Tecnológica (ICT) ou agência de fomento, desde que o objetivo seja o financiamento de ações para desenvolvimento de ciência e tecnologia. Além disso, para Carvalho Filho (2009, p. 252), a hipótese somente será aplicável:

[...] quando o objeto do ajuste for a transferência de tecnologia ou o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida, assim considerada invenção, modelo de utilidade, desenho industrial, programa de computador ou qualquer outro desenvolvimento tecnológico do qual possa resultar o surgimento de novo produto, processo ou aperfeiçoamento de natureza tecnológica. Há dois pontos que justificam a dispensa. De plano, trata-se da necessidade de fomento à pesquisa e tecnologia, setor dentro do qual deve possibilitar-se a contratação direta em razão das peculiaridades do ajuste. Ademais, não há interesse econômico direto na contratação; ao contrário, exige a Lei 10.973/04 que se privilegiem entidades sem fins lucrativos (art. 3º), sobrepondo-se, por conseguinte, o aspecto social inspirador dos mandamentos constitucionais regulamentados.

A partir dessa nova espécie de contrato, destinada especificamente à pesquisa e à tecnologia, alguns desdobramentos já podem ser verificados na prática e deverão ser enfrentados pela doutrina e pelos órgãos de controle.

Tratando-se de entidades sem fins lucrativos que recebem e gerenciam recursos públicos, como fazer o controle de resultado de uma forma não contábil? O critério da eficiência, analisado sob o aspecto exclusivamente econômico, pode não ser suficiente para a análise da matéria, já que pesquisas e testes nem sempre atingem o objetivo esperado. É preciso atentar aos riscos inerentes à inovação, que, muitas vezes, não podem ser demonstrados na forma contábil com que são prestadas as contas aos órgãos de controle. Em razão disso, outros aspectos metodológicos devem ser também observados.

Também o critério temporal merece atenção, pois uma pesquisa avançada pode levar muitos anos (ou até mesmo décadas) para apresentar resultados, como acontece na área da genética ou nos testes em plantas e animais. Pode ainda suceder algum evento singular, como um fenômeno da natureza que demande rápida resposta dos pesquisadores, como se viu na recente crise do setor energético.

Há quem aponte uma possível colisão entre os princípios da publicidade na administração e o sigilo necessário para a pesquisa na inovação, problema que deverá ser solucionado com a aplicação dos princípios da razoabilidade e da ponderação, sem que isso implique ofensa à ordem constitucional.

Além disso, o aspecto subjetivo merece atenção. Eventualmente, pode-se questionar o direcionamento da verba destinada a um determinado pesquisador ou sucessivas renovações na contratação de uma mesma pessoa. É preciso que sejam consideradas as peculiaridades da pesquisa, a especialidade dos pesquisadores, sua qualificação e a relação de confiança com sua equipe. Devem existir critérios para que a contratação atenda à transparência necessária ao interesse público sem que haja prejuízo à continuidade da pesquisa, como se vê a seguir.

2. Apoiando A Pesquisa Científica E Tecnológica

Dentre as figuras surgidas com a reestruturação da administração pública, as Fundações de Apoio destacam-se como sendo de vital importância para a pesquisa científica e tecnológica, já que permitem a flexibilidade, a autonomia administrativa e, principalmente, a captação direta de recursos de que não dispõem as universidades públicas. São elas assim caracterizadas por Madeira (2001, p. 432):

As Fundações de apoio são organizações privadas sem fins lucrativos, instituídas nos moldes do Código Civil, não possuindo vinculação ou fazendo parte da Administração pública. Possuem como principal objetivo: dar apoio a determinadas instituições, dando-lhes fomento e auxílio. São criadas para dar apoio a projetos de pesquisa, ensino, extensão e desenvolvimento institucional, científico e tecnológico, de interesse das instituições federais de ensino superior e também das instituições de pesquisa. Buscam ajudar a Universidade a se manter.

Para permitir a agilidade necessária à realização das pesquisas nas mais diversas áreas, de modo que não haja interrupção nos trabalhos nem quebra de continuidade em função do lento trâmite burocrático, essas instituições também se encontram no rol de dispensa de licitação do art. 24 da Lei 8.666, com a redação dada pela Lei 8.883, em razão das características peculiares do contrato:

Art. 24. É dispensável a licitação: (...) XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;

Carvalho Filho (2009, p. 250) esclarece que o processo administrativo da dispensa de licitação deve ser instruído com o documento de aprovação do projeto de pesquisa, ao qual fica vinculada a verba orçamentária. E prossegue, fazendo algumas advertências:

O Estatuto impõe duas condições para dispensa de licitação. A primeira é a de que os recursos provenham das entidades específicas mencionadas no dispositivo, todas tendo entre seus objetivos institucionais a alocação de recursos para as citadas finalidades, ou de outras entidades, desde que reconhecidas por credenciamento pelo CNPq. Não vale, portanto, para recursos obtidos junto a instituições privadas não-credenciadas, como, por exemplo, bancos e estabelecimentos de crédito. A outra condição consiste na aquisição dos bens exclusivamente para pesquisa científica e tecnológica.

É possível, portanto, que equipamentos e máquinas sejam adquiridos diretamente com recursos obtidos através das fundações, desde que sejam para uso exclusivo previsto pelo projeto. Porém, se a compra tiver outro objetivo que não a utilização no projeto de pesquisa, deverá obrigatoriamente ser precedida de licitação (CARVALHO FILHO, 2009).

Dúvidas e dificuldades envolvem a contratação, seja direta ou mediante licitação, principalmente quando o serviço se destina à contratação de novas tecnologias, o que assume formas novas, até mesmo inéditas.

3. Licitação E Novas Modalidades Contratuais

Um desses modelos atípicos é o contrato de risco com a administração pública, misto de prestação de serviços com transferência de tecnologia. Souto (2004, p. 419) apresenta esse tipo de contratação como uma opção mais vantajosa ao aluguel ou à compra dos equipamentos, situação em que o Estado pagaria por eles independentemente de usá-los ou não:

Numa primeira etapa, o particular presta ao Poder Público um serviço gratuito de consultoria, fazendo um diagnóstico do quadro existente, sugerindo um prognóstico por meio do qual vai ser obtida uma redução de despesas na prestação do serviço. Este prognóstico prevê a transferência de uma tecnologia exclusiva, com uso de produtos patenteados, que se encontram, portanto, num regime de monopólio legal, daí resultando uma inviabilidade de competição. Como remuneração, o particular recebe um percentual sobre o valor da economia de despesas proporcional. Sua utilização tem sido apregoada para os serviços de iluminação pública.

Outra forma de contrato de risco envolve a utilização de instrumentos indispensáveis ao exercício do poder de polícia, tais como radares, câmeras fotográficas, balanças empregadas em rodovias, que ficam à disposição do Estado, só se remunerando o proprietário se e quando do uso do equipamento forem constatadas infrações que acarretem uma receita com multas de polícia, destinando-se-lhe um percentual de tal arrecadação.

Deve-se lembrar que não haverá dispensa nem inexigibilidade de licitação sempre que for possível a competição entre particulares para o fornecimento de serviços de natureza técnica.

A natureza singular se caracteriza como uma situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por todo e qualquer profissional “especializado”. Envolve casos que demandam mais do que a simples especialização, pois apresentam complexidades que impedem obtenção de solução satisfatória a partir da contratação de qualquer profissional (ainda que especializado) (JUSTEN FILHO, 2009, p. 279). A mesma orientação é dada por Sousa (2008, p. 304) ao tratar especificamente da contratação do fornecimento de software:

Para contratação direta com inexigibilidade de licitação para fornecimento de software, devem ser preenchidos três requisitos cumulativos (art. 25, II, da Lei 8.666/93): o serviço deve ser de natureza técnica, deve ostentar natureza singular e a sociedade empresária contratada deve ser notoriamente especializada. Ressalte-se que a ausência de qualquer um dos requisitos impossibilita a contratação direta.

Elemento essencial na revolução informacional, o fornecimento de software à administração pública reveste-se de enorme importância econômica e funcional. Esse tipo de serviço especializado adquire novos contornos a cada momento, como se passa a ver.

4. Contratos De Software

A informatização do serviço público, mais do que facilitar, transforma sua administração e permite ao usuário, ao servidor e ao gestor público agilidade no acesso à informação. Além de agregar qualidade e rapidez, resulta em transparência e aumenta a *accountability*, por permitir permanente comunicação entre os diversos órgãos governamentais e controle muito maior dos resultados, o que resulta em ganhos em todos os aspectos. O fornecimento de software à administração pública, em virtude do enorme campo de inovação aberto e das possibilidades de ganho significativo num país continental como o Brasil, revela-se, pois, excelente negócio.

Algumas distinções são necessárias para análise da matéria: “Na contratação de bens de informática, distinguir ainda o software feito sob encomenda**,** que envolve contrato de prestação de

serviços, do chamado software de prateleira, que se enquadra como mercadoria e deve atender aos requisitos de padronização e registro de preços (art. 15, da Lei 8.666/93)" (SOUTO, 2005, p. 136).

Na abordagem aos programas específicos às finalidades da administração, ganha destaque a disputa entre o uso do software livre ou a compra de software proprietário. Para Ferraz Jr. (2007, p. 263), o Estado exerce influência no mercado como produtor e consumidor de software, ou mesmo, por seu papel de regulador econômico. Em razão disso, tamanha é a importância da opção que venha a fazer:

Trata-se aqui de uma oposição entre regimes jurídicos distintos para uso de programas de computadores. Como se sabe, o programa de computador é protegido como direito de autor, equiparado às obras literárias (Lei 9.609/98, art. 2º). Essa proteção abrange tanto o programa escrito em linguagem natural, que constitui um conjunto de comandos direcionados para produzir determinada operação na máquina (computador), chamado de código-fonte, quanto o programa compilado em linguagem de máquina para ser executado, chamado de código-objeto. No exercício desse direito na forma "proprietária", o titular autoriza somente a execução do programa na máquina do licenciado (somente lhe dá acesso ao programa já em código-objeto), enquanto que no exercício "livre" o licenciado tem acesso ao código-fonte e tem a liberdade de estudar, copiar, distribuir e desenvolver o programa para adaptá-lo ou dirigi-lo a novas soluções (FERRAZ JR., 2007, p. 262).

Em 15-4-2004, o Supremo Tribunal Federal suspendeu a Lei Estadual n. 11.871/2002 do Rio Grande do Sul, que previa a contratação exclusiva de software livre no âmbito da administração pública daquele Estado. A decisão liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.059 MC/RS, movida pelo partido Democratas, da lavra do Ministro Ayres Britto, contém o seguinte teor:

[...] no âmbito objetivo da lei estadual guerreada, o que se fez foi uma tão declarada quanto antecipada preferência por um tipo de produto eletrônico: o software da espécie aberta ou completamente isento de restrições proprietárias. Logo, a própria lei estadual a excepcionar o caráter isonômico da licitação para se substituir à Administração Pública na emissão de um prévio e superior juízo de prestimosidade de um determinado bem informático ante os demais concorrentes. Que são concorrentes sabidamente numerosos e igualmente caracterizados por crescente sofisticação tecnológica de seus produtos. Corresponde a dizer: a lei mesma é que se encarregou de criar uma preferência e assim antecipar uma avaliação administrativa concreta ou empírica; avaliação traduzida na presunção de que um dado software satisfaz melhor aos interesses da Administração do que os outros. (...) Que o software de sua declarada preferência pode até ser o que melhor consulta aos interesses da Administração, em termos de preço, técnica e gradativa apropriação autóctone de uma tecnologia reconhecidamente de ponta, entre outras vantagens comparativas. Mas todas essas virtudes só podem ser aferidas é no processo mesmo do certame em que a licitação consiste.

Habilitaram-se ao feito entidades como a Associação Brasileira das Empresas de Software; a Associação das Empresas de Tecnologia da Informação, Software e Internet; e o Instituto Brasileiro de Política e Direito da Informática, que juntaram pareceres e requereram sua admissão na ação na qualidade de *amici curiae*, o que foi deferido pelo relator.

Não se pretende aqui levantar polêmica sobre a questão que se encontra *sub judice*, num debate em que atuam importantes estudiosos acerca do assunto, nem é este o espaço adequado para discutir qual seria o melhor modelo a ser adotado pelo Estado brasileiro, mas alertar para seus possíveis reflexos nos contratos em vigor e naqueles que vierem a ser celebrados até a decisão final.

Como se dá a gestão do conhecimento produzido com a utilização de software livre pela administração? Existe uma grande discussão envolvendo o acervo das bibliotecas públicas, as criações e descobertas científicas nas universidades públicas. E a criação oriunda da própria administração, a quem pertence? São perguntas pertinentes, já que o serviço público conta com servidores cada vez mais capacitados, egressos dos concorridos concursos que fazem parte do calendário nacional, que não se acomodam com as soluções oferecidas pela infra-estrutura existente e, a todo momento, criam novas funcionalidades que podem vir a ser incorporadas também ao mercado.

5. Quem É O Autor?

Um conflito aparente de normas surge quando se indaga a quem pertence a autoria da inovação feita por encomenda do Estado. A Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei n. 8.666/1993, diz que pertence à administração:

art. 111. A administração só poderá contratar, pagar, premiar ou receber projeto ou serviço técnico especializado desde que o autor ceda os direitos patrimoniais a ele relativos e a Administração possa utilizá-lo de acordo com o previsto no regulamento de concurso ou no ajuste para sua elaboração.

Parágrafo único. Quando o projeto referir-se a obra imaterial de caráter tecnológico, insuscetível de privilégio, a cessão dos direitos incluirá o fornecimento de todos os dados, documentos e elementos de informação pertinentes à tecnologia de concepção, desenvolvimento, fixação em suporte físico de qualquer natureza e aplicação da obra.

Já a Lei de Software, Lei n. 9.609/1998, determina em seu art. 4º que "salvo estipulação em contrário, pertencerão exclusivamente ao empregador, contratante de serviços ou órgão público, os direitos relativos ao programa de computador, desenvolvido e elaborado durante a vigência de contrato ou de vínculo estatutário".

Por outro lado, a Lei de Inovação, n. 10.972/2004, pretende fazer uma distribuição mais equitativa, assegurando ao criador, no seu art. 13, participação mínima de 5% (cinco por cento) e máxima de 1/3 (um terço) nos ganhos econômicos. Ao mesmo tempo, permite que haja disposição contratual acerca dos contratos de transferência de tecnologia e de licenciamento para outorga de direito de uso ou de exploração de criação (art. 6º), inclusive cláusula de exclusividade, desde que precedida de edital.

Para uma compreensão adequada do problema, é necessário distinguir os direitos patrimoniais (econômicos) daqueles imateriais (personalíssimos). A proteção à autoria da obra intelectual como criação do espírito humano, independentemente de registro, é assegurada pela legislação (Lei n. 9.610/1998), que a considera inalienável e irrenunciável. Já os direitos patrimoniais daí decorrentes são passíveis de contrato como quaisquer outros e podem ser negociados inclusive com a administração pública, sem que isso implique em ilegalidade.

No tocante à vedação do art. 111 da Lei n. 8.666/1993, Justen Filho (2009, p. 894) admite a mitigação da norma pelo princípio da proporcionalidade para impedir que se inviabilize o negócio, bastando para isso que haja previsão no edital:

A regra deverá constar do ato convocatório. Não se exige a transferência para a Administração dos direitos atinentes à autoria, mesmo porque esses direitos são personalíssimos. A exigência legal envolve os direitos de aproveitamento econômico ou de utilização. Desse modo, evita-se que o autor invoque seus direitos imateriais para obstaculizar a utilização do projeto pelo Estado. (...) Deve-se observar o princípio da proporcionalidade quando a exigência de transferência dos direitos patrimoniais poderia acarretar a inviabilidade do negócio.

Realmente, não é razoável exigir que o autor de um livro a ser utilizado na rede pública de ensino, por exemplo, fique obrigado a renunciar a qualquer privilégio sobre a obra, impedindo-o de utilizar o mesmo material para outros fins editoriais. Isso tiraria da rede pública a possibilidade de utilizar qualquer obra atual que ainda tenha valor de mercado.

O mesmo comando impediria a utilização de qualquer descoberta farmacológica recente pela saúde pública, ou até mesmo a utilização dos programas de computador da mais popular empresa de tecnologia informática em qualquer órgão público, sem que fosse cedido o código-fonte.

Embasado em precedente do Tribunal de Contas da União, o autor afirma que o tratamento dado à matéria pela Lei de Direito Autoral, posterior à Lei de Licitações, impede que se façam exigências

dessa natureza, o que se aplica não apenas em projetos técnicos especializados, mas a quaisquer direitos de propriedade intelectual:

Atualmente, em decorrência da entrada em vigor da Lei 9.610/98, o direito de autor passou a pertencer exclusivamente ao criador da obra intelectual, vez que a norma foi omissa quanto às obras feitas sob encomenda. Assim, para preservar o interesse da Administração, que atua como contratante, se faz necessária a expressa transferência desses direitos. Dessarte, ao encomendar uma obra, deverá a entidade ter o cuidado de fazer integrar no instrumento contratual a maneira como se dará a transferência dos direitos patrimoniais do autor, pois, caso contrário, se não houver previsão expressa, os direitos permanecerão sob a titularidade do autor. (...) Cabe à Administração pactuar a transferência dos direitos patrimoniais do autor sempre que tal medida se mostrar necessária à defesa do interesse público, estendendo-se o comando do art. 111 da Lei 8.666/93 a toda contratação de obra intelectual sujeita a proteções legais conferidas ao autor (TCU, Acórdão n. 883/2008, Plenário, rel. Min. Guilherme Palmeira) (JUSTEN FILHO, idem).

Em sentido contrário, Pereira Júnior (2002, p. 909) defende uma posição mais conservadora, afirmando que a exigência é obrigatória em função do interesse público envolvido na contratação:

O princípio de direito financeiro consagrado no art. 57, caput, e §3º, preside o disposto neste artigo. Com efeito, se o autor de projeto ou serviço técnico especializado retivesse, ou transmitisse a seus sucessores, os direitos patrimoniais decorrentes de sua obra criadora contratada pela Administração, poderia cobrá-los enquanto esta dela fizesse uso e até que caísse no domínio público. Ao contratar, no entanto, a Administração deve fazer corresponder o valor do contrato ao exercício financeiro e está impedida de fazê-lo por prazo indeterminado, o que ocorreria se o autor não cedesse tais direitos. Ademais, a Administração necessita de flexibilidade para proceder aos ajustamentos que a execução do contrato demonstrar convenientes para o interesse público. E até depois de executado o contrato, para atender a necessidades públicas supervenientes, que se alteram. Tampouco estaria autorizada a modificar o projeto sem o consentimento do autor, dada a natureza personalíssima da obra artística ou intelectual (inalienável como emanação da personalidade), se este já não houvesse a tanto aquiescido, nos termos do regulamento do concurso e do resultante contrato.

Uma coisa é certa: ainda que a obra seja resultante de encomenda, o regime da Lei n. 9610/1998 não permite afastar o direito personalíssimo do autor ao crédito pela sua criação. O mesmo irá acontecer quando a inovação surgir independentemente da publicação de editais ou mesmo de contratação prévia dispondo sobre os direitos autorais, e não é por isso que deixará de ser aproveitada em prol da coletividade.

Para Barbosa (2010, p. 1912), mais que a participação no processo de criação, a atribuição de autoria incide no poder de escolha dos meios, o que indica um critério de solução para esses casos: “pode-se entender que é autor aquele que exerce a liberdade de escolha entre alternativas de expressão. O exercício dessa liberdade não só configura a criação, mas indica seu originador” (ibidem, p. 1915). Fatalmente, tais situações irão bater à porta do Judiciário e dos órgãos de controle, que devem estar preparados para apresentar a solução de forma que não traga prejuízo ao interesse público nem ofensa aos direitos individuais dos autores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O aumento nas áreas de atuação da administração pública em razão da complexidade da vida contemporânea, aliado ao constante crescimento da demanda por serviço público decorrente da explosão populacional e à aceleração tecnológica provocada pela revolução informacional, permite afirmar que os contratos administrativos irão assumir configurações cada vez mais inovadoras.

Ao mesmo tempo em que é preciso buscar novas e melhores formas de atender a coletividade, não se pode perder a riqueza contida nas idéias que irão surgir no espaço público nem deixar de aproveitar as importantes inovações e descobertas realizadas dentro da iniciativa privada em benefício de toda a sociedade.

No início da segunda década do século XXI, o Brasil consolida-se como a oitava maior economia mundial, despontando em franca expansão num momento em que a crise econômica atinge os países centrais do hemisfério Norte, o que lhe permite galgar posições de destaque ainda maior em razão de suas riquezas naturais e do seu papel de liderança regional. Considerada sua enorme dívida com a população na implantação de garantias fundamentais como saúde e educação, é comum ouvir-se que ainda não está preparado para essa posição.

Para que isso aconteça, o País precisa aproveitar o momento de crescimento para investir na geração de conhecimento e tecnologia próprios, o que somente acontecerá com um ensino superior de qualidade. Pimentel (2005, p. 569) enfatiza: "É necessária uma política pública e o correspondente investimento para melhorar a capacidade tecnológica dos centros de pesquisa local, que estão a requerer mais recursos e a sua distribuição mais transparente"

A história já mostrou que um ensino superior apoiado pelo poder público, bem estruturado e voltado para a inovação, desencadeia um surto criador dentro da iniciativa privada, já que as grandes redes empresariais dependem do conhecimento especializado que só pode ser obtido através da educação.

Por isso, um clima propício à inovação requer ainda a conciliação entre o interesse público e os direitos de propriedade intelectual garantidos por um tratamento jurídico seguro e adequado que, mais do que ver o conhecimento como fator de crescimento econômico, o reconheça como causa de melhora na qualidade de vida de toda a população

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual**. Tomos I a III. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22.ed. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2009.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito Constitucional**. Barueri: Manole, 2007.

GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito da Informação***:* novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação. Coimbra: Almedina, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos***.* 13ª ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração Pública Centralizada e Descentralizada.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2000.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública***.* 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIMENTEL, Luiz Otávio. Direito de Propriedade Intelectual e Desenvolvimento: Considerações sobre o Comércio Internacional. In: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino. **Temas Atuais de Direito do Comércio Internacional***.* Volume II. Florianópolis: OAB-SC Editora, 2005, p. 555-578.

PIMENTEL, Luiz Otávio e BARRAL, Welber. Direito de propriedade intelectual e desenvolvimento. In: **Propriedade Intelectual e Desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

SILVA, Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e. **Administração Gerencial e a Reforma Administrativa no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2002.

SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. **Temas de Licitações e Contratos da Administração Pública**: Estudos e Pareceres. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Parcerias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Direito Administrativo das Concessões**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. **Direito Administrativo em Debate** – 2ª Série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERALei **Ação Direta de Inconstitucionalidade** – ADI 3059. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp]. Acesso em: 22 nov.2010.

WACHOWICZ, Marcos. Desenvolvimento Econômico e Tecnologia da Informação. In: PIMENTEL, Luiz Otávio e BARRAL, Welber (orgs.). **Propriedade Intelectual e Desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 71/101.

4.3.4 A Autorização de Uso de Imagens em Unidades de Conservação Federais como Mecanismo de Consolidação dos Objetivos da Política Ambiental Brasileira

Felipe Melo Rezende

RESUMO:
O presente artigo tenciona apontar as discrepâncias na forma das autorizações de uso de imagens obtidas em Unidades de Conservação Federais, bem como propor uma forma mais condizente com os objetivos propostos pelo Sistema Nacional de Unidades de Conservação e com o novo paradigma dos direitos autorais.
A introdução do artigo descreve brevemente a problemática, indicando a necessidade de se ampliar a discussão em tema tão sensível. O primeiro tópico é relativo às Unidades de Conservação federais e os Parques Nacionais, reforçando a obtenção de imagens como um dos usos mais comuns. O segundo tópico, tomado enquanto subsidiário do primeiro, trata da legislação que atualmente rege a matéria, descrevendo algumas incongruências existentes. Por derradeiro entre os tópicos, é abordado a função social dos direitos de autor como de suma importância na atual sociedade. Em sede conclusiva, os temas são consolidados na necessidade de revisão da legislação atual, com a propositura de uma forma mais adequada de uso comercial e não comercial das imagens provenientes de Unidades de Conservação Federais.
As Unidades de Conservação são espécies de Áreas Protegidas, criadas pelo poder público e eventualmente pelos particulares extremamente importantes na dinâmica social das populações do entorno e até do Brasil como um todo, porque dizem respeito à 9,08 % do território nacional, sendo que o uso de imagens provenientes das mesmas finda por ser uma importante forma de aproximar as áreas especialmente protegidas da sociedade brasileira.

PALAVRAS CHAVES: Função social do direito autoral; Unidade de Conservação; Uso de Imagens; Instrução Normativa, IBAMA, 05 de 2002; Objetivos do Sistema Nacional de Unidades de Conservação.

ABSTRACT

The intention of this article is indicate the mistakes in the laws that concern to authorization of the use of images obtained from National Protected Areas, otherwise, propose a more adequate use of the images seeking the objectives of the National Parks and the National Protected Areas and the new paradigm of author law.
The introduction part describes the problems, indicating the need to amplify de discussion in this important matter. The first topic is about the national Protected Areas and the National Parks, indicating the images one of the most common uses. The second topic, also a part of the first one, is about the laws that concern to the theme appointing some mistakes and confusion that exists. At last in the topics, the theme is about the author law, and his social function in the nowadays society. In the conclusion part, the article gets all the topics together pointing to an urgent need of the law revision, proposing a more adequate system of use of images authorization.
The Brazilian national Protected Areas represents 9,08 % of the total country area. That's why this kind of study needs to bring this matter to discussion, improving the importance of the areas in Brazilian society.

KEYWORDS: Protected Areas; Authoral Propriety Social Function; Instrução Normativa, IBAMA, 05 de 2002; Objectives of the Brazilian Protected Areas System.

INTRODUÇÃO

Os Parques Nacionais são Unidades de Conservação de proteção integral, que tem como objetivo básico "a preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza

cênica". Em função dessa beleza cênica como atributo que justifica a sua categorização como área especialmente protegida, os Parques Nacionais são comumente utilizados como cenário de captação de imagens das mais diversas formas e para as mais diversas finalidades.

Porém a legislação que rege a matéria é antiga e não condiz com a realidade e a dinamicidade das criações de espírito que permeiam as criações autorais relacionadas com imagem, haja vista a facilidade com que as mesmas são realizadas nos dias de hoje.

Nesse sentido, pretende o presente trabalho analisar, brevemente, o paradigma atual dos direitos de autor relacionados com imagens extraídas de Unidades de Conservação, mormente no que tange à sua função social em Parques Nacionais.

Para isso, pretende o presente trabalho perpassar por tópicos relativos: aos objetivos de Parque Nacional segundo a legislação pátria; a legislação que atualmente rege a matéria; à função social da propriedade dos direitos autorais, diferenciando-se em propriedades direito e garantia individual e econômica; e, em sede conclusiva, a necessidade de inclusão de uma visão de direitos autorais mais voltada para a consolidação dos objetivos dos Parques Nacionais e das Unidades de Conservação de Proteção Integral.

Não pretende o presente artigo esgotar tão vasta matéria que possui meandros dos mais diversos, em quase todos os tópicos relacionados, mas tão somente suscitar discussão em assunto por vezes esquecido tanto em âmbito institucional quanto acadêmico.

1. Parques Nacionais Enquanto Unidades de Conservação Federais

Os Parques Nacionais são uma das modalidades das Unidades de Conservação de Proteção Integral em âmbito federal, atualmente descritas no Sistema Nacional de Unidades de Conservação (Lei 9985/ 2000). O atributo que justifica a proteção de determinada área nessa categoria é a necessidade de preservação de "ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica".

Os Parques Nacionais podem ser considerados as primeiras áreas protegidas criadas no mundo. O modelo foi inicialmente adota nos Estados Unidos quando da criação do Parque Nacional de Yellowstone (1872). A concepção da área foi influenciada por Teóricos como Thoreau e Marsh.[283]

Convêm destacar para o presente trabalho, que o fotógrafo Ansel Adams foi um dos grandes responsáveis pela criação posterior do serviço americano de Parque nacionais. Suas belas imagens, acabaram por destacar perante a sociedade a beleza inserida nas áreas especialmente protegidas, especialmente em Serra Nevada, onde se encontra o Yossemite Park e outros.

> The photography of Ansel Adams is virtually synonymous with the Sierra Nevada, the four hundred mile long, ten to fourteen thousand feet high mountain range that inspired the Sierra Club. John Muir, the Sierra Club's first president and one of the greatest of America's environmentalists, led the group to become a powerful force that influenced the United States government to establish the National Park Service.[284]

No mesmo sentido, o Brasil, a partir de uma interpretação do Código Florestal de 1934[285], passa a adotar a criação de Parques Nacionais como uma estratégia de preservação ambiental. Assim, o primeiro parque nacional foi criado em 1937, em Itatiaia. O segundo foi o Parque Nacional do Iguaçu, em 1939.

Porém, esse modelo de áreas especialmente protegidas, gradativamente, evolui em um sentido mais utilitário. As áreas perderam sua conotação inicial pueril, para um sentido de uso racional e adequado com a manutenção dos atributos que justificam a proteção. Isso, tornou o modelo ainda mais

[283] Rodrigues, José Eduardo Ramos. Sistema Nacional de Unidades de Conservação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. Pag. 156.

[284] http://www.essortment.com/all/anseladamsbio_rjrq.htm. Acessado em 30/ 08/ 2010.

Tradução livre: A fotografia de Ansel Adams é virtualmente sinônimo de Serra Nevada, das quatrocententas milhas de longitude, dos dez a quatorze mil pés de altura de alcance que inspiraram o Sierra Club. John Muir, o primeiro presidente do Sierra Club e um dos maiores ambientalistas da America do Norte, liderou o grupo que se tornou uma potente força que influenciou o governo dos Estados Unidos da America a criar o Serviço de Parques Nacionais.

[285] Decreto nº 23.793, de 23 de janeiro de 1934. Art. 9º Os parques nacionaes, estaduaes ou municipaes, constituem monumentos publicos naturaes, que perpetuam em sua composição floristica primitiva, trechos do paiz, que, por circumstancias peculiares, o merecem.

difundido e aceito por ambientalistas, pela comunidade científica, pela classe política e pela própria sociedade.

> Nesse tempo, desde o início da criação das primeiras áreas protegidas, as preocupações com a conservação da natureza evoluíram transcendendo o conceito original, um tanto emocional, de área silvestre. Além de preservar belezas cênicas e bucólicos ambientes históricos para as gerações futuras, as áreas protegidas assumiram objetivos, como a proteção de recursos hídricos, manejo de recursos naturais, desenvolvimento de pesquisas científicas, manutenção do equilíbrio climático e ecológico, preservação de recursos genéticos, e, atualmente, constituem o eixo de estruturação da preservação *in situ* da biodiversidade como um todo[286].

Nesse sentido de utilitarismo das áreas especialmente protegidas e tendo em vista que cada uma das doze modalidades de Unidades de Conservação possui um atributo (um motivo) que justifica a sua criação, cada categoria também possui usos específicos permitidos, que, obviamente, não podem ser conflitantes com o objetivo da Unidade.

Nesse contexto, um dos usos permitidos e por vezes incentivado para algumas modalidades, entre elas a do Parque Nacional, é a visitação para fins de turismo ambiental. Em sentido amplo, essa espécie de uso é uma das mais conhecidas, pois aproxima a sociedade das Unidades de Conservação, diferentemente da pesquisa científica, que restringe o acesso à comunidade acadêmica interessada em pesquisar na área.

Ressalte-se, porém, que o turismo, como espécie do gênero uso público, não deve ser confundido com o objetivo, sendo tão somente uma faculdade da administração, e não uma obrigatoriedade para com os administrados.

Dentre as modalidades de Unidades de Conservação a que mais gera confusão com relação à essa terminologia são os Parques Nacionais. Por vezes, os administrados e até a administração pública, confundem o objetivo de criação do Parque Nacional com a possibilidade de se estabelecer uma visitação turística.

Porém, de uma análise superficial do artigo que estabelece os Parques Nacionais dentro do Sistema Nacional de Unidades de Conservação o celeuma cai por terra, posto que:

> O Parque Nacional tem como objetivo básico a preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica, possibilitando a realização de pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico.

Assim, essa categoria tem como "objetivo básico a preservação de ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica" e a realização de "pesquisas científicas e o desenvolvimento de atividades de educação e interpretação ambiental, de recreação em contato com a natureza e de turismo ecológico"[287] são possibilidades que devem ser incentivadas, desde que dispostas no plano de manejo e que não firam os atributos da Unidade de Conservação.

Essa tese, ganha reforço quando da análise que o Parque Nacional se trata de uma Unidade de Conservação de Proteção Integral, e como tal, a lei dispõe que o "objetivo básico das Unidades de Proteção Integral é preservar a natureza, sendo admitido apenas o uso indireto dos seus recursos naturais".[288]

Tendo em vista a existência dessa visitação para fins de turismo e recreação em contato com a natureza, a extração de imagens finda por ser uma atividade comum à visita. Outrossim, dada a existência de grande beleza cênica, por vezes, as imagens são utilizadas para fins econômicos direitos e indiretos.

---

[286] MILANO, Miguel Serediuk. In BENJAMIN, Antônio Herman (coordenação). Direito Ambiental das Áreas Protegidas. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. Pag. 09.

[287] Art. 11. da Lei 9.985, de 18 de julho de 2000. Ela "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."

[288] Artigo 7º, § 1º, da surprarreferida Lei.

Tomando como exemplo o Parque Nacional do Iguaçu, em 2009, foram solicitadas nove (09) autorização para uso de imagens para fins comerciais e quarenta e sete (47) para fins não comerciais, portanto, ao menos em tese, se enquadrando nas outras duas hipóteses descritas na Instrução Normativa 005, anteriormente descrita (fins científicos e educativos culturais).

1.1. O Atual Marco Legal do Uso de Imagens em Unidades de Conservação Federais

A lei que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação, estabelece e dá as diretrizes acerca do uso das imagens provenientes de Unidades de Conservação (com exceção das Áreas de Proteção Ambiental e das Reservas Particulares de Patrimônio Natural) estabelecendo a obrigatoriedade de pagamento em caso de Uso Comercial, conforme regulamento.[289]

Atualmente, o regulamento que dá eficácia ao artigo 33 da Lei do SNUC a é a Instrução Normativa Nº. 05 do IBAMA, de 2002. Ela inicialmente diferencia as formas de uso das imagens em científico, educativo cultural e comercial,[290] aparentemente exigindo para todas essas a obtenção de autorização e a necessidade de pagamento.[291]

Sobre a autorização, Diógenes Gasparini afirma que "é ato administrativo discricionário ou vinculado através do qual a Administração Pública outorga a alguém, que para isso se interesse, o direito de realizar certa atividade material". [292]

Com relação à obrigatoriedade de pagamento, em uma análise mais apurada, parece que houve uma pequena imprecisão no momento de especificar quais modalidades de uso devem ser antecedidas de pagamento. Afinal, se a análise da Instrução Normativa, em seu artigo 2º, deve se dar em consonância com o artigo de lei originário, somente as atividade revestidas de características comerciais têm essa obrigatoriedade. Aspecto reforçado pela breve redação do artigo 4º da Instrução Normativa.[293]

Apesar da cobrança de taxa ser louvável, pois permite às Unidades de Conservação auferir receita, que em última análise deve ser utilizada na conservação da própria unidade ou de outras da mesma categoria[294], esse dispositivo peca em diversos aspectos que não guardam correlação com a realidade fática, permitindo abuso de uns ao mesmo tempo que cerceia o justo direito de outros.

Um ponto que gera controvérsias é o fato do pagamento de valor financeiro estar desatualizado e ser é fixo, independente da expectativa de lucro que será auferida com o uso da

[289] Art. 33. A exploração comercial de produtos, subprodutos ou serviços obtidos ou desenvolvidos a partir dos recursos naturais, biológicos, cênicos ou culturais ou da exploração da imagem de unidade de conservação, exceto Área de Proteção Ambiental e Reserva Particular do Patrimônio Natural, dependerá de prévia autorização e sujeitará o explorador a pagamento, conforme disposto em regulamento.

[290] Art. 3º. A análise das solicitações para emissão da autorização fundamentar-se-á nos seguintes critérios:
I Científico: Quando as imagens forem usadas como um instrumento de pesquisa, licenciada pelo IBAMA, conforme Instrução Normativa n.º 109/97, que estabelece procedimentos para realização de pesquisa em Unidades de Conservação, ou qualquer outro instrumento que venha a substituí-la.
II Educativo Cultural: Quando o projeto propuser-se a divulgar e difundir informações relacionadas à biodiversidade e à gestão dos recursos naturais, vindo a ser um instrumento de transmissão de conhecimento e de interesse coletivo, como: documentários - programas de TV - matérias para revistas - fotografias para ilustração de livros - multimídia - CD-ROM - internet, que abordem aspectos sobre a fauna, flora e recursos hídricos da Unidade de Conservação; aspectos relevantes de natureza geológica, espeleológica, arqueológica e paleontológica da Unidade; registro de atividades de educação ambiental; pesquisas que estejam sendo desenvolvidas na Unidade; trabalhos que estejam sendo desenvolvidos com ou pelas comunidades do entorno; segurança do público; campanhas de utilidade pública desenvolvidas pelo Governo.
Parágrafo Único: No caso de campanhas institucionais do Governo, a solicitação deverá ser feita pelo órgão promotor.
III Comercial: Quando a Unidade for utilizada como cenário para difundir e divulgar informações de caráter privado ou comercial, tais como: gravações de programas de TV, anúncios, promoção de marcas, campanhas publicitárias, obras de ficção em qualquer meio ou bitola, promoção de cantores e conjuntos musicais, gravação de cenas para programas de entretenimento, fotos de modelos profissionais e atividades de ecoturismo.

[291] Art. 2º. A utilização da imagem das Unidades de Conservação, exceto Área de Proteção Ambiental e Reserva Particular do Patrimônio Natural, dependerá de prévia autorização e sujeitará o requerente a pagamento, conforme disposto pelo Artigo 33 da Lei n.º 9.985 de 18 de julho de 2000, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação/SNUC.

[292] Gasparini, Diógenes. Direito Administrativo. 8ª Ed. Editora Saraiva: São Paulo, 2003. Pag. 342.

[293] Art. 4º A captação e utilização de fotografias, filmagens e gravações para fins comerciais serão pagas conforme tabela de preços do IBAMA.

[294] Lei 9985/ 2000, artigo 35.

imagem. O valor foi emprestado da Portaria nº 62, de 20 de março de 2000, do Ministério do Meio Ambiente, e está fixado em R$ 1.065,00 (mil e sescenta e cinco reais) por dia.

Assim, uma grande empresa que pretende se utilizar de uma imagem de uma Unidade de Conservação para propagandas na televisão em horário nobre, paga a mesma quantia que um editor de *sites* que pretende usar uma foto em um blog de moda, por exemplo.

Essa discrepância não incentiva a criação autoral diluída, necessária ao fomento de uma sociedade mais justa e solidária, espantando da legalidade pequenos e médios criadores.

Um outro ponto controverso com relação à cobrança é a utilização, em algumas unidades, da Portaria Nº 252, do Ministério do Meio Ambiente, de 24 de outubro de 2000. Esse diploma coloca, expressamente, que fica isento do pagamento descrito na Portaria nº 62 (supra descrita) "a cobrança no caso de fotografias e filmagens com finalidades jornalísticas, culturais e científicas"[295].

Em que pese a facilidade de interpretação do dispositivo em comento, ele resta revogado pela Instrução Normativa e pela própria Lei 9985/ 00, afinal, ambos esclarecem os casos em que as isenções persistem e em quais casos o pagamento é devido. Assim, conforme entendimento dos dois diplomas descritos, há que se falar em pagamento do valor nos casos em que o uso será para fins comerciais.

Portanto, acaso haja um filme que não tenho objetivo de conservação, ou fim expressamente cultural, ele se enquadra em "obras de ficção em qualquer meio ou bitola" (inciso III, do Artigo 3º, da IN. 05/ IBAMA), portanto, sujeito ao pagamento da quantia devida.

Além disso, a Instrução normativa elenca, em sua quase totalidade, restrições à forma e critérios de obtenção das imagens. Entre essas estão: a forma como as pessoas físicas e jurídicas, nacionais e estrangeiras, devem fazer o requerimento para a autorização; a vedação do uso da imagem para promoção de determinados produtos e serviços; a utilização de efeitos especiais que eventualmente possam prejudicar a fauna e a flora; o tempo de permanência da equipe, dentre outros.

Apesar de necessário, esse aspecto restritivo não deve ser o único abordado por Instrução Normativa com esta temática. Ela deveria perpassar por aspectos de uma função social propositiva, de fomentadora dos objetivos de uma Unidade de Conservação de determinada categoria e não somente pelas restrições de uso, gozo e disposição da propriedade autoral.

A única situação que se assemelha um pouco a isso, na Instrução Normativa, é a disposta no artigo 21[296]. Esse artigo coloca a possibilidade de doação do material produzido para a Unidade de Conservação. Porém, doação certamente não condiz efetivamente com a importância que essas criações porventura possam ter com área e com o entorno.

Porém, como visto, isso não é suficiente para a propriedade autoral de imagens provenientes de Unidades de Conservação passarem a ser veículos de fomento dos objetivos descritos no Sistema Nacional de Unidades de Conservação, o que seria, em ultima análise a consolidação de uma função social propositiva.

2. Função Social da Propriedade Autoral

O direito autoral vive um momento paradigmático, principalmente no que tange à facilidade de criação, produção e distribuição de conteúdo. As potencialidades advindas com a revolução digital revolucionaram de forma inédita e irreversível a forma, a quantidade e a variedade de criações autorais.

Essa revolução também influenciou as criações artísticas provenientes de imagens, sejam elas filmes ou fotografias. Nos dois casos, com um pequeno investimento, qualquer pessoa pode criar e

[295] Artigo 1º, da Portaria Nº 252, MMA, de 24 de outubro de 2000.

[296] Artigo 21. O IBAMA poderá receber, a título de doação, cópia do material produzido, mediante assinatura de contrato de doação.

§ 1 As doações de material somente poderão ser feitas às Unidades de Conservação ou ao Centro Nacional de Informação Ambiental - CNIA, os quais procederão a inserção destas no patrimônio do IBAMA.

§ 2. As doações não devem substituir o pagamento previsto nem influenciar nas decisões para obtenção da autorização.

divulgar uma obra realizada de forma alternativa. Em última análise isso aumentou muito a importância do direito autoral na atual sociedade.

> Numa sociedade em que a informação assume papel de destaque tanto para o desenvolvimento econômico como para o social e cultural, a Propriedade Intelectual, particularmente o chamado direito autoral, ganha uma importância nunca antes vista. Considerada o produto o produto mais valioso e essencial dentro dessa sociedade, acaba por levantar em torno de si as mais importantes discussões.[297]

Os direitos autorais são considerados, para todos os efeitos, como espécie do gênero propriedade intelectual. Portanto, possuem como elemento integrante a sua função social.

> Em linhas gerais, o Direito de Autor é um ramo da chamada Propriedade Intelectual. Dela decorrem dois grandes ramos que visam à tutela de criações emanadas pelo espírito humano: - a propriedade industrial que se destina a proteger os direitos dos inventores, que resolvem problemas técnicos ou práticos. Seu âmbito envolve as patentes de invenções, modelos de utilidade, as marcas e expressões de propaganda, nomes comerciais, títulos de estabelecimentos, etc. O outro ramo desta ciência é justamente o direito autoral.[298]

Apesar da fácil depreensão dessa característica, o tema é extenso e possui divergências doutrinárias, mormente por conta dos direitos autorais possuírem características de intangibilidade, não se enquadrando portanto entre o rol dos direitos reais. Outrossim, alguns autores afirmam se tratar de direito pessoal, não estando portanto sujeito à posse.[299]

Tendo em vista que esse não é o assunto do presente artigo, e admitindo que a vinculação do princípio da função social aos direitos autorais é amplamente aceita, volta-se a aduzir o tema cerne do presente artigo. Até porque, atualmente, a função social dos direito autorais passa a exercer preponderante papel na consolidação de uma sociedade mais justa e solidária. Porém, para a aferição do correto alcance deste princípio, impende esclarecer alguns aspectos relativos ao mesmo.

A função social é um caractere inerente à propriedade privada, que, conforme entendimento de alguns autores, lhe dá razão de ser, justificando-a perante a coletividade.

> A partir de 1988, o direito brasileiro, a ordem jurídica pátria, somente protege a propriedade que cumpra a sua função social, i. é, que aproveite, ainda que de forma indireta, à sociedade como um todo. Aqui pouco faz, em nossa opinião, se a propriedade em tela dispõe de função individual, ou não, distinção feita por Eros Roberto Grau. Mesmo a propriedade com função precipuamente individual, v.g. a residência de alguém, pode, e deve, cumprir uma função social, na medida em que é efetivamente utilizada para seu fim (habitação), colaborando, assim, com o bem-estar geral.[300];

Essa função social está positivada em nossa Constituição Federal e no Código Civil Brasileiro, possuindo entretanto, em cada caso, uma conotação diferente.

A primeira diferenciação que deve ser feita é a da propriedade considerada enquanto direito e garantia individual (inserida no artigo 5º caput e no inciso XXII da Constituição Federal) e a propriedade econômica inserida no artigo 170 da nossa Carta Magna.

---

[297] Rover, J. Aires e Winter, Djônata. A revolução Tecnológica Digital e a Proteção da Propriedade Intelectual. Texto em Propriedade Intelectual e Internet, uma Perspectiva Integrada à Sociedade da Informação; Organizador: Marcos Wachowicz. Editora Juruá; 2002. Pág 77.

[298] Lange, Deise Fabiana. O Impacto da Tecnologia Digital Sobre o Direito de Autor e Conexos. São Leopoldo. RS. Ed. Unisinos, 1996. Pag. 17.

[299] O tema foi abordado em texto publicado no II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público.
REZENDE, F. M. . Função Social das Propriedades Científicas de Estudos Realizados em Unidades de Conservação como Ferramenta de Desenvolvimento Sustentado Amazônico. In: II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público, 2008, Florianópolis. ESTUDOS DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2008. v. I.

[300] Leonetti, Carlos Araújo. Função Social da Propriedade. Editora RT. Ano 88. Volume 770. Dezembro de 1999. Pág. 736.

> O que mais releva enfatizar, entretanto, é o fato de que o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário - ou a quem detém o poder de controle, na empresa - o dever de exerce-lo em benefício de outrem e não, apenas, de não exercer em prejuízo de outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte de imposição de comportamentos positivos - prestação de fazer, portanto, e não meramente, de não fazer - ao detentor do poder que deflui da propriedade. Vinculação inteiramente distinta, pois, daquela que lhe é imposta mercê de concreção do poder de polícia[301].

No caso, as propriedades autorais direito e garantia individual provenientes de imagens de Parques Nacionais podem ser consideradas as imagens extraídas para uso pessoal, sem qualquer outro interesse econômico. Para essas, inexiste a necessidade de autorização, ou de pagamento de valor pecuniário, conforme anteriormente visto na parte relativa à Instrução Normativa que rege a matéria.

Por outro lado, as propriedades ditas econômicas são as que carregam o interesse de aferição de lucro por pessoas físicas ou jurídicas, seja este direto ou indireto, como é o caso de programas de televisão ou documentários.

Aqui impede destacar que a divisão feita pela Instrução Normativa que rege a matéria (IN Nº. 05/ 2002), entre imagens de cunho científico, educativo cultural e comercial, é diferente da divisão dos direitos autorais anteriormente descrita.

Isto, posto que, em determinados casos de imagens educativas culturais (documentários, apostilas, dentre outras) existe a aferição de lucro, caracterizando-as como propriedades autorais econômicas, portanto sujeitas à função social da propriedade econômica.

Essa função social da propriedade econômica, é a inserta no artigo 170 da Constituição Federal. Segundo José Afonso da Silva, "ele (o princípio da função social da propriedade) ultrapassa o simples sentido de 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." [302]

> 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.[303];

Portanto, a análise da função social da propriedade das propriedades autorais de imagens extraídas de unidades de conservação, deve estar sempre voltada para a utilidade pública envolvida, para a consolidação de uma sociedade mais justa e solidária, ambientalmente sustentável.

> A integração do princípio da função social no conceito de propriedade (ou nos conceitos de propriedade) importa em que se coloque sob contestação, por tímida e incompleta, a fórmula segundo a qual apenas não pode a propriedade ser usada de modo contrário à utilidade social. Analisados os conjuntos das disposições normativas em que se desenham os perfis dos direitos de propriedade, nos quais o legislador ordinário contempla, sob a inspiração da função social, limitações da propriedade, verificaremos que, algumas vezes, neles se inserem comandos voltados não somente à vedação do exercício da propriedade – para que não

[301] GRAU, Eros Roberto; A ordem econômica na Constituição de 1988; 6º ed.; Malheiros; São Paulo; 2001; pag. 269.
[302] SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19º ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001. Pág. 272, 273.

[303] SILVA, José Afonso da. Direito Urbanístico Brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 995. Pag. 65 e 66.

venha a contrariar a utilidade social – mas à promoção do exercício da propriedade de modo mais compatível àquela utilidade.[304]

O norte que essa função social toma em uma propriedade extremamente peculiar como a descrita para o presente casos, se torna de fácil depreensão quando da análise da sistemática ambiental. Afinal, o direito ambiental é, por nascimento, de forte caráter principiológico.

Sendo assim, apesar da propriedade direito e garanta individual ter que respeitar as limitações impostas quando da extração de imagens retiradas de parque nacionais, quando essa propriedade é revestida de cunho econômico, ela ganha contornos de educação ambiental, fortalecimento e consolidação de princípios como o do desenvolvimento sustentável, e busca de objetivos, dentre eles os da unidades de conservação de proteção integral e o dos próprios parques nacionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista a abordagem feita, se torna claro a necessidade de adoção, tanto por parte dos aplicadores da norma existente, quanto dos eventuais revisores do positivado dispositivo, de uma postura mais condizente com a função social das propriedades autorais de imagens realizadas em Unidades de Conservação federais.

Apesar disso, depreender qual seria essa função social não e tarefa das mais simples, posto que, quando refere-se à função social propositiva, está se falando em características, em sua maioria, externas à lei. Essas podem ser propostas pelos interessados ou pelos próprios gestores quando da emissão da autorização de uso (como condição *sine quad non*).

Assim, quando levanta-se as infinitas possibilidades provenientes quando da emissão da referida autorização, não está se suscitando necessariamente algo a ser colocado em uma eventual revisão legislativa, ou sequer requisitos que devem ser demandados de todos os solicitantes. Afinal, o papel que cada propriedade autoral de imagens derivadas de Unidades de Conservação Federais exerce na sociedade é diferenciado.

Como eventuais exemplos de requisitos que poderia ser colocados dentro de uma revisão legislativa ou como condição de emissão de autorização, temos:

- Obrigatoriedade de se citar o lugar onde a imagem foi extraída, com atribuição do órgão gestor (ICMBio – Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade);
- Colocação do logotipo da Unidade de Conservação e do órgão gestor quando a obra contiver créditos separados da obra (filmes e programas de TV, por exemplo);
- Disponibilização do material sem edição sob o regime de *Creative Commons* para uso nas atividades inerentes à Unidade de Conservação desde que com atribuição de autoria.
- Disponibilização do material produzido após edição, na íntegra, para a exibição pública nas atividades correlatas ao manejo e gestão da unidade.
- Pagamento de taxas diferenciadas segundo o lucro que poderá ser aferido na exploração da imagem;
- Exibição de mensagens de educação ambiental a serem inseridas nos casos de créditos exibidos em apartado da obra em si.

Nesse sentido que as imagens provenientes de Unidades de Conservação devem ser utilizadas não só como um mecanismo de aferir renda, mas principalmente como um ferramental socialmente útil na consolidação dos objetivos das Unidades de Conservação. Obviamente, essas potencialidades na consolidação dos objetivos almejados pelas Unidades de Conservação, mormente os Parques Nacionais, deve estar atrelada à importância da propriedade a ser produzida e ao seu alcance. Assim, na maioria dos casos, esse ferramental se torna mais útil nas propriedades autorais consideradas comerciais pela Instrução Normativa 05, do IBAMA.

Se acaso algum dessas recomendações fosse adotada as imagens utilizadas trariam benefícios das mais diversas ordens, para a unidade, para a coletividade e até para a usuária da imagem, que agregaria valor ao seu produto sob a égide de uma responsabilidade sócio ambiental.

[304] GRAU, Eros Roberto. Direito Urbano. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983 .Pag. 65.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

Gasparini, Diógenes. **Direito Administrativo**. 8ª Ed. Editora Saraiva: São Paulo, 2003.

Grau, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**; 6º ed.; Malheiros; São Paulo; 2001.

Grau, Eros Roberto. **Direito Urbano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983.

Lange, Deise Fabiana. **O Impacto da Tecnologia Digital Sobre o Direito de Autor e Conexos**. São Leopoldo. RS. Ed. Unisinos, 1996.

Leonetti, Carlos Araújo. **Função Social da Propriedade**. Editora RT. Ano 88. Volume 770. Dezembro de 1999.

Milano, Miguel Serediuk. In BENJAMIN, Antônio Herman (coordenação). **Direito Ambiental das Áreas Protegidas.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

Rezende, F. M. **Função Social das Propriedades Científicas de Estudos Realizados em Unidades de Conservação como Ferramenta de Desenvolvimento Sustentado Amazônico**. In: II Congresso de Direito de Autor e Interesse Público, 2008, Florianópolis. ESTUDOS DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2008. v. I.
Rodrigues, José Eduardo Ramos. **Sistema Nacional de Unidades de Conservação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

Rover, J. Aires e Winter, Djônata. **A revolução Tecnológica Digital e a Proteção da Propriedade Intelectual**. Texto em Propriedade Intelectual e Internet, uma Perspectiva Integrada à Sociedade da Informação *In* Wachowicz, Marcosw (org). Editora Juruá; 2002.

Silva, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19º ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001.

_____. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 995.

Internet:
http://www.essortment.com/all/anseladamsbio_rjrq.htm. Acessado em 30/ 08/ 2010.

Legislação.

Decreto nº 23.793, de 23 de janeiro de 1934.

Lei 9.985, de 18 de julho de 2000.

Instrução Normativa 005, de18 de Marco de 2002, Ibama.

Portaria Nº 252, de 24 de outubro de 2000, Ministério do Meio Ambiente.

Portaria Nº 62, de 20 de março de 2000, Ministério do Meio Ambiente.

4.4 Direito autoral e Reforma da Lei de Direito Autoral

4.4.1 O Surgimento dos Repositórios Institucionais e uma Breve Análise dos Instrumentos Legais

Rodrigo Duarte Guedes[305]

RESUMO
O artigo tem como um dos objetivos delinear os motivos do surgimento dos repositórios institucionais. Para tal fim é necessário o entendimento da crise dos periódicos dos anos 1990 e as conseqüências dessa crise, como por exemplo, a Convenção de Santa Fé em julho de 1990. Esta foi a primeira reação à referida crise e definiu as especificações técnicas e os princípios administrativos básicos para o funcionamento e a interoperabilidade dos repositórios. Posteriormente a Convenção os manifestos de Bethesda, de Budapeste e de Berlim tiveram grande importância na consolidação e difusão do movimento de acesso livre à informação e ao conhecimento instituindo as bases do mesmo. Outro objetivo do artigo é explicitar uma melhor definição dos repositórios institucionais através da via verde e dourada para um melhor entendimento do mecanismo e usufruto do mesmo. Por fim o artigo demonstrará que os repositórios após uma fase de desconfiança, principalmente de uma parte da comunidade científica, conquistaram credibilidade. Um fato importante que comprova essa nova percepção sobre os repositórios é a portaria 13 da Capes de 2006, a qual institui a divulgação digital das teses e dissertações produzidas pelos programas de doutorado e mestrado reconhecidos através dos repositórios. Outro ponto importante do artigo é uma abordagem da atual reforma da Lei de Direitos Autorais e como ela pode ser inserida na discussão dos repositórios.

PALAVRAS CHAVES
Repositórios Institucionais; Acesso Aberto; Portaria 13 da Capes; Reforma do Direito Autoral

ABSTRACT
One of the goals of this article is outline the reasons for the emergence of institutional repositories. For this purpose it is necessary to understand the crisis of the journals of the 1990s and the consequences of this crisis, for example, the convention of Santa Fe in July 1990. This was the first reaction to this crisis and outlined the technical specifications and basic management principles for the functioning and interoperability of repositories. Subsequent to the agreement some manifests like Bethesda; Budapest; Berlin had great importance in the consolidation and dissemination of the movement of free access to information by establishing the foundations of it. Another objective of the article is to outline a clearer definition of institutional repositories via the green and gold way to a better understanding of the mechanism and enjoyment of it. Finally the paper will demonstrate that repositories after a period of mistrust, especially of part of the scientific community, are replaced by credibility. An important fact that proves this new perception of the repositories is the ordinance 13 of Capes in 2006, which establishes the dissemination of digital theses and dissertations by doctoral and masters programs recognized through the archives. Another important point is an approach to the current reform of the Copyright Act and how it can be inserted in the discussion of the archives.

KEYWORDS
Institutional Repositories; Open Access; Ordinance 13 Capes; Reform Copyright Law

INTRODUÇÃO

[305] Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento (PPED). Pesquisador efetivo do Núcleo de Estudos em Direitos Autorais e Culturais (NEDAC).

Atualmente a produção de conhecimento e sua apropriação social tem tornado-se um tema estratégico em nível global. Observa-se que a produção/distribuição de informação e conhecimento nesse novo contexto vem assumindo uma forte centralidade. Questão que fica mais clara quando nos deparamos com as políticas de propriedade intelectual, que vêm se tornando cada vez mais restritivas, e com os movimentos contrários à apropriação privada do conhecimento e da informação.

A crise dos periódicos no final dos anos 1990 revelou uma situação que estava chegando ao patamar do intolerável, pois, enquanto os cientistas viam na publicação de seus resultados e estudos um meio de ganhar legitimidade e prestígio no meio acadêmico, os editores desses periódicos estavam mais interessados em lucrar com essas publicações. A questão mais grave deste fato é que a grande maioria desses trabalhos foi produzida com dinheiro público e com esse mesmo dinheiro as instituições pagavam a assinatura dessas revistas.

> *"Em julho de 1999, Paul Ginsparg, Rick Luce e Herbert Van de Sompel fizeram uma chamada para uma reunião exploratória entre os responsáveis por repositórios de e-prints acadêmicos, a Convenção de Santa Fé (LAGOZE; SOMPEL, 2000). A partir desse evento, foi criada a Open Archives Initiative (OAI). A meta principal dessa iniciativa é contribuir de forma concentrada para a transformação da comunicação científica. A linha de ação proposta para essa transformação é a definição de aspectos técnicos e de suporte organizacional de uma estrutura de publicação científica aberta, na qual ambas, a camada comercial e livre, possam se estabelecer". (KURAMOTO, 2006, p. 94)*

Deste modo, a Convenção de Santa Fé ocorrida em julho de 1999 foi a primeira resposta à crise dos periódicos. Essa Convenção definiu as especificações técnicas e os princípios administrativos para se estabelecer um mínimo, mas potencialmente alto, nível funcional de interoperabilidade entre esses repositórios. Segundo Kuramoto (2006) esses foram os pontos instituídos pela Convenção:

Definição do mecanismo de submissão; sistema de armazenamento a longo prazo; assim como uma política de gestão para a submissão e preservação de documentos; por fim uma interface aberta que permita terceiros coletar os metadados dos respectivos arquivos.

Para Kuramoto (2006, p. 96) o protocolo Open Archives Initiative (OAI) é de fundamental importância, pois, é com sua implantação que o movimento de Acesso Livre ganha consistência e ferramentas para a construção de repositórios digitais e publicações periódicas eletrônicas. Diversas declarações surgem apoiando esse movimento o que leva a implantação de publicações periódicas eletrônicas e repositórios institucionais e temáticos de acesso livre.

Seguindo a Convenção de Santa Fé ocorrem três importantes manifestos: de Bethesda[306]; de Budapeste[307]; e de Berlim[308], os quais têm importância ímpar na consolidação e difusão do movimento de acesso livre à informação e ao conhecimento. Segundo Costa (2008, p.216) os manifestos foram a base para o entendimento do Acesso Aberto como acesso à "literatura que é digital, online, livre de custos, e livre de restrições desnecessárias de copyright e de permissão (de uso)".

1. Os Manifestos de Budapest; Bethesda; Berlim Budapest Open Access Initiative (BOAI, 2002):

> *"Movimento que definiu duas estratégias básicas, ambas baseadas no uso do protocolo Open Archives Initiative – Protocol for Metadata Harvesting (OAI-PMH). Representa uma das primeiras fortes reações da comunidade científica que ocorreu de forma planejada, organizada e envolvendo uma variedade de atores". (COSTA, 2006, p.41)*

Segundo Costa (2006 apud HARNARD et al, 2001) a primeira estratégia é a de auto-arquivamento definida como Via Verde (Green Road). Caracterizando-se pelo arquivamento por parte dos autores, de artigos científicos já publicados ou aceitos para publicação em algum periódico referendado. O nome Via Verde se deve ao fato de que é necessário obter a permissão (sinal verde) dos editores que aceitaram seus artigos para publicação, para que posteriormente possam depositar em um servidor de acesso aberto (repositório) com acesso igualmente aberto. O acesso aberto se concretiza quando os repositórios tornam disponíveis esses artigos já publicados em periódicos científicos referendados, que tem o acesso através de assinatura sendo deste modo restrito.

[306] http://www.earlham.edu/~peters/fos/bethesda.htm Acessado em 31/08/2010
[307] http://www.soros.org/openaccess/read.shtml Acessado em 31/08/2010
[308] http://www.zim.mpg.de/openaccess-berlin/berlindeclaration.html Acessado em 31/08/2010

A segunda estratégia de acordo com Costa (2006 apud HARNARD et al, 2001) é a representada pelos periódicos eletrônicos de acesso aberto, constituindo a Via Dourada (Golden Road). Compreendem os periódicos científicos, eletrônicos cujo acesso aberto aos seus conteúdos é garantido pelos próprios editores. Nesta via a publicação ocorre primeiramente em ambiente aberto, ou seja, no próprio periódico.

Reunião de Bethesda (2003):

Nessa reunião foi definido o que são publicações de acesso aberto. Para tal fim é necessário preencher duas condições, segundo Costa (2006), que são:

> Autores e detentores de direitos autorais devem assegurar a todo usuário: direito livre, irrevogável e perpétuo de acesso a seus trabalhos; e licença para copiar, usar, distribuir, transmitir e exibir trabalhos publicamente, elaborar e distribuir trabalhos derivados, em qualquer meio digital, para qualquer propósito responsável, sujeito à atribuição apropriada de autoria, assim como fazer um número pequeno de cópias impressas para uso pessoal. (COSTA, 2006, p.42)
>
> *"A segunda é que uma versão completa do trabalho publicado, assim como de todo material suplementar, incluindo uma cópia da permissão citada na primeira condição, em formato eletrônico apropriado, devem ser depositados, imediatamente após a publicação inicial, em pelo menos um repositório on-line. Este, por sua vez, deve ser mantido por uma instituição acadêmica, sociedade científica, agência governamental ou outra instituição bem estabelecida que busque permitir o acesso livre, a distribuição irrestrita, a interoperabilidade e o arquivamento em longo prazo". (COSTA, 2006, p.42)*

Declaração de Berlim (2003):

> *"A reunião de 2003, intitulada 'Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities', visou a promover a Internet como o 'instrumento funcional para uma base global de conhecimento científico e reflexão humana', e a especificar medidas que 'formuladores de política, instituições de pesquisa, agências de fomento, bibliotecas e museus precisam considerar'.*
>
> *A fim de implementar a Declaração de Berlim, as instituições devem:*
>
> *• implementar uma política para requerer de seus pesquisadores que depositem em um repositório de acesso aberto uma cópia de todos os seus artigos publicados; e*
>
> *• encorajar seus pesquisadores a publicar seus artigos de pesquisa em periódicos de acesso aberto – onde haja um periódico apropriado – e prover o apoio necessário para que isso aconteça."* (COSTA, 2006, p.43-44)

2. Movimento pelo Acesso Livre

Seguindo as características específicas dos três manifestos expostos acima é interessante observar o quão rápido foi o crescimento de declarações e manifestos em prol do Acesso Livre através do histórico das manifestações mais importantes a seguir:

Em Outubro de 1999, ocorreu o Lançamento da Open Archives Initiative, como visto anteriormente a Convenção de Santa Fé. A cronologia que segue este evento é a demonstrada no ponto anterior onde em 14 de fevereiro de 2002 ocorre a Iniciativa de Budapeste para o Acesso Aberto, posteriormente em 11 de abril de 2003 a Declaração de Bethesda é divulgada e por último, mas não menos importante, em 22 de outubro de 2003, a Declaração de Berlim sobre o Livre Acesso ao Conhecimento é lançada. Esses são os movimentos internacionais basilares. No Brasil vale ressaltar a iniciativa do SCIELO que, segundo Crespo e Corrêa (2008), é resultado de um projeto da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP) e o Centro Latino-Americano e do Caribe de Informação em Ciências da Saúde (BIREME) em 1997. A partir de junho de 1998, o funcionamento passa a ser de modo regular, ampliando o número de periódicos e posteriormente se expande com a circulação de periódicos de outros países. Em 2002, o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) passa a apoiar o projeto. Em 13 de setembro de 2005 há o Manifesto Brasileiro de Apoio ao Acesso Livre à Informação Científica[309] que percebendo a dificuldade da comunidade científica

[309]http://kuramoto.files.wordpress.com/2008/09/manifesto-sobre-o-acesso-livre-a-informacao-cientifica.pdf Acessado em 31/08/2010

em conseguiu o acesso à informação científica pela via tradicional. Por conta disso o manifesto apóia tanto o *open archives* quanto o acesso livre à informação.

Observa-se que tanto no âmbito internacional quanto no nacional houve uma grande adesão ao movimento do Acesso Livre ao conhecimento e a informação. Esses manifestos, cartas e declarações continuam ocorrendo mundo a fora, o autor Peter Suber[310] [311], mantêm um site específico sobre as novidades do Acesso Aberto e dentro dele dedica uma parte a linha do tempo do movimento de Acesso Aberto e os movimentos que vem ocorrendo em prol dele.

Analisando o histórico do movimento, percebe-se que a sua difusão e contínua busca pela consolidação, teve como partida a crise dos periódicos, porém, outros aspectos tiveram importância para o processo, como por exemplo, a consolidação da internet ocorrida também nos anos 90 e que possibilitou um acesso massivo de baixo custo ao conteúdo através do meio digital. O avanço das tecnologias de informação e comunicação (TIC) também foi um fator fundamental para o surgimento do movimento pelo Acesso Livre.

> *"Uma revolução tecnológica que teve seu momento de explosão nos anos 90 com o aperfeiçoamento das Tecnologias de Informação e de Comunicação (TICs) e o desenvolvimento da Comunicação Mediada por Computador (CMC). Quando a informação passou a ocupar uma posição estratégica no novo contexto social, adquirindo um status que pode ser comparado ao da energia elétrica durante a segunda Revolução Industrial, que provocou uma reconfiguração na forma de viver da sociedade, interferindo, principalmente, no cotidiano dos habitantes das cidades. Portanto, na chamada era da informação, do conhecimento ou da sociedade em rede (Castells, 1999), a própria informação é analisada como objeto mais valioso. Trata-se de uma mudança importante na dimensão comunicativa, a responsável pela manutenção do vínculo social, em decorrência de uma agilidade na circulação de informações, que passaram a fluir a velocidades e quantidades até então inimagináveis". (CRESPO e CORRÊA, 2008, p.1)*

Então a crise dos periódicos, a consolidação da internet junto com o avanço das tecnologias de informação e comunicação (TIC) foram os fatores fundamentais para o surgimento do movimento pelo Acesso Livre ao conhecimento e a informação e dentro dele a iniciativa dos repositórios de texto.

Correa, Crespo, Stumpf e Caregnato, (2008) demonstram que a partir do século XVII, quando as primeiras revistas científicas passam a existir, até o atual momento, nós vivemos mudanças nos padrões de comunicação entre os pesquisadores ocorrendo um aumento nos canais que possibilitou a armazenagem de relatórios técnico-científicos a objetos digitais. Os autores demonstram que hábitos de uso da informação foram modificados pela internet e as tecnologias relacionadas, possibilitando comunicações que ultrapassam as fronteiras geográficas de modo instantâneo. Vale frisar que o entendimento deles é que o artigo de periódico continuava sendo um meio muito importante de comunicação da ciência. Isto se deve à legitimidade e à credibilidade alcançadas ao longo dos tempos pelos sistemas de avaliação dos pares e a garantia da divulgação dos desenvolvimentos científicos recentes.

Porém, os próprios autores relatam que a crise dos periódicos veio abalar esse meio de publicação científica. Houve uma incapacidade das bibliotecas e universidades manterem a assinatura das principais revistas científicas nas principais áreas, gerando uma busca por modelos alternativos de publicação científica, sendo um destes modelos os repositórios de texto, que aliam a revisão por pares com uma ampliação do acesso às informações propiciando o acesso gratuito ao conhecimento e a informação qualificada.

3. As Vias Verde e Dourada

Os repositórios surgem então como uma solução através de duas vias, verde e dourada, especificadas anteriormente, sendo que há um debate atual sobre qual via é a mais eficiente. Stevan Harnad[312] defende que a criação de novas revistas científicas eletrônicas, via dourada, não é a solução ideal, pois, já existem revistas o suficiente e não é necessária a criação de mais, mas sim conseguir acesso ao material publicado nas existentes.

[310] http://oad.simmons.edu/oadwiki/Timeline Acessado em 31/08/2010
[311] http://www.earlham.edu/~peters/fos/fosblog.html Acessado em 31/08/2010
[312] http://openaccess.eprints.org/ Acessado em 31/08/2010

Harnad entende que a solução seja os mandatos de auto-depósito ou auto-arquivamento da via verde (Green OA self-archiving) que estão sendo estabelecidos por instituições de ensino/pesquisa e agências de fomento. Uma vez que a estratégia da via verde (Green OA) prevaleça, em nível global, teremos o acesso necessário a muitas das revistas existentes para todos os usuários. E, não apenas para aqueles das instituições que podem fazer assinaturas, que é a situação vigente. Isto removerá todas as pretensões das revistas que utilizam o modelo "autor paga" que é fornecer o acesso livre (ao invés de apenas conseguir a publicação do seu artigo), desde que a estratégia da via verde do acesso livre (Green OA), na qual os autores fornecem o acesso aos seus trabalhos publicados em revistas existentes, com o seu conhecido histórico de qualidade, e sem ter que pagar nenhuma taxa extra – enquanto as assinaturas continuam a pagar os custos da publicação.

Para o melhor entendimento dessa questão é interessante observar as cinco ações básicas que estão inseridas na publicação periódica tradicional, segundo Costa, 2006:

> Autores são financiados por suas instituições ou por agências de fomento (maioria esmagadora dos casos, em todo o mundo) para realizarem suas pesquisas; autores realizam pesquisas, escrevem sobre seus resultados e submetem seus manuscritos a um editor; editores solicitam parecer sobre os manuscritos a pesquisadores especialistas na área de interesse; se aceito o trabalho, editores o publicam; a audiência desses pesquisadores autores tem o acesso a seus trabalhos restringido pelos custos das assinaturas dos periódicos em que publicaram. (COSTA, 2006, p.47)

Kuramoto traz um entendimento semelhante quando afirma:

> *"É importante ressaltar que as pesquisas científicas, em sua maioria, são financiadas pelo Estado, portanto, com recursos públicos. Do ponto de vista ético, os resultados dessas pesquisas deveriam ser de livre acesso. Não é isso, entretanto, o que acontece no sistema de comunicação científica tradicional. O pesquisador ou qualquer outro cidadão, para ter acesso àquilo que foi produzido com o apoio do Estado, precisará pagar pela assinatura de uma publicação científica. Trata-se de uma situação paradoxal, pois o Estado, para promover o acesso àquilo que produz, é obrigado a arcar com os custos de manutenção das coleções das revistas em que são publicados os resultados de sua produção científica. É evidente que essas coleções disseminam também resultados de pesquisas promovidas por outros países e instituições". (KURAMOTO, 2006, p.92)*

4. Portaria 13 da Capes e a Reforma do Direito Autoral

Analisando o movimento Acesso Livre as agências de fomento e instituições de ensino/pesquisa passam a ter um papel fundamental, pois, como Costa (2006) aponta, elas passam a balizar a atividade dos pesquisadores apontando o caminho "aceitável".

Uma medida que aponta para a importância que as agências de fomento vêm obtendo é a implantação da portaria 13 da CAPES de 2006[313], que institui a divulgação digital das teses e dissertações produzidas pelos programas de doutorado e mestrado reconhecidos.

> "*Os objetivos principais da Portaria 13 são: a) permitir o acesso público ao conhecimento científico; b) divulgar a ciência em geral o saber produzido pelos programas de pós-graduação do país em particular; c) incentivar a produção de qualidade nos programas de pós-graduação do país. E para atingir estes objetivos, impõe aos programas a seguinte obrigação expressa: de instalação e manutenção de um banco digital de teses e dissertações. O cumprimento desta deve obedecer às seguintes características: a) inclusão de todos os trabalhos defendidos a partir de março de 2006; b) acesso fácil, público e gratuito; c) permissão de download". (SOUZA, 2006, p.20)*

Entretanto a ação das agências de fomento esbarra na questão do direito autoral, pois, Souza (2006) relata que um dos direitos sobre a obra que pertencem exclusivamente ao autor, sendo assim necessária sua autorização para a utilização legal por qualquer meio, é o direito de armazenamento em computador e a conseqüente inclusão da obra em banco de dados.

A portaria 13 da CAPES atua justamente nesse sentido, exigindo dos programas de pós-graduação uma disponibilização digital das teses e dissertações, porém como visto acima o

[313] http://www.abmes.org.br/legislacao/2006/portarias.asp Acessado em 31/08/2010

cumprimento da exigência sem uma prévia autorização do autor pode resultar em contrafação, ou seja, infração aos direitos do autor.

Segundo Souza (2006) ao implantar pura e simplesmente a portaria 13 pode haver uma sanção penal individual para aquele que autorizou a inclusão sem a prévia autorização do autor, bastando que este inicie a ação privada.

> *"Assim a Portaria, conforme está redigida e apresentada aos programas, encontra-se em confronto com a legislação autoral vigente, devendo sua aplicação ser afastada ou complementada com a necessária autorização, não devendo ser aplicada diretamente sem o necessário complemento". (SOUZA, 2006, p.24)*

A solução para tal conflito se apresenta de maneira simples, segundo Souza (2006) a simples inclusão pela CAPES da obrigatoriedade nos contratos referentes às concessões de bolsas de pesquisa da autorização do autor da tese ou dissertação e sua disponibilização da versão digital da obra, possibilitaria a inclusão da mesma no sítio eletrônico do programa ou da própria CAPES. Medida esta que pode ser adotada pelas outras fomentadoras e financiadoras de pesquisa, possibilitando assim que o objetivo da Portaria 13 se cumpra através da ampliação do acesso ao público dos trabalhos produzidos com o financiamento do CAPES e das demais instituições fomentadores e financiadoras de pesquisa que seguirem o mesmo caminho.

Interessante observar que a questão trazida pelo artigo de Souza (2006), onde a portaria 13 da CAPES implantada no ano de 2006 encontra-se em conflito com o direito autoral é tratada e solucionada pelas declarações de Bethesda e Berlim. Soluções essas que incluem a sugerida pelo autor e que vão mais além quando estabelecem através da primeira declaração que os detentores dos direitos autorais devem assegurar aos usuários direito livre, irrevogável e perpétuo de acesso a seus trabalhos assim como licença para copiar, usar, distribuir, transmitir e exibir trabalhos publicamente, elaborar e distribuir trabalhos derivados, em qualquer meio digital, para qualquer propósito responsável, sujeito à atribuição apropriada de autoria, assim como fazer um número pequeno de cópias impressas para uso pessoal.

A segunda declaração define que as instituições devem implementar uma política para requerer de seus pesquisadores que depositem em um repositório de acesso aberto uma cópia de todos os seus artigos publicados; e encorajar seus pesquisadores a publicar seus artigos de pesquisa em periódicos de acesso aberto – onde haja um periódico apropriado – e prover o apoio necessário para que isso aconteça.

Deste modo as duas declarações representam a iniciativa do CAPES em institucionalizar um fomento atrelado a uma condição de ampliação do acesso a esse material, visto que a disponibilização digital tem essa peculiaridade de conseguir ampliar o acesso ao que foi produzido. Assim como abrangem a crítica feita por Souza (2006) quando entende que a portaria do modo como foi formulada é passível de sofrer sanção penal, pois, não traz dispositivo semelhante ao formulado pela declaração e exposto anteriormente.

Atualmente o Brasil passa por um processo de reforma da Lei de Direito Autoral a mesma que é considerada como uma das mais "duras" entre os países e que por ser de 1998 apresenta diversas defasagens regulatórias quanto às novas tecnologias, como por exemplo, a troca de arquivos através da internet.

O processo de reforma da Lei 9610/98 referente aos direitos autorais é de extrema importância para os repositórios institucionais, pois os mesmos são abordados em pelo menos um dos incisos do artigo 46 que define:

> *"Art. 46[314]. Não constitui ofensa aos direitos autorais a utilização de obras protegidas, dispensando-se, inclusive, a prévia e expressa autorização do titular e a necessidade de remuneração por parte de quem as utiliza, nos seguintes casos:"*
>
> A análise dos inciso XIII e XVI expostos abaixo demonstrará o ponto que desejo chegar
>
> *"XIII[315] – a reprodução necessária à conservação, preservação e arquivamento de qualquer obra, sem finalidade comercial, desde que realizada por bibliotecas, arquivos, centros de documentação, museus, cinematecas e demais instituições museológicas, na medida justificada para atender aos seus fins;"*

[314] - Extraído do site http://www.cultura.gov.br/consultadireitoautoral/lei-961098-consolidada/ em 31/08/10
[315] - Extraído do site http://www.cultura.gov.br/consultadireitoautoral/lei-961098-consolidada/ em 31/08/10

"XVI[316] *– a comunicação e a colocação à disposição do público de obras intelectuais protegidas que integrem as coleções ou acervos de bibliotecas, arquivos, centros de documentação, museus, cinematecas e demais instituições museológicas, para fins de pesquisa, investigação ou estudo, por qualquer meio ou processo, no interior de suas instalações ou por meio de suas redes fechadas de informática;"*

Os dois incisos representam papéis importantes que os repositórios institucionais desenvolvem o primeiro refere-se à conservação, preservação e arquivamento de obras, pois os repositórios além de propiciarem uma comunicação e ampliação do acesso ao público das obras eles também servem para conservar tais obras.

Porém mesmo com a alteração proposta nos dois incisos ainda vejo como necessária a inclusão nos dois das instituições de ensino e científicas, pois, as mesmas representam pilares da sociedade e devem ser inclusas tanto no processo de preservação de obras quanto na ampliação do acesso ao público de tais acervos.

Outros pontos referentes ao inciso XVI, além da inclusão das instituições de ensino e científicas, devem ser incluídos um dispositivo que coloque a disposição do público as obras intelectuais produzidas com o financiamento público ajudando deste modo uma melhor utilização de tais recursos, pois, o Estado, para promover o acesso àquilo que produz, é obrigado a arcar com os custos de manutenção das coleções das revistas em que são publicados os resultados de sua produção científica. Assim como a disponibilização dessas obras intelectuais deve ser feita também através da rede aberta que irá beneficiar a sociedade como um todo, pois poderá ter acesso através de meios como, por exemplo, a internet aos acervos permitindo assim um acesso livre, amplo e mais importante sem custos.

Um ponto importante do inciso XIII merece ser ressaltado, pois, ele permitirá que quando não se localizar o detentor dos direitos autorais ou quando o mesmo for localizado, porém não fornecer a autorização, as bibliotecas, museus, cinematecas, instituições educacionais e científicas poderão cumprir suas funções de conservação, preservação e arquivamento.

5. **A Iniciativa de Arquivos Abertos**

Após o histórico do movimento pelo Acesso Livre, da definição de repositórios digitais através de duas vias, verde e dourada, sendo a primeira ligada aos repositórios institucionais e a segunda a criação de revistas científicas eletrônicas e analise do crescente papel das agências de fomento e instituições de ensino/pesquisa assim a relação desses processos com o direito autoral é interessante detalhar melhor a iniciativa de arquivos abertos que é a base dos processos relatados anteriormente.

A Iniciativa de Arquivos Abertos atrelada ao Acesso Aberto tem segundo Ferreira e Weitzel 2007, três princípios básicos. São eles o auto-arquivamento, ou seja, garantia dos direitos de autor que esta atrelada a disseminação do trabalho dos mesmos; a revisão pelos pares que garante a certificação da qualidade e conseqüentemente a fidedignidade do processo; e a interoperabilidade que se caracteriza pela disseminação e compartilhamento dos trabalho proporcionando maior acessibilidade aos mesmos.

O princípio de auto-arquivamento tem como característica o envio espontâneo do autor de seu texto, dados, metadados, imagem, som ou qualquer outra informação registrada a um repositório de sua escolha. E proporciona visibilidade, pois, disponibiliza link com à instituição de origem, à sua produção científica e exposição aos pares.

O princípio da revisão de pares certifica a qualidade dos trabalhos, pois, não altera o processo tradicional de revisão de pares, mas, possibilitam novas instâncias como os modelos híbridos que disponibilizam os comentários pelos pares. Outro ponto é a transparência nas revisões através de modelos que possibilitam que toda a comunidade conheça e participe do processo de revisão pelos pares, assim como ocorre o acesso às novas versões do texto geradas com base nas sugestões/comentários. Como exemplo deste princípio tem o Arxiv.org atrelado ao autor Ginsparg e Cogprints relacionado ao autor Harnad.

O princípio da interoperabilidade é operacionalizado através da estrutura OAI que se divide no protocolo OAI/PMH; nos provedores de dados; e provedores de serviço.

[316] - Extraído do site http://www.cultura.gov.br/consultadireitoautoral/lei-961098-consolidada/ em 31/08/10

Protocolo OAI/PMH – Protocol for Metadata Harvesting - protocolo de comunicação para permitir a coleta de metadados entre dois serviços, portanto o compartilhamento entre serviços de informação. Protocolo se define pelo conjunto de regras de comunicação entre sistemas, como por exemplo, FTP, HTTP, etc. Metadados são o padrão Dublin Core, ou seja, dados que descrevem os documentos. Já o Harvesting é definido como colheita/coleta onde o procedimento de extração de metadados de um conjunto de repositórios distribuídos remotamente e respectivo armazenamento em banco de dados

Os Provedores de dados são os que mantêm um ou mais banco de dados (de texto completo preferencialmente), que suportam o protocolo OAI/PMH para expor os metadados de seu conteúdo. Podem ser dos tipos: Publicações científicas; Teses e dissertações; Revistas científicas; Anais de eventos; Repositórios digitais institucionais e temáticos.

Os Provedores de Serviços (service provider) são os que fazem a coleta/extração (harvesting) de metadados expostos por provedores de dados distribuídos remotamente e os armazenam em um banco de dados. Possibilita a busca integrada e localização do texto completo, como exemplo temos o portal OASIS.BR[317] e Projeto Biblioteca Digital de Teses e Dissertações[318]

Os repositórios institucionais são segundo a definição do glossário IBICT[319]:

"São sistemas de informação que armazenam, preservam, divulgam e dão acesso à produção intelectual de comunidades universitárias. Ao fazê-lo, intervêm em duas questões estratégicas: contribuem para o aumento da visibilidade e o e o "valor" público das instituições, servindo como indicador tangível da sua qualidade; e permitem a reforma do sistema de comunicação científica, expandindo o acesso aos resultados da investigação e reassumindo o controle acadêmico sobre a publicação científica". (IBICT, 2010).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo teve como objetivo identificar o início da iniciativa de Acesso Livre/Aberto com mais ênfase nos repositórios digitais além de especificar a diferença entre as vias verde e dourada que são a base dos repositórios. Buscou mostrar a crescente importância que as agências de fomento e institutos de ensino/pesquisa têm nos tempos atuais atrelada a uma analise das iniciativas elaboradas por tais instituições e o direito autoral. Outro ponto abordado foi a caracterização do movimento Iniciativa de Arquivos Abertos.

O entendimento é o de que os repositórios digitais são fruto da iniciativa maior pelo Acesso Livre/Aberto à produção científica que se iniciou após marcos como a crise dos periódicos, a consolidação da internet e o avanço das tecnologias de informação e comunicação. No panorama atual a via verde demonstra-se como de maior relevância, pois como dito anteriormente é necessário no momento uma ampliação ao acesso das revistas já existentes e referendadas e não a criação de novas de acesso aberto, via dourada, mas, nem sempre de boa qualidade. No tocante ao direito autoral é de profunda importância que os autores, agências de fomento e instituições de ensino/pesquisa tenham o entendimento de que a obra produzida necessita de autorização para sua disponibilização no meio digital. Portanto o melhor é a conscientização dos autores da importância da disponibilização em acesso aberto desses materiais, assim como o entendimento por parte das instituições da necessidade do dispositivo legal para a publicação em meio digital.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

COSTA, Sely M. S. Filosofia aberta, modelos de negócios e agências de fomento: elementos essenciais a uma discussão sobre o acesso aberto à informação científica.

Ciência da Informação, Brasília, v. 35, n. 2, p. 39-50, maio/ago, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ci/v35n2/a05v35n2.pdf>. Acessado em 21/05/2010

[317] http://oasisbr.ibict.br/ Acessado em 31/08/2010
[318] http://bdtd.ibict.br/ Acessado em 31/08/2010
[319] http://dspace.ibict.br/index.php?option=com_content&task=view&id=43&Itemid=77 Acessado em 31/08/2010

COSTA, Sely. Abordagens, Estratégias e Ferramentas para o Acesso Aberto Via Periódicos e Repositórios Institucionais em Instituições Acadêmicas Brasileiras. Liinc em Revista, v.4, n.2, setembro 2008, p. 214 – 228.

CORRÊA, Cynthia H. W. ; CRESPO, Isabel Merlo; STUMPF, I. R. C.; CAREGNATO, S. E. . Portal de Periódicos da CAPES: um misto de solução financeira e inovação. Revista Brasileira de Inovação, v. 7, p. 127-145, 2008.
<http://www.finep.gov.br/revista_brasileira_inovacao/decima_terceira_edicao/04_Portal_Peri%C3%B3dicos_CAPES.pdf> Acessado em 22/04/2010

CRESPO, Isabel Merlo; CORRÊA, Cynthia H. W. . Acesso livre à comunicação científica: a experiência do Scielo. Revista F@ro, v. 4, p. 1-5, 2008. Disponível em: <http://web.upla.cl/revistafaro/03_estudios/pdf/06_estudios_crespo.pdf> Acessado em 17/05/2010

KURAMOTO, Hélio. Informação científica: proposta de um modelo para o Brasil. Ciênciada Informação. Brasília, v. 35, n. 2, p. 91-102, maio/ago, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ci/v35n2/a10v35n2.pdf>. Acessado em 20/03/2009

KURAMOTO, Hélio. Open Archives e Open Access. Apresentação 1º Seminário de Gestão da Informação Jurídica em Espaços Digitais. Fevereiro 2007. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/sijed/09.pdf> Acessado em 07/08/2009

FERREIRA, S. M. S. P.; WEITZEL, S. R. . Repositórios digitais versus revistas eletrônicas: o que fazem, como convivem e onde convergem?. 2007. Disponível em: <http://www.lncc.br/abec/doc/Slides%20da%20Programacao/Minicursos/minicurso%2018h/Sueli%20e%20Simone/workshopAbec_Reposit%F3rios_revisto03out2007.ppt> Acessado em 20/05/2010

SOUZA, Allan Rocha de. A Portaria 13 da CAPES de 2006 e os Direitos Autorais. Revista da Faculdade de Direito de Campos, v. 8, p. 07-30, 2006.

4.4.2 Diálogos entre Direito Autoral e Direito Civil: Análise da Jurisprudência Nacional e do Anteprojeto de Reforma da lei n. 9.610/98 à Luz da Teoria do Ordenamento Unitário

Raul Murad Ribeiro de Castro[*]
Vitor de Azevedo Almeida Junior[*]

RESUMO: A partir do entendimento da construção unitária do ordenamento jurídico, pretende este trabalho demonstrar o intercâmbio entre as áreas do direito autoral e direito civil, especialmente no tocante ao exame da atividade jurisprudencial nacional, que sinaliza no sentido de plena integração e sintonia entre estes setores. Outro indicativo é a inclusão na parte geral do anteprojeto de reforma da lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1988, do artigo 6º-A e seus parágrafos 1º e 2º, que em sendo aprovada nos termos em que se encontra, consagrará formalmente na legislação autoralista institutos típicos do direito civil, tais como a onerosidade excessiva e a lesão, além de determinar a observância dos princípios da probidade, boa-fé e função social em todas as fases da celebração dos contratos na área do direito autoral. A par destes exemplos é possível inferir uma reaproximação entre estes ramos, que atendem ao imprescindível itinerário metodológico de harmonização entre os setores do direito, que se submetem à centralidade e supremacia hierárquica da normativa constitucional, conferindo ordem e unidade ao sistema, sem contudo ferir a autonomia das diversas disciplinas. A demonstração do movimento de entrelaçamento entre estas áreas do direito, além de reforçar a concepção unitária do ordenamento, que há de ser sistemático, orgânico e axiológico, desobstrui os possíveis obstáculos à plena eficácia interpretativa das normas constitucionais nas relações jurídicas de direito privado, que passam indiscutivelmente a se harmonizarem e integrarem à luz da tábua axiológica constitucional.

PALAVRAS CHAVES: Direito Autoral; Direito Civil; Ordenamento Unitário; Interpretação Sistemática

ABSTRACT: From the understanding of the legal system unitary construction, this work aims to demonstrate the interchange between the copyright and civil law areas, especially concerning the examination of national jurisprudence – which signals towards full integration and harmony between these sectors. Another example of this integration could be the inclusion in the general part of the Bill nº 9.610, February 19, 1988, of the article 6-A and its paragraphs, which, if approved on the terms that it is, will formally upheld typical civil law institutes in copyright law, such as excessive onerous, lesion and, in addition, it requires obedience to the probity, good faith and social function principles at all stages of a contractual relationship in the copyright area. Alongside these examples it can inferred a rapprochement between these branches, which is consistent with the essential methodological itinerary of harmonization between the law sectors, submitted to the constitutional centrality and normative hierarchically superior, giving order and unity to the system, without violating autonomy of different disciplines. The demonstration of the entanglement movement between these law areas, besides strengthening the legal system unitary concept – which needs to be systematic, organic and axiological – clears the obstacles to fully constitutional norms effective interpretation in the relations only between privets, which will arguably be harmonized and integrated with the constitutional axiological board.

KEYWORDS: Copyright law; Civil law; Legal system unitary; Axiological interpretation.

INTRODUÇÃO

[*]Mestrando em Direito Civil pela UERJ. Bolsista do CNPq. Pesquisador efetivo do Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direitos Autorais e Culturais – NEDAC / UFRJ. Advogado.
[*]Advogado formado pela Faculdade de Direito de Campos – FDC. Pesquisador efetivo do Núcleo de Estudos e Pesquisa em Direitos Autorais e Culturais – NEDAC / UFRJ. Ex-pesquisador da FENORTE/TECNORTE no biênio 2007-2008.

O reconhecimento da centralidade e normatividade constitucional decorre da concepção unitária do ordenamento jurídico, em que a Constituição ocupa posição hierárquica suprema, conferindo unidade interpretativa exigida no atual cenário de pluralidade de fontes normativas. Neste sentido, deve o ordenamento ser sistemático e axiológico, a fim de que se efetive a unidade do sistema normativo.

Entretanto, na busca pela autonomia, cada ramo do direito sempre pleiteou muito mais do que princípios normativos próprios e produto legislativo específico, formando verdadeiros microssistemas, que pressupõem a existência de centros de gravidade autônomos. Este movimento foi particularmente notado na fragmentação do direito civil, que diante da complexidade da vida social, viu seu *corpus* legislativo sendo paulatinamente esvaziado.

Dentre os ramos que se destacaram encontra-se o direito autoral, que há tempos clamava pela sua autonomização na enciclopédia jurídica. Em que pese ser inquestionável a necessidade desta, torna-se imperiosa a compreensão de que qualquer tentativa de divisão do sistema normativo em ramos isolados e incomunicáveis conflita com o conceito de ordenamento, implicando na rejeição aos chamados microssistemas, visto que, como tal, a ordem jurídica há de ser sistemática, orgânica e axiológica, ainda que composta por uma pluralidade de fontes normativas.

Neste sentido, percorrer as interações entre direito civil e autoral atende ao imprescindível itinerário metodológico de harmonização entre os setores do direito, à luz da tábua axiológica constitucional, situada no vértice do ordenamento, e demonstra que tal esforço não atenta em momento nenhum contra a autonomia dos ramos jurídicos, mas somente reforça a unidade interpretativa e concede plena eficácia às normas constitucionais nas relações jurídicas de direito privado.

Ademais, com a mobilização em prol da reforma da legislação autoralista brasileira, através da consulta pública do anteprojeto, observa-se a tendência em consagrar formalmente, na seara do direito autoral, institutos advindos do direito civil contemporâneo, consolidados no Código Civil de 2002 e já incorporados na atividade jurisprudencial nacional, porém claramente inspirados no projeto constitucional de 1988 que consagrou a funcionalização e eticização dos institutos.

1. Transformações Do Direito Civil E Sua Constitucionalização

No primeiro ciclo da era das codificações, o ideário da exclusividade dos Códigos Civis era a mola propulsora da técnica legislativa perseguida à época. Idealizava-se que um único *corpus* legislativo, dominado "pela pretensão de plenitude lógica e completude legislativa"[320], seria capaz de traduzir em regras casuísticas e albergar todos os possíveis atos e comportamentos ligados à vida civil, "expressão maior da onipotência do codificador"[321]. O molde inicial dos códigos assentava-se em um modelo "fechado, auto-suficiente"[322], "totalizador e totalitário"[323], na única sede normativa hábil a solucionar as mais variadas questões na esfera privada.

Estes códigos revelavam os valores de sua concepção jurídico-liberal, notadamente a segurança jurídica. À época, a crença dominante era a de que todas as soluções aos problemas jurídicos encontravam-se regrados exaustivamente e residiam em um só corpo legislativo - o *code*. Exaltava-se o fetichismo da lei e, mais ainda, o fetichismo do Código Civil[324], cultuado pela Escola de Exegese, que no século XIX reviveu o modelo de completude idealizado na antiga tradição romana medieval, cerceando a atuação criativa do juiz em nome do apego ao texto e a interpretação gramatical e conduzindo "[...] às últimas conseqüências o mito do monopólio estatal da produção legislativa, de tal sorte que o direito codificado esgotava o fenômeno jurídico, em todas as suas manifestações"[325].

[320] COSTA, Judith Martins. O direito privado como um "sistema em construção" – as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. *In* **Revista dos Tribunais**, ano 87, v. 753, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul., 1998, p. 26.

[321]TEPEDINO, Gustavo. O código civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. *In* TEPEDINO, Gustavo (org.). *Problemas do Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 2.

[322]*Id. Ibid.*, p. 2.

[323]COSTA, Judith Martins. *Op. Cit.*, p. 26.

[324]TEPEDINO, Gustavo. *Op. Cit.*, p. 2.

[325]*Id. Ibid.*, p 2

Diante do cenário definido pelo caráter monopolizador dos códigos, que condensavam a disciplina das relações privadas, é que se delineia o papel constitucional incorporado pelo Código Civil para o direito privado[326], igualmente assumido pelas Constituições contemporâneas perante o direito público. Acreditava-se e propalava-se a idéia de que os códigos eram as Constituições do direito privado[327] , não diferenciando-se o Brasil, portanto, com o Código Bevilacqua. Indiscutível o significado absoluto e predominante que o Código Civil detinha no âmbito das relações *inter privatos*.

O quadro de estabilidade estampado nos códigos sofreu fortes abalos com a intensificação do processo de industrialização no século XIX, aliado à crescente agitação dos movimentos sociais, culminando com a eclosão da primeira grande guerra mundial. Todos esses acontecimentos, agregados a outros, contribuíram para a presença cada vez mais acentuada do Estado na economia, o que, sem dúvidas, provocou profundas mudanças nos sustentáculos liberais que alicerçavam o direito civil.[328]

Com efeito, a progressiva transformação do Estado Liberal em Estado Social descortinou profundas mudanças na legislação civil, sobretudo a partir da primeira guerra mundial. O intervencionismo estatal na vida econômica dos indivíduos alterou de vez a posição dos códigos no sistema de fontes do direito privado, que passa a conviver com demais leis ordinárias que regulam assuntos antes tidos exclusivamente sob sua incidência.

Na experiência brasileira, conforme observação de Gustavo Tepedino, a partir dos anos 20 do século passado já é possível perceber os reflexos do declínio da era da estabilidade retratada pelo Código Civil de 1916. O legislador ordinário teve que fazer uso de leis excepcionais, conhecidas também como legislação de emergência, que pretendiam ser episódicas e casuísticas, visto que dissentiam dos princípios gerais da codificação.[329]

No entanto, registra o autor mencionando que: "[...] o cenário dessa primeira fase intervencionista do Estado, que tem início logo após a promulgação do Código Civil, sem que fosse alterada substancialmente a sua centralidade e exclusividade na disciplina das relações de direito privado".[330]

Contudo, a partir dos anos 30, em virtude de inúmeras situações jurídicas e sociais não contempladas pelo Código Civil, o legislador passou a disciplinar diversos fatos sociais, sem qualquer preocupação com o caráter emergencial. Nesta fase, a legislação extravagante era denominada de leis especiais, em razão da especialização da técnica, objeto e finalidade destas em relação ao Código Bevilacqua.

Em seguida, a promulgação da Constituição da República de 1988 inaugura um novo momento, no qual se concede "um novo papel para o Código Civil, a ser valorado e interpretado juntamente com inúmeros diplomas setoriais, cada um deles com vocação universalizante"[331]. Assim, com o intuito de melhor caracterizar a legislação extravagante pós-constituinte, fala-se em era dos estatutos, até mesmo em função das particularidades destes novos diplomas, que passam a ter uma linguagem menos jurídica e mais setorial, alterando a técnica legislativa que, além de definir objetivos concretos, adota uma postura de promover comportamentos desejados, através de incentivos.

Na esteira dessas transformações, a Constituição passou a albergar matérias que eram tratados exclusivamente pelo diploma civilista, embora não seja a abertura material dos textos constitucionais o ponto nuclear da constitucionalização do direito civil. Para Ignacio de Otto, "o que define as normas constitucionais não é seu objeto, mas a posição que ocupam no sistema jurídico". Com efeito, o fenômeno é muito mais amplo, e decorre da "[...] releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da

[326]TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *In Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 5, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 24. Para GIORDANNI, Michele o significado constitucional era imanente aos códigos civis do início do século XIX, já que "[...] a propriedade privada e o contrato, que constituíam [...] as colunas do sistema, vinham, por assim dizer, 'constitucionalizar' uma determinada concepção de vida econômica, ligada, notoriamente, à idéia liberal". (*O direito privado e as suas atuais fronteiras.* Revista dos Tribunais, São Paulo : RT, n. 747, p.35-55, 1998, p. 41).

[327]*Id. Ibid.,* p. 24.

[328]*Id. ibid.,* p. 25.

[329] *Id. Ibid.*, p. 25-26.

[330]*Id. Ibid.,* p. 26.

[331]*Id. Ibid.,* p. 28.

Constituição Republicana"[332], resultando, invariavelmente, "da aceitação generalizada da idéia de supremacia formal da Constituição".[333]

A mudança do papel desempenhado pelos códigos da era liberal no sistema de fontes e o deslocamento das normas constitucionais para o vértice do ordenamento jurídico, especialmente os esforços dos constitucionalistas em superar a programaticidade dessas normas, que careciam de eficácia jurídica imediata[334], têm nutrido novas configurações da dogmática civilista exigidas pela realidade social, indispensáveis para a superação da visão "estática, atemporal e desideologizada do direito civil"[335]. Assim, a projeção dos valores constitucionais sobre o direito civil remodela seus institutos, revigorando-os à luz da Constituição, que se transforma no diploma unificador do ordenamento jurídico.[336]

O direito civil encontra-se hoje no epicentro de uma miríade de transformações. No plano interno, o código civil perde, definitivamente, seu significado constitucional para o direito privado, fragmentando-se em razão do processo de descodificação, consistente na pluralidade de estatutos autônomos. Soma-se a isto, o acolhimento, em sede constitucional, de matérias tipicamente reguladas pelo direito civil e a necessidade de releitura das normas presentes no Código e nas leis especiais à luz dos valores nucleares da Constituição, que converte-se em centro unificador da ordem civil.

O deslocamento do núcleo central do ordenamento para o diploma constitucional, especialmente os direitos fundamentais, e a simultânea adaptação do civil quanto a este, possibilitaram a efetivação do ideário de normatividade dos preceitos presentes na Constituição. Nesse sentido, Maria Celina Bodin de Moraes leciona que "logo, ao que tudo indica, não será mais necessário reafirmar que a Constituição é um sistema normativo [...] do mesmo modo que os civilistas não precisam debater se as regras previstas no Código Civil são ou não jurídicas"[337].

2. A Construção Unitária Do Ordenamento Jurídico

Nem sempre foi pacífico o entendimento de que o sistema normativo deveria ser unitário, a fim de proporcionar uma visão harmônica e sistêmica de todas as ramificações da ciência do direito. Existiam resistências quanto ao oferecimento do caráter de unidade ao ordenamento jurídico.

Claus-Wilhelm Canaris ensina que há duas características dominantes na formulação de diversas definições de sistemas, a da ordenação e a da unidade. Continua o autor no sentido firmar um pensamento sistemático na ciência do direito, aduzindo que "a idéia do sistema jurídico justifica-se a partir de um dos mais elevados valores do Direito, nomeadamente do princípio da justiça e das suas concretizações no princípio da igualdade e na tendência para a generalização".[338]

Conforme o autor, ainda, o papel do conceito de sistema é "o de traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica".[339]

Assim, a combinação entre a ordem infraconstitucional e constitucional e a composição complexa do direito, em razão a pluralidade de fontes que se apresentam atualmente, implica

[332]PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 10.

[333]PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 120.

[334]Ver sobre a superação dessa visão SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 69-70.

[335]LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 36, n. 141, Brasília, jan./mar., 1999.

[336]Observa TEPEDINO, Gustavo que "o Texto Constitucional, sem sufocar a vida privada e suas relações civis, dá maior eficácia aos institutos codificados, revitalizando-os, mediante nova tábua axiológica". (O código civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas do Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 340).

[337] MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *In* **Revista Estado, Direito e Sociedade**, n. 1, 2. ed., Rio de Janeiro: Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio, jul./dez., 1991,p. 27.

[338]CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introdução e tradução de A . Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 22.

[339]*Id. Ibid.,* p. 23.

inevitavelmente no abandono da concepção formalista e subsuntiva do ordenamento, em que cada norma seria aplicada por si mesma.

Clama-se hoje pela superação destas premissas, na medida em que o conceito de ordenamento implica na ideia de unidade, exigindo, para tanto, uma interpretação axiológica e sistemática, de acordo com a atual centralidade da ordem constitucional, em que cada norma é necessariamente inspirada e comutada com os valores da *lex matter*. Evita-se, assim, a um só tempo a existência de interpretações subjetivas e/ou arbitrárias, em virtude da necessidade de vinculação ao projeto constitucional.

Ressalta-se, ainda, que tal influência da constituição na ordem civilística não se apresenta como uma via de mão dupla, uma interpenetração simultânea, posto que isso desvirtuaria todo o presente discurso. O direito civil não é um decodificador do preceito constitucional abstratamente considerado, mas um conjunto normativo que deve sempre se coadunar com aquele quando confrontado, de modo que o contrário acarretaria na perpetuação dos institutos históricos deste ramo do direito, em vista da ausência de flexibilidade que é presente na seara constitucional, em razão dos valores e princípios consagrados. Enfim, não há que se adaptar a norma constitucional à legislação infraconstitucional, e sim o contrário, sob pena de afrontar a unidade do sistema.

3. Direito Autoral E Enciclopédia Jurídica: Algumas Considerações

Em que pese a posição do Direito Autoral na enciclopédia jurídica seja temática capaz de incitar certa celeuma no meio doutrinário, observa-se que José de Oliveira Ascensão[340], na busca por uma solução, recorre à análise da classificação dos ramos do direito para verificar se este seria um autônomo, ou integrado ao direito civil. Nesse contexto, assevera o autor que o direito autoral não seria nada mais do que um ramo do civil, assim como o de família ou sucessões, posto que ao contrário de adaptar de forma especial os princípios do direito comum – como o direito ambiental ou previdenciário, por exemplo – este cria algo novo, com roupagem própria, mas que, da mesma forma que os outros ramos do direito civil, é informado pelos princípios gerais e também rege-se pelas suas regras supletivamente.

Tal resolução, inobstante fundada em premissas simples e construída sem rebuscamento, pode ser comprovada com certa facilidade. Aos profícuos embates doutrinários entre defensores de um direito autoral dotado de irrestrita autonomia e os patronos de uma interpretação sistemática do ordenamento deve-se unir o dado social, ou seja, aquilo que dá dinamicidade e vivacidade aos frios textos de Lei.

Rodolfo Sacco[341], ao ensinar a ciência do direito comparado, é categórico ao expressar que o objeto da comparação é composto por uma série de formantes, isto é, espécies de fontes que contribuem para o amálgama que é uma norma jurídica. Não só a Lei, como a doutrina atuam para essa construção, devendo-se sempre ter em conta também as regras jurisprudenciais, posto que elas representam uma forma de união dos formantes em um processo final de determinação do direito concreto.

4. Integração entre direito autoral e civil: a posição jurisprudencial

A análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça possui caráter sensivelmente relevante na presente questão, uma vez que, tendo este a competência para uniformizar a interpretação da legislação federal feita pelos Tribunais inferiores, seus acórdãos representam formantes capazes de dissipar dúvidas sobre possibilidade de integração entre as regras e princípios gerais de Direito Civil e o ramo do Direito Autoral.

O método utilizado foi o empírico feito por meio da busca de julgados que tratassem, de alguma forma, de temas, regras ou princípios atinentes ao direito civil e autoral de forma conjunta, seja harmônica, seja divergentemente, não se buscando a reunião de um conjunto exaustivo e completo de decisões presentes no repositório daquele Tribunal Superior.

A primeira constatação foi a de que nos julgamentos analisados não houve nenhuma decisão que, ou em sua fundamentação ou em sua parte dispositiva, extremasse ambos os ramos do Direito. Ao

[340]ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2. ed., ref. e ampl.. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 18-20.
[341]SACCO, Rodolfo**. Introdução ao direito comparado**. Trad. Véra Jacob de Fradera. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 69-74.

contrário, a integração entre direito autoral e civil foi lembrada tanto em casos em que houve a necessidade de se preencher situações de lacunas na Lei Autoral, quanto em momentos nos quais foi preciso uma interpretação sistemática que permitisse o abrandamento dos rigores de uma norma autoral, incompatível com os valores hoje presentes no ordenamento.

Relativamente ao primeiro aspecto, tem-se o Recurso Especial nº 655.035 – PR[342], de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, no qual foi feita menção expressa ao art. 159 do Código Civil de 1916 (art. 186, CC/02) como regramento jurídico utilizado relativamente à sistemática atinente ao dever de indenizar, como para a determinação dos requisitos necessários, e tal não poderia ser o contrário. Conforme lecionou Ascensão, o direito autoral é um ramo autônomo, mas que se submete às normas gerais de direito civil, de modo que, em se tratando do caso concreto, não só desnecessária seria qualquer aposição normativa sobre responsabilidade civil no diploma autoral, como também seria ridículo se pensar que, em não havendo essas regras, não seria possível a responsabilização de violações de direitos autorais. Como o acórdão demonstra, observada transgressão a direito de autor ou conexo, deve ser verificado se o fato preenche os requisitos da responsabilização civil constante no Código Civil, o que representa indícios de que, embora ramo especial, aquele se submete às normas, princípios e institutos gerais de direito civil, para os quais não dê roupagem legitimamente própria.

Ainda nessa linha, há os Recursos Especiais n. 983.357 – RJ[343] e 934.394 – PR[344].

No primeiro houve a importação da Teoria do abuso de direito prevista no art. 187 do Código Civil de 2002 para compor a lide e integrar lacuna presente no diploma autoral, assim como abrandar os rigores que uma interpretação literal dos institutos deste ramo ocasionaria. Na situação em concreto a demandante deseja objetar que a demandada, empresa de radiodifusão, realizasse cópias privadas do conjunto de músicas que fosse executar, sob o argumento de que a licença pactuada representava unicamente a execução pública das músicas e não a reprodução. No entanto, utilizando-se não como do direito, como também do bom senso, a Ministra Relatora verificou que as cópias eram meros instrumentos para a realização da atividade principal, posto que se não feito, seria necessário que um indivíduo executasse música por música. E, assim, em que pese tivesse a autora um direito formal de impedir a reprodução, ao exercê-lo, esta agiu em abuso, visto que o exercício contrariou a finalidade econômica e social da avença dantes pactuada.

No segundo, apesar de a demanda versar sobre contratos de edição, os quais possuem regramento próprio nos artigos 53 a 67 da Lei de Direitos Autorais, foi novamente preciso o recurso a uma norma do diploma civilista, já que a questão em si possuía como ponto nevrálgico dilema relacionado à teoria geral dos contratos. Neste julgamento ficou assentado que os contratos de edição apresentam o caráter de sinalagmáticos e, como tal, devem reger-se pelos dispositivos de direito civil relativamente a seu descumprimento. A caracterização como avença típica de direito autoral não é hábil para elidir o seu caractere de bilateralidade, de modo que havendo inadimplemento, deve-se recorrer à norma constante no artigo 475 do CC/02, segundo o qual pode a parte lesada requerer a resolução do pactuado, bem como a ela cabe indenização por perdas e danos.

Em relação à utilização de normas e princípios de direito civil como forma de sistematicamente integrar e reinterpretar certas normas constantes no diploma autoral que, no caso concreto, não atendam aos valores constitucionais máximos presentes no ordenamento há os Recursos Especiais nº 439.441 – MG[345] e 329.860 – RJ[346].

Dentre outros pontos, ambos os acórdãos possuem como integrante da lide o questionamento acerca da possibilidade de em certos casos não se aplicar a norma do art. 109 da Lei de Direitos Autorais, cuja regra prevê multa de 20 vezes ao valor que originariamente deveria ser pago para situações em que haja a realização de execução pública, com o intuito de lucro, sem prévia e expressa autorização do autor ou titular. Nas duas decisões busca-se o abrandamento de tal norma, tendo como ponto de partida o fato de que as rés são estabelecimentos de pequeno porte, as quais poderiam ser levadas à extinção de suas atividades caso penalizadas desta forma.

[342] Resp. nº 655.035 – PR, Min. Rel. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, DJ 13/08/2007.
[343] Resp. 983.357 – RJ, Ministra Relatora Nancy Andrighi, Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, DJ 17/09/2009.
[344] Resp. 934.394 – PR, Ministro Relator João Otávio de Noronha, Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, DJ 10/03/2008.

[345] Resp. nº 439.441 – MG, Ministro Relator Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, DJ 10/03/2003.
[346] Resp. nº 329.860 – RJ, Ministro Relator Barros Monteiro, Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, DJ 01/02/2005.

Assim, em ambos os julgados recorre-se ao princípio inseto no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual a aplicação da Lei deve sempre voltar-se ao atendimento de seus fins sociais. Norma embrionária do princípio função social (art. 421, CC/02), esta foi utilizada com o fito de abrandar os rigores de uma interpretação literal do dispositivo do ramo de direito autoral. Por meio da integração entre ambos os ramos, buscou-se compactuar os mais variados interesses tutelados no ordenamento, como, nos casos concretos, o dos titulares de direito autoral e a promoção da atividade empresarial, máxime a de pequeno porte.

Não bastasse isso, foram expressamente utilizadas pela via da analogia as normas dos arts 412 e 413 como fundamentação para o afastamento da constante no art. 109 da Lei de direito autoral. Raciocinou-se sistematicamente que se o próprio ordenamento cível determina que o valor das penalidades não contratuais não só não podem ultrapassar o da obrigação principal, como também podem ser reduzidos equitativamente pelo magistrado; não poderia ser permitido que em demanda que verse sobre um de seus ramos ocorresse algo diametralmente oposto.

Sob essa via, vê-se que embora haja ainda o ensaio teórico sobre uma separação extremada entre direito autoral e civil, quando se trata da formação da norma do caso concreto, não há óbices para a sua integração.

5. A Revisão Da Lei De Direitos Autorais Brasileira: (Re) Aproximando O Direito Autoral Do Direito Civil

Afora a demonstração junto ao formante jurisprudencial de que direito civil e autoral tendem a caminhar por uma única via, com o segundo sempre submetido aos princípios e regras gerais do primeiro, bem como retirando daquele normas de forma supletiva, ou seja, em casos de lacunas em seu regramento especial; outro dado social capaz de representar a observância de que tal conformação há muito já deixou de ser mera tendência – em verdade pode-se até argumentar que nunca chegou a sê-lo – é o anteprojeto da Lei de Direito Autoral, submetido recentemente à consulta pública. E, apesar de não representar fonte formal do direito, este fato é capaz de, ao menos como um dado empírico, figurar como indício da vontade do legislador de dissipar quaisquer dúvidas acerca da conjunção entre direito civil e autoral.

De acordo com o raciocínio já estabelecido de que o direito autoral atua como um ramo do direito civil, de que o ordenamento é um todo unitário, orgânico e sistemático, e de que a escolha por microssistemas independentes faria ruir, assim, o que se entende por Direito como Ciência; não seria sequer necessário recorrer-se à aposição de normas já expressas no diploma civilista na renovação do regramento autoralista. Contudo, com o fito de desobstruir possíveis obstáculos à integração entre ambos, vê-se que se optou pela inserção de inteiros institutos de direito civil na reforma da Lei autoral, aproximando essas áreas de forma incindível. Um dos exemplos desta situação é o artigo 6º-A e seus parágrafos do anteprojeto de Lei de direito autoral.

A inclusão do *caput* na parte geral vem expressamente consagrar para os contratos relativos aos direitos autorais as cláusulas gerais de probidade, boa-fé objetiva e função social, cuja observância deverá permear todas as fases contratuais, da preliminar à posterior.

Tais cláusulas permitem – devido à sua intencional abertura de conteúdo – a avaliação mais dinâmica dos contratos; atuando também como filtros, por meio dos quais, faz-se a conexão desta área do direito com a tábua axiológica constitucional. E, verifica-se, ainda, que a conjugação no dispositivo de dois valores representativos do atual marco axiológico do ordenamento – eticidade e solidariedade – conferem de forma inequívoca o caráter unitário do ordenamento, afastando as eventuais dúvidas com relação à sua devida observância.

Tais princípios e/ou valores encontram-se consagrados de forma expressa nos artigos 421 e 422 do Código Civil de 2002, e, sua futura adoção não seara autoralista, além de aproximá-la do direito civil, irá permitir que, sem óbice algum, aos pactuantes sejam impostos deveres com a finalidade de proteção dos interesses legítimos de ambos, decorrentes da probidade e boa-fé; bem como os integrantes de uma relação privada terão a obrigação de harmonizarem suas pretensões com os fins persecutados pela sociedade, como observância da função social.

O §1º do art. 6º-A, a seu turno e mantendo a linha de consonância entre direito autoral e civil, vem consagrar para as pactuações relativas aos direitos autorais o já sedimentado no ordenamento cível nacional instituto da onerosidade excessiva, cuja aplicação apresenta-se como a concretização do princípio do equilíbrio contratual.

No Código Civil de 2002, o instituto está previsto nos artigos 478, 479 e 480, que somente permitem a resolução do contrato, não havendo a possibilidade de revisão de forma expressa. Já no anteprojeto, apesar de ter se utilizado da fonte civilista, houve o aperfeiçoamento do instituto, com a adoção explícita da permissão para a tentativa de revisão contratual antes de resolvê-lo, o que enseja o entendimento da preocupação com princípio da conservação do contrato, estando este princípio explicitamente expresso no artigo 51, § 2º do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, o dispositivo tal como redigido dá azo à exegese de que há preferência pelo reajuste ou reexame do contrato, uma vez que continuam a almejar o escopo final da avença contratada, não lhes interessando a resolução ou extinção sumária, de plano, como apenas assim coteja o Novo Código Civil, posto que o contrato deve sempre atuar como uma forma de realização jurídico-econômica das pretensões de ambas as partes.

Diante disso, vê-se que o legislador não só buscou um consagrado instituto cível promotor de igualdade, como também, tendo em conta a construção unitária do ordenamento, aperfeiçoou-o e melhor adequou-o a atual conjuntura valorativa constitucional que prima pela composição de conflitos e manutenção das relações sociais.

Por fim, o §2º do art. 6º-A traz para a seara do direito autoral a possibilidade de aplicação expressa do defeito do negócio jurídico previsto no Código Civil denominado de lesão contratual.

Este instituto encontra-se expresso além do art. 157 do Código Civil de 2002, também no Código de Defesa do Consumidor, em seus artigos 6º, V, 39, V e 51, IV e a lesão usurária inserta na Lei nº. 1.521/1951 (Lei de Economia Popular) no art. 4º. Enquanto a lesão especial, prevista no Código Civil, gera anulabilidade do negócio jurídico, nos termos do 171 do CC/2002, a lesão consumerista e a usurária têm como conseqüência a nulidade de pleno direito, obstando a produtividade dos efeitos.

Ressalta-se que tal figura já podia ser aplicado aos contratos que tivessem por conteúdo os direitos autorais, visto que, apesar de a legislação atual ser considerada especial para a regulamentação da matéria, os demais institutos de direito civil são aplicáveis não só pela necessidade de apreciação unitária do ordenamento, como também por expressa previsão do art. 1º, §§1º e 2º da Lei de Introdução do Código Civil c/c art. 115 da lei autoralista em vigor.

No entanto, como esta norma é altamente relevante em se tratando da condição vulnerável de grande parcela de autores, verifica-se que se optou pela sua aposição expressa na legislação autoralista, com o fim de se evitar possíveis restrições futuras à sua aplicação, visto que ele é um defeito do negócio jurídico que traduz de forma clara os valores de função social, solidariedade e justiça distributiva presentes no ordenamento. Com efeito, tal dispositivo possui o condão de fornecer maior equilíbrio nos contratos de direitos autorais, visto ser um vício que se preocupa com a posição dos pactuantes, que podem se encontrar em necessidade e ou serem inexperientes.

Sob esse viés, pode-se perceber que, juntamente com as interpretações feitas em sede jurisprudencial, a reforma da Lei de direitos autorais representa indícios de que, em que pese a resistência de parte da doutrina, direito civil e autoral não representam compartimentos estanques e relacionam-se na medida em que for necessário para a consagração dos valores constitucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A celeuma jurídica a respeito da possibilidade de absoluta autonomia do direito autoral em face do direito civil, e também de outros ramos do direito, é uma questão datada historicamente que, já há muito, continuou a ser discutida fora de seu contexto original e deixou de fazer qualquer sentido razoável.

O direito autoral surgiu como um ramo dotado de considerável autonomia, no trilho da emergência dos microssistemas. Momento histórico este que convencionou-se chamar de era dos estatutos. O Código Civil, como único representante à época do direito civil, não mais detinha a capacidade de atender plenamente à dinamicidade e constante evolução dos fatos sociais. A rigidez e solidez típicas dos códigos liberais não eram compatíveis com a necessidade de frequentes alterações exigidas pela sociedade pós-guerra. A especialização e desenvolvimento dos diversos setores da vida privada possibilitaram o surgimento de diversos ramos autônomos, na medida em que detentores de diplomas próprios e princípios específicos.

Tal situação alimentou, naquela época, a discussão sobre a total independência do direito autoral em face do civil, uma vez que estes eram constituídos de principiologia inteiramente diversa.

Em verdade, o direito autoral nunca pôde se afastar por completo do regramento civilista, posto que a legislação daquele apenas se ocupou de normatizar fatos sociais atinentes unicamente a sua especialidade. Ou seja, regraram-se os contratos de edição, mas as normas gerais relativas aos pactos estavam unicamente presentes no Código Civil; previram-se hipóteses de violação a direitos autorais, porém a sistemática de responsabilização seguida era a ordinária civilística. Não bastasse a constatação de tais situações pela simples leitura da lei de direitos autorais, estas ainda foram confirmadas por meio da feitura da norma do caso concreto nas interpretações jurisprudenciais.

Ademais, após a transposição do centro do ordenamento para a tábua axiológica constitucional, o direito civil e o autoral aproximaram-se ainda mais, visto que não há mais que se falar em absoluta autonomia de nenhum deles, ambos atuam finalisticamente para a consagração dos princípios fundamentais. Desse modo, não só é possível, como também é recomendável que, quando necessário, recorra-se, em sede de direito autoral, a institutos de direito civil já reconhecidos por concretizarem os valores da *lex matter*, posto que ambos possuem como identidade serem ramos do ordenamento jurídico destinados a regulamentar relações interprivados – fato este que está a acontecer com a reforma da Lei de direitos autorais.

Assim, tanto por meio da apreciação teórica de necessária construção unitária do ordenamento, como pela constatação do dado empírico, verificou-se que se apresenta vetusto e fora de seu contexto histórico o questionamento sobre a possibilidade de interação entre direito civil e autoral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral***.* 2. ed., ref. e ampl.. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introdução e tradução de A . Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

COSTA, Judith Martins. O direito privado como um "sistema em construção" – as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. *In* **Revista dos Tribunais**, ano 87, v. 753, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul., 1998.

GIORGIANNI, Michele. **O direito privado e as suas atuais fronteiras***.* Revista dos Tribunais, São Paulo : RT, n. 747, p.35-55, 1998.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: **Revista de Informação Legislativa**, ano 36, n. 141, Brasília, jan./mar., 1999.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. In **Revista Estado, Direito e Sociedade**, n. 1, 2. ed., Rio de Janeiro: Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio, jul./dez., 1991.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais***:* uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SACCO, Rodolfo. **Introdução ao direito comparado**. Trad. Véra Jacob de Fradera. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas***.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. O código civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas do Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *In* **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 5, Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

4.4.3 Relação entre Investidores e Criadores: Mudanças na Área da Música no Contexto da Reforma da Lei 9.610/98

Daniel Campello Queiroz

RESUMO
Os debates sobre o tema do Direito Autoral no Brasil voltou a assumir seu protagonismo com o advento da reforma da Lei de Direito Autoral. Porém, muito pouco se tem discutido acerca da situação do Compositor – criador da matéria-prima da cadeia produtiva existente em torna 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 não está bem definida na lei vigente, de modo que deve haver profundas mudanças na legislação. Para isso, necessário analisar as principais espécies de contrato praticadas neste mercado: sobretudo o contrato de cessão, e a figura da licença de direitos, com vistas a que esta substitua aquela. 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.

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

A proposição, pelo Ministério da Cultura brasileiro, de modernizar a legislação pertinente aos direitos autorais no país já tem como resultado, no mínimo, recolocar o tema no lugar de destaque e importância devidos. É bem verdade que o advento da grande rede mundial de computadores, e a possibilidade de difusão de conteúdo através da mesma, trouxe à baila a necessidade de criação de instrumentos jurídicos adequados às novas relações surgidas.

Ocorre que a aparição do chamado mercado digital completava quase dez anos quando o Ministério da Cultura propôs, por meio do Fórum Nacional de Direito Autoral, redefinir as premissas que baseiam nosso arcabouço jurídico autoral; e já não era sem tempo. A Lei 9.610/98 não atendia anseios básicos dos atores envolvidos, e, para além de muito mal redigida e com péssima topografia, cerca de insegurança jurídica o mercado da cultura.

Nesse contexto de reforma da legislação autoral brasileira, vários são os interesses envolvidos, e tantas são as propostas de inserção de artigos que os atendam. Grupos ligados a intermediários do mercado cultural – leiam-se gravadoras e editoras musicais multinacionais – são naturalmente contra qualquer mudança, uma vez que o contexto atual os beneficia enormemente. De outro lado, autores e criadores em geral – os maiores protagonistas de toda a engrenagem cultural – ficam "no meio do tiroteio", sem saber a quem defender, a que se agarrar em meio a tantas acusações e exclamações de representantes dos investidores, no sentido de que a reforma da Lei poderia "acabar com o direito autoral".

É de fundamental importância notarmos, nesse sentido, de que forma esses investidores atuam, e quais são os mecanismos jurídicos contidos na atual legislação autoral que garantem aos mesmos atuar de forma tão incisiva, como se fossem porta-vozes dos criadores. Essa atuação é garantida pela apropriação dos bens culturais – neste caso, obras musicais e fonogramas – levada a cabo por essas empresas, que utilizam eufemismos contidos em instrumentos contratuais para realizar com os criadores negócios que, se estes tivessem a possibilidade de negociar em condições de igualdade com aquelas, não seriam firmados.

De fato, a apropriação dos bens culturais, da maneira como ocorre, gera outra dificuldade: o descrédito na própria instituição Direito Autoral. Assim é que é muito comum ouvirem-se notícias na impressa dando conta de que pessoas teriam sido processadas nos EUA por realizarem trocas de arquivo por sistema *peer-to-peer*, baixando músicas ilegalmente. Tiveram que pagar, mas esse dinheiro não foi para os autores e artistas. A idéia que acaba se formando é a de que se não vai para o criador, melhor não pagar.

Assim é que devemos refletir e olhar a questão por outro prisma, questionando: por que os valores obtidos com a exploração econômica das obras remuneram melhor os investidores que os criadores e artistas em geral? Que mecanismos garantem que os direitos patrimoniais sejam controlados por companhias, e não pelos criadores? Por que o mercado se estruturou de forma a garantir um retorno de investimento a curto prazo, em que os criadores são desprovidos dos bens culturais *ad eternum*?

Como premissa fundamental necessário estabelecer que a função precípua do Direito Autoral é remunerar o criador original pela utilização econômica das suas obras. O mesmo se aplica aos artistas intérpretes detentores de direitos de direitos conexos. Tomando esta assertiva como princípio, necessário avaliar se o arcabouço legal que disciplina os negócios jurídicos em direitos autorais no Brasil está constituído de modo a garantir aos criadores – aí incluídos os intérpretes, e demais – a ter acesso à remuneração pela utilização econômica de seus bens culturais.

Nesta avaliação, é notório que a indústria cultural da música construiu uma disciplina contratual, calcada numa traçada estratégia jurídica e contábil, com vistas a **i)** apropriar-se dos bens culturais e **ii)** a partir de investimentos de nível baixo ou médio, garantir um risco mínimo em sua atividade. A partir da apropriação dos bens culturais, a indústria construiu uma engrenagem de recebimento e posterior repasse de possíveis lucros obtidos com a exploração econômica daqueles bens.

No caso específico do mercado da música, produtoras fonográficas e editoras musicais, aquelas menos que essas, dotaram-se de ferramentas contratuais que visam a garantir que os recebimentos das fontes pagadoras sejam, em regra, feitos pelos intermediários, de modo que os criadores originais – aqui considerados em gênero – só recebem esses proventos econômicos por meio de repasses. E é precisamente nesse ponto que está o "pulo do gato" dessa engrenagem.

Garantindo a propriedade das obras, que foi cedida aos intermediários em regra sem a real ciência dos cedentes – que em verdade de entregar a alguém a exploração econômica de suas criações – os investidores passam a ter a possibilidade de autorizar o uso das obras de acordo com seus interesses; mas, sobretudo, passam a ser os responsáveis por definir o norte da relação econômica com os usuários (pessoas físicas, produtoras de cinema, gravadoras, agências de publicidade, entre outros).

Os intermediários arrecadam, e distribuem os resultados econômicos das utilizações das obras de acordo com critérios que são definidos pelos próprios intermediários. Resultado: os criadores originais não costumam receber o que deveriam pela utilização das obras no campo do direito autoral.

Historicamente, os criadores tentaram no Brasil utilizar diversos mecanismos de controle da utilização econômica de suas obras, todas sem sucesso: numerar discos, participar mais ativamente nas entidades de gestão coletiva, ter maior entrada nas editoras com as quais têm contrato. Entretanto, o que ocorre na prática é que esse controle só é possível quando os criadores contratam profissionais para realizar essa fiscalização.

Notável, desta maneira, a necessidade de que os negócios jurídicos em direito autoral estejam organizados e disciplinados, de acordo com padronização e clareza, de modo que se permita ao criador : **i)** entender claramente e poder optar o tipo de negócio jurídico que quer estabelecer com o investidor; **ii)** dependendo do tipo de negócio firmado, estar munido de poderes para estabelecer o melhor preço, de acordo com a natureza do negócio; e, principalmente, **iii)** garantir que a maior parte da remuneração obtida com a exploração econômica das criações seja usufruída pelo criador.

Assim, com base em análise de modelos de negócios jurídicos correntes nos demais ramos da propriedade intelectual, e das práticas contemporâneas adotadas no mercado da música, este trabalho visa a fundamentar sugestões legislativas, a serem abarcadas no contexto da reforma da Lei de Direito Autoral em curso no Brasil; sugestões estas que foram devidamente enviadas ao Ministério da Cultura através do *site* na *internet* definido como ferramenta para este fim.

Esta tarefa se inicia com a apresentação de definições de Cessão e Licença correntes na doutrina e na jurisprudência, com vistas a delimitar esses dois macro modelos como os que devem permear o sistema do Direito Autoral. Adiante, serão analisadas decisões judiciais e outros exemplos que demonstram que, na maior parte dos casos, os negócios firmados entre compositores e editoras musicais tiveram uma expressão jurídica diferente da intenção das partes envolvidas nos contratos.

Ao final, apresentam-se sugestões e soluções legislativas que visam a instrumentalizar as garantias propostas aqui.

1. Licença E Cessão De Direitos – a indefinição no regime autoral

O fato é que o sistema de direito autoral brasileiro não abarca modelos de negócio bem delimitados e definidos na Lei, notadamente quando o assunto é música. Na edição, por exemplo, a redação não remete expressamente à edição musical, e os artigos têm claro direcionamento à disciplina dos negócios ligados ao livro. Além disso, a figura da licença não está expressamente definida, havendo termos distintos – como autorização e concessão de uso – utilizados como se fossem licenças; de modo tecnicamente impróprio, importante ressalvar.

O Prof. Newton Silveira comenta a ausência de harmonia entre o sistema de direito autoral e os demais campos da Propriedade Intelectual, com uma crítica ao art. 49 da Lei 9.610/98, afirmando que "Lamentavelmente, e seguindo velha tradição, a lei de direitos autorais não trata, separadamente, da *cessão* e da *licença*, como o faz a lei de propriedade industrial".[347]:

Importante ressaltar o fato de que muitos atuantes no direito autoral utilizam o termo *cessão* em conjunto com o termo *uso*, nitidamente com o intuito de se referirem a uma *autorização*, que tecnicamente deveria restringir-se ao termo *licença*. Esses conceitos, nos demais ramos da Propriedade Intelectual e do Direito Civil, não se misturam, uma vez que a cessão implica transferência do fundo de direitos, e não se confunde com a efemeridade da figura do *uso*, cabível a modelos de negócio em que não ocorre a transferência de direitos.

Há ainda os casos em que se constituem instrumentos com características nítidas de licença exclusiva, como é o exemplo da edição musical, mas que abarcam a cessão de direitos em seu bojo, de modo que o criador, no momento em que assina o contrato, pretende entregar suas obras à exploração

[347] SILVEIRA, Newton *in* **A Propriedade Intelectual e as novas Leis Autorais**, São Paulo, Ed. Saraiva, 21 ed., 1998, p.69

econômica; porém, em função dos termos contidos no contrato, a editora impele ao criador a adesão a uma cessão definitiva de seus direitos.

Pesquisador que transita com muita qualidade em todos os ramos da Propriedade Intelectual, o Professor Denis Borges Barbosa delimita com clareza a distinção entre os dois institutos[348]:

> Na prática comercial e na legislação em vigor, licença e cessão são coisas diversas. Licença é a autorização concedida para a exploração do direito (como no caso de locação de bens físicos), enquanto a cessão é negócio jurídico que afeta o direito em si (como a venda de um apartamento). A diferença é importante, no caso do registro, por que se o contrato é de licença não há, em princípio, obrigação legal de registrar a obra autoral. Outra distinção importante é a que se faz entre venda de direitos - a cessão - e "venda" de uma cópia de obra autoral. Ao contrário do que ocorre com um livro, caso em que cessa o poder do autor sobre a cópia vendida (não se imagina que Jorge Amado possa opinar sobre em que estante o leitor guarde Jubiabá...), em cada "venda" de uma cópia do obra autoral pode existir uma licença de uso. Não há nunca, porém, cessão de direitos. Alguns poucos especialistas aconselham que se trate algumas licenças de forma idêntica à cessão, obrigando-se ao registro: parece razoável, com efeito, exigir da licença exclusiva o requisito do registro.

Importante destacar, da explicação de BARBOSA, que cessão e licença são figuras distintas, que não se confundem sob quaisquer aspectos, uma vez que aquela implica na transferência do fundo de direitos patrimoniais de autor – como a venda no direito civil; enquanto esta é uma autorização concedida para a exploração de um direito – como a locação no direito civil – que pode ou não ser exclusiva. A edição musical, por exemplo, é nitidamente uma licença exclusiva na qual o compositor dá ao editor uma autorização para explorar economicamente suas obras, em troca do dever do editor de divulgá-las e empreendê-las.

Em sua análise acerca do contrato de cessão de direitos autorais, o ilustre Prof. Eduardo Vieira Manso, autor da melhor obra sobre contratos em direitos autorais existente, define que a cessão é um contrato típico apenas no ramo de direito autoral, uma vez que, nos demais ramos, não se estaria diante de um negócio jurídico propriamente dito:

> "O 'contrato de cessão de direitos autorais' é típico, no direito brasileiro, representando, a cessão, um autônomo negócio jurídico, gerador de direitos e obrigações patrimoniais específicos do Direito Autoral, em que se opera a substituição subjetiva do titular de tais direitos. Sabe-se que, no sistema geral do Direito das Obrigações, a cessão não é, em si mesma, um negócio jurídico. Ela apenas constitui um indicador de certo modo de cumprir determinadas obrigações. Assim, quem se obriga a vender, quando cumpre essa obrigação, cede ao comprador o direito de propriedade, quase sempre transmitindo simultaneamente a posse da coisa vendida. É por isso que Gondin Netto, em monografia à qual ele mesmo se refere em parecer publicado na RT 274/63, disse que 'a cessão não é um ato constitutivo da obrigação, mas um ato de disposição, pelo qual se dá cumprimento a uma obrigação de transferir para outrem um direito de nosso patrimônio, um crédito, um objeto incorpóreo...'. Pode-se, portanto, afirmar que a cessão é um negócio causal, no direito comum, de modo que, em tal regime, sempre haverá de existir uma causa *a priori*, que está logicamente situada antes, e que é determinante do ato de ceder.[349]

O fato que é a própria análise do contrato de cessão em direitos autorais, e com a *venia* devida ao mestre VIEIRA MANSO, já demonstra a dificuldade, com base na legislação atual, de definir

[348] http://www.universojuridico.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=2853

[349] MANSO, Eduardo Vieira in *Contratos de Direito Autoral*, Editora Revista dos Tribunais, 1989 – pág. 21 a 22.

claramente a cessão de direitos como um negócio jurídico. Isso porque a figura da cessão tem sido utilizada, sobretudo no meio musical, e com mais freqüência nas últimas três décadas no Brasil, como verdadeiro *negócio jurídico*, em que se definem sujeitos de direitos e obrigações, e não indicação de "modo de cumprir determinadas obrigações".

Plínio Cabral, em "A nova Lei de Direito Autoral" – o termo "nova", inserido no título do livro, refere-se à Lei de 98 em contraponto à Lei de 73 – define o contrato de cessão como transferência de direitos feita de forma definitiva, definição que se coaduna com a proposta legislativa que este trabalho propõe. O autor define a cessão com uma transferência de direitos, e explica que:

> "Em face dessa transferência e dos problemas que ela implica, a lei estabelece condições geradoras de obrigações. É que, na cessão, o autor despoja-se de seus direitos sobre uma propriedade que pode continuar a existir indefinidamente e, inclusive, assumir um valor futuro extraordinário. O cessionário adquire o direito de explorar a obra economicamente, de forma absoluta e definitiva. Mas, nem por isso, ele se investe nos direitos e na condição do próprio autor que continua na posse de suas prerrogativas morais. Pode, por exemplo, arrepender-se da obra e até retirá-la de circulação ou emendá-la. Trata-se, realmente, de um negócio *sui generis*. O objetivo da legislação autoral em todo o mundo é 'proteger o autor' na formulação dos contratos, especialmente no caso da cessão definitiva de seus direitos, pois com esse ato, ele abdica de um patrimônio."[350]

A advogada ELIANE ABRÃO[351] tenta confrontar a cessão com a licença, mas fala em cessão parcial, o que, no caso específico da música, está em desacordo com a própria definição de cessão. Importante as exceções referidas pela autora no que diz respeito às vedações que a legislação esparsa estabelece quanto à cessão:

> "À exceção da interpretação artística não musical, de atores e demais profissionais de que trata a Lei 6533/78 e da lei do radialista (Lei 6615/78), todas as demais obras protegidas podem ser objeto de contrato de cessão, incluindo a interpretação artística musical, obra dos cantores. Mas nem todos os direitos de autor podem ser transferidos. De acordo com o legislador (art.49, I) não podem ser objeto de cessão ou qualquer outro tipo de transferência, os direitos de natureza moral e os expressamente excluídos em lei. Os direitos que o legislador, atualmente, considera inalienáveis e irrenunciáveis são, além dos morais, os direitos de seqüência, e, excluídos em lei, os de autor desconhecido (art.45, II). A cessão parcial confunde-se muitas vezes com a licença, porque ambas têm eficácia menor em relação à cessão total a título universal ou singular. A lei não define licença, tampouco a regulamenta, mas é certo afirmar-se que se trata de uma autorização de uso, de exploração, e não de uma transferência de direitos."

Válido citar, ainda, a sucinta lição do Prof. Sérgio Vieira Branco Júnior, que delimita de maneira muito didática os termos de cessão e licença em direitos autorais, comparando-as com institutos comuns ao direito civil brasileiro:

> Caracteriza-se a cessão pela transferência de titularidade da obra intelectual, com exclusividade para o(s) cessionário(s). Já a licença representa uma autorização por parte do autor para que terceiro se valha da obra, com exclusividade ou não, nos termos da autorização concedida. Ou seja, a cessão se assemelha a uma compra e venda (se

[350] CABRAL, Plínio *in* "**A Nova Lei de Direitos Autorais**", São Paulo: Rideel, 1ª ed. 1999, p. 26-27
[351] ABRÃO, Eliane *in* "**Direitos de Autor e Direitos Conexos**", São Paulo: Ed. do Brasil, 1ª ed., 2002, p.136

> onerosa) ou a uma doação (se gratuita) e a licença, a uma locação (se onerosa) ou a um comodato (se gratuita).[352]

Além das análises e posições doutrinadas citadas, a jurisprudência já se pronunciou algumas vezes sobre a figura da *cessão de direitos*. A maior parte dos casos em que houve pronunciamentos jurisprudenciais sobre o tema se deram no âmbito de ação de rescisão contratual firmado por compositores e editoras musicais, em que aqueles ajuízam ações em face destas com vistas a retomar o controle econômico de suas obras.

Ocorre que grande parte dos compositores brasileiros, que tiveram a oportunidade de contratar bons advogados, tentaram retomar seu catálogo de obras pretensamente cedidos em definitivo às editoras musicais; e a maioria teve sucesso. Dentre esses, destaca-se Gilberto Gil, que conseguiu retomar quase a totalidade de suas obras das editoras, Milton Nascimento, Djavan, Chico Buarque, Tom Jobim.

De fato, existe uma razão precípua para a necessidade desses autores de rescindir os contratos firmados com as editoras, e retomar o controle de suas obras: em verdade, os criadores não pretendiam terem cedido seus direitos, e sim apenas *licenciado para a exploração econômica*. É nessa tese que está fundamentada uma das mais brilhantes decisões sobre o tema, em caso em que os herdeiros de Antonio Maria ajuizaram ação em face de editora multinacional.

Nesta decisão, com precisão e didatismo, o Desembargador relator disseca, 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 – isto é, uma licença exclusiva –, 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 subseqüente 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 irretratável 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

[352] **BRANCO**, Sérgio *in* Direitos Autorais – Circulação da obra, limitações e exceções

> 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.”[353] (grifou-se)

Este acórdão é sobremaneira didático, e delimita claramente os limites entre cessão de direito e edição – espécie de licença exclusiva. Resta evidenciado, que os contratos de cessão, praticados pelas editoras musicais, em verdade têm natureza jurídica de edição – licença exclusiva –, 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.

Não se pretende defender, importante consignar, que a figura da cessão de direitos não seja aplicável ao direito autoral; posição já defendida pelo autor deste texto, mas que em tempo o mesmo deixa claro não mais defender. É fato que o criador pode dispor, da forma como melhor lhe aprouver, dos direitos patrimoniais de autor – já que dos morais a Lei determina expressamente que não pode. Porém, caso o criador queira ceder seus direitos, deve ter ciência expressa de que a cessão é negócio definitivo, que só poderá ser resilido em casos especiais previstos em lei.

Nota-se, portanto, que a doutrina e a jurisprudência pátria têm definido e observado de maneira quase que pacífica os conceitos de cessão de direitos e de licenças como distintos, e principalmente aplicáveis a negócios jurídicos diferentes. O mercado, a seu turno, se utiliza dessa aparente confusão contida na Lei 9.610/98 para construir eufemismos contratuais que levam à cessão de direitos, quando a intenção dos criadores, na maior parte dos casos, é a de estabelecer uma licença exclusiva para a exploração econômica de suas obras, por determinado prazo.

Nesse sentido, passa-se a descrever e fundamentar, no próximo capítulo, as soluções legislativas propostas ao Ministério da Cultura, no *site* da consulta pública levada a cabo na *internet* de 14 de junho a 31 de agosto de 2010, e que visam à construção de um sistema que dê aos criadores as garantias definidas na introdução deste trabalho, bem como que busque harmonizar o sistema de direito autoral ao sistema da propriedade industrial, *mutatis mutandi*, com vistas à formação de um sistema mais homogêneo, padronizado e simplificado no que se refere aos seus modelos de negócios jurídicos.

2. Proposta de Harmonização Para o Sistema Autoral e Definição de Licença, Cessão e Edição

Com vistas à harmonização e padronização dos negócios jurídicos em direito autoral, necessário que se definam, claramente, os macro negócios aplicáveis às relações que se pretendem estabelecer. Por óbvio que a pretensão não é de engessar as modalidades de contratação, mas o direito autoral brasileiro carece de definições expressas quanto aos modelos de negócio cabíveis, até mesmo para proteger o autor em negociações com investidores, em que se sabe que aquele é hipossuficiente em relação a este.

Nesta linha, o ante-projeto de Lei levado à consulta pública pelo Ministério já previu uma definição da figura da licença de direitos, a ser inserida no inciso XV do art. 5º, para definir:

[353] Apelação Cível nº 2006.001.59446, Des. Relator Sérgio Lúcio de Oliveira e Cruz – 15ª Câmara Cível – TJRJ

> XV – licença – a autorização dada à determinada pessoa, mediante remuneração ou não, para exercer certos direitos de explorar ou utilizar a obra intelectual, nos termos e condições fixados no contrato, sem que se caracterize transferência de titularidade dos direitos

Ocorre, no entanto, que para além de não definir a *licença*, a LDA atual também não delimita e positiva a figura da *cessão*, assim como não tipifica a *edição* como uma espécie de *licença* de caráter exclusivo. Por serem considerados elementos legislativos essenciais para a organização e delimitação do sistema, sugeriu-se a inclusão de mais dois incisos no art. 5º, com o seguinte conteúdo:

> XVI – cessão – a transferência, total e definitiva, do fundo de direitos patrimoniais de autor, que poderá ser alvo de resilição nos casos especiais definidos nesta Lei.
>
> XVII – edição – a licença exclusiva concedida ao editor, por prazo determinado, mediante remuneração ou não, para reproduzir a obra, com o dever de divulgá-la.

Justifica-se a inclusão de definições das figuras da *cessão de direitos* e da *edição*, com dispositivos expressos, na medida em que a intenção precípua da inclusão da figura da *licença de direitos* no arcabouço de normas autorais foi a de servir para harmonizar o sistema de direito autoral com os demais sistemas atinentes à Propriedade Intelectual, leiam-se propriedade industrial e direito sobre programas de computador; bem como com o direito civil *lato sensus*.

Nesse sentido, apenas a inclusão da definição de *licença* não realizaria essa harmonização dos sistemas, razão por que se deve estipular e delimitar, também, a figura da *cessão de direitos* como o é no direito civil – transferência total e definitiva do fundo de direitos – e definir a figura da *edição* como uma espécie de licença. Assim, passamos a ter, no Direito Autoral, algo similar, *mutatis mutandi*, aos demais ramos da Propriedade Intelectual, isto é, um sistema permeado por dois modelos de negócio jurídico – *cessão* e *licença* – dos quais os demais modelos serão espécies.

O objetivo central dessas mudanças propostas é que a Lei de Direito Autoral passe a definir para a ciência, e com vistas a chamar a atenção dos criadores para o fato, de que a cessão de direitos, quando realizada, é de forma *definitiva* – assim como a venda no direito civil –; podendo ser alvo de resilição em casos especiais definidos em lei. Assim, o criador saberá que o melhor modelo de negócio não é a *cessão de direitos*, e sim a utilização de uma *licença*. Se for *ceder* seus direitos, o criador precisa estar ciente e atento que a *cessão* se dará de forma definitiva.

Isso gera uma série de conseqüências nos negócios que envolvem direito autoral, sobretudo na música, principalmente porque o criador terá maior possibilidade de cobrar um valor mais considerável ao cessionário, visto que estará ocorrendo a entrega da obra por todo o prazo de proteção legal, isto é, *ad eternum*. Desta maneira, e tendo em vista que em regra a intenção dos criadores é a de entregar as obras para a exploração econômica, e não ceder seus direitos, a inserção destas definições, e a regulação da cessão de direitos como definitiva, possibilitará o sistema autoral a que o modelo de negócios mais corrente seja o licenciamento de direitos, em detrimento do atual predomínio da cessão.

3. As Regras Referentes à Cessão e à Licença

Entretanto, a mera inclusão das definições dos macro modelos de negócio não encerra a necessidade legislativa de regular e disciplinar os negócios em matéria de Direito Autoral. O Ministério, no ante-projeto apresentado, fez algumas proposições interessantes nos artigos relativos ao tema da transferência de direitos; porém, até mesmo pela entrada de novas definições no art. 5º, fazem-se necessárias adaptações nos artigos referentes à transferência. É o que foi feito, de modo que os artigos 49 a 51 da atual Lei passariam a ser redigidos como abaixo:

> Art. 49. Os direitos de autor poderão ser cedidos a terceiros, por ele, por seus sucessores ou pelos titulares de direitos patrimoniais, em definitivo, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, pelos meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes regras e especificações:

~~I – a transmissão total compreende todos os direitos de autor, salvo os de natureza moral e os expressamente excluídos por lei;~~

I – a cessão compreende todos os direitos de autor, salvo os de natureza moral e os expressamente excluídos por lei;

II - (Revogado);

III – (Revogado);

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.

VII – o autor deverá ser notificado pelo titular de direitos patrimoniais que ceder seu catálogo a terceiros, dependendo de sua anuência por escrito a efetivação da cessão.

Art. 49-A. O autor ou titular de direitos patrimoniais poderá conceder a terceiros, sem que se caracterize transferência de titularidade dos direitos, licença que se regerá pelas estipulações do respectivo contrato e pelas disposições previstas neste capítulo, quando aplicáveis.

Parágrafo primeiro. Salvo estipulação contratual expressa em contrário, a licença se presume não exclusiva.

Parágrafo segundo: na hipótese de não haver estipulação contratual escrita, o prazo máximo será de cinco anos.

Art. 50. A cessão dos direitos de autor, que se fará sempre por estipulação contratual escrita, presume-se onerosa.

§ 1º A cessão dos direitos do autor deverá ser averbada pelo cessionário à margem do registro a que se refere o art. 19 desta Lei, quando a obra estiver registrada, ou, não estando, o instrumento de cessão deverá ser registrado em Cartório de Títulos e Documentos.

§ 2º Constarão do instrumento de cessão como elementos essenciais seu objeto e as condições de exercício do direito quanto a tempo, lugar e preço.

§ 3º Decorrido o prazo previsto no instrumento de licença, ou quando ocorrer qualquer das hipóteses de resilição da cessão definidas nesta Lei, os direitos autorais retornam obrigatoriamente ao controle econômico do titular originário ou de seus sucessores, independentemente de possíveis dívidas ou outras obrigações pendentes entre as partes contratantes.

Art. 51 (Revogado pelo novo regime de Obra sob encomenda)

Como explicitado, as alterações propostas visam a complementar as inovações propostas nos incisos XVI e XVII do art. 5º. Nesse sentido, propõe-se a harmonização do sistema, padronizando os negócios jurídicos em direitos autorais de acordo com dois modelos de negócio: cessão de direitos e licença. Convém ressaltar que a idéia é mostrar aos autores e criadores em geral que a Cessão de Direitos é uma figura em que ocorre a transferência total e definitiva dos direitos patrimoniais, de modo que só deve ser realizada quando o interesse for essa transferência. Caso a intenção seja a de entregar a obra para exploração econômica e divulgação, o ideal é realizar uma Licença, que pode ser exclusiva, como por exemplo, a edição, ou não exclusiva.

A proposta de revogação do art. 51, referente à cessão de obras futuras, visa a evitar a duplicidade de regulação para essa atividade. Em virtude da inserção de um capítulo para regular a obra sob encomenda, não se justifica a manutenção de um artigo especial para regular a obra futura no capítulo da transferência de direitos. Como o intuito é harmonizar o sistema, estabelecendo parâmetros gerais para os negócios jurídicos, sugere-se a revogação desse artigo, e a inserção de um novo parágrafo

no art. 52-A com vistas a estabelecer um prazo máximo para os contratos de obra futura, contemporaneamente utilizados quase que exclusivamente no mercado de música brasileiro.

Estabelece-se, assim, um sistema mais organizado na topografia da Lei, e se evita que haja duas normas para regular a mesma atividade. Ainda que se pudesse compreender uma – a cessão de obras futuras – como espécie da outra – contrato de encomenda – isso poderia gerar dúvidas quanto à aplicabilidade de uma e de outra, o que fundamenta ainda mais a necessidade de revogação.

Além desses aspectos, importante, ainda, a inserção do inciso VII no art. 49, para garantir ao criador o ditame constitucional de fiscalização do aproveitamento econômico de suas obras. Ocorre que a cessão de catálogo de obras em bloco, feitos entre editores sem a ciência e anuência do criador, faz com que o criador não saiba quem são os detentores dos direitos patrimoniais sob suas obras. Com isso, o autor tem extrema dificuldade de fiscalizar as utilizações econômicas de suas criações, não sabendo sequer a quem pedir prestações de contas. Não obstante, a mudança de titularidade dos direitos patrimoniais pode ocorrer contrariamente aos interesses do autor, o que pode prejudicar a exploração das obras; como por exemplo a compra de seu catálogo de obras por alguém que vise a prejudicar o criador por motivos pessoais. Assim é que se faz necessário que o autor esteja ciente dessas cessões em bloco feitas entre editores, e que o negócio só se efetive com a sua anuência por escrito.

4. O Regime da Obra Sob Encomenda

Completam, ainda, o sistema dos macro modelos de negócios em direitos autorais a disciplina da obra sob encomenda. O fato é que o ante projeto utilizou como norte legislativo a definição de obra sob encomenda contida na Lei de Propriedade Industrial (LPI). Por esta razão, e em função das inclusões das figuras da *cessão de direitos* e da *edição* nas definições do art. 5º, algumas adaptações se fizeram necessárias, com vistas, mais uma vez, à harmonização e padronização do sistema.

Assim é que foi proposto, no *site* da consulta pública, que o capítulo referente ao regime da obra sob encomenda esteja redigido da seguinte forma:

> **Capítulo VI**
>
> **Da obra sob encomenda ou decorrente de vínculo**
>
> Art. 52-A. Salvo convenção em contrário, caberá ao empregador, ente público, ou comitente, exclusivamente para as finalidades que constituam o objeto do contrato ou das suas atividades, o exercício da titularidade dos direitos patrimoniais das obras:
>
> I – criadas em cumprimento a dever funcional ou a contrato de trabalho;
>
> II – criadas em cumprimento de contrato de encomenda, inclusive para os efeitos dos art. 54 e 55 desta Lei;
>
> § 1º – O autor conservará seus direitos patrimoniais com relação às demais modalidades de utilização da obra, podendo assim explorá-la livremente.
>
> § 2º – A liberdade conferida ao autor de explorar sua obra, na forma deste artigo, não poderá importar em prejuízo injustificado para o empregador, ente público ou comitente na exploração da obra.
>
> § 3º – A retribuição pelo trabalho ou encomenda esgota-se com a remuneração ou com o salário convencionado, salvo disposição em contrário;
>
> § 4º – Será resilida ao autor a totalidade de seus direitos patrimoniais sempre que a exploração da obra objeto de contrato de encomenda não se iniciar dentro do termo inicial contratualmente estipulado, nas seguintes condições:
>
> I – quando houver retribuição condicionada à participação na exploração econômica da obra, não sendo neste caso o autor obrigado a restituir as quantias recebidas a título de adiantamento de tal modalidade de retribuição;

> II – quando houver retribuição não condicionada à participação na exploração econômica da obra, desde que o autor restitua as quantias recebidas a título de tal modalidade de retribuição.
> § 5º – Para efeitos do § 4º, no caso de não haver termo contratualmente estipulado para a exploração econômica da obra, o autor recobrará a totalidade de seus direitos patrimoniais, no prazo de um ano da entrega da obra, obedecidos os critérios de resilição previstos nos incisos I e II do § 4º.
> § 5º-A - Nos contratos de encomenda de obras musicais, a cessão dos direitos de autor sobre obras futuras abrangerá, no máximo, o período de cinco anos, contado a partir da data de assinatura do contrato. O prazo será reduzido a cinco anos sempre que indeterminado ou superior.
> § 6º – Os contratos de obra sob encomenda far-se-ão sempre por escrito.
> § 7º – O autor terá direito de publicar, em suas obras completas, a obra encomendada, após um ano do início de sua comercialização pelo encomendante, salvo convenção em contrário.
> § 8º – Não havendo termo fixado para a entrega da obra, entende-se que o autor pode entregá-la quando lhe convier.
> § 9º - Serão *nulas* de pleno *direito* as *cláusulas* contratuais que limitem o exercício dos direitos morais pelo autor da obra encomendada, observado o disposto no art. 24 § 3º.
> § 10º As disposições deste artigo não se aplicam:
> I – aos radialistas, aos autores e aos artistas intérpretes ou executantes cujo exercício profissional é regido pelas Leis nº 6.533, de 24 de maio de 1978, e nº 6.615, de 16 de dezembro de 1978, sendo-lhes devidos os direitos autorais e conexos em decorrência de cada publicação, execução ou exibição da obra e vedada a cessão ou a promessa de cessão de direitos autorais e conexos decorrentes da prestação de serviços ou da relação de emprego;
> II – às relações que digam respeito à utilização econômica dos artigos publicados pela imprensa, regidas pelo art. 36 desta Lei;
> III – às relações decorrentes de contrato ou vínculo de professores ou pesquisadores com instituição que tenha por finalidade o ensino ou a pesquisa;
> IV – quando a criação exceder claramente o desempenho da função, ou tarefa ajustada, ou quando forem feitos usos futuros da obra que não haviam sido previstos no contrato;
> V – aos profissionais regidos pela Lei nº 5.194, de 24 de dezembro de 1966;
> VI – às produções de obra audiovisual de natureza não publicitária.
> VII – aos direitos de execução e exibição pública, alvos de gestão coletiva de direitos, que deverão ser alvo de instrumento de contrato apartado que regule os percentuais cabíveis ao autor e ao encomendante.

De plano, importante informar que a alteração do termo “restituição” por “resilição” tem assento no fato de o termo técnico mais adequado à retomada de um direito de propriedade, de acordo com a doutrina civilista, é a resilição. Como a *cessão de direitos* foi definida como a transferência definitiva do fundo de direitos patrimoniais de autor – direito de propriedade *latu sensu* – o termo técnico correto é a resilição, e não a restituição.

Nada obstante, a inserção do inciso VII, no § 10º do art. 52-A, tem por objetivo a manutenção do atual sistema de gestão coletiva de direitos, corrente, e eficiente sob muitos aspectos, na área da música. Além disso, a intenção da modernização da LDA é a de criar novas categorias de direitos com

possibilidade de gestão coletiva, que ficariam impedidos sempre que o regime de contrato fosse o de encomenda.

Assim é que os direitos patrimoniais passíveis de ser objeto de gestão coletiva não podem estar incluídos na remuneração pelo trabalho que o empregador/encomendante pagará ao criador; sendo certo que a partição dos proventos econômicos oriundo desses direitos deverão ser alvo de outro contrato, que defina percentuais e forma de seu exercício. Importante consignar que não se pretende que o empregador/encomendante seja desprovido dos direitos de execução pública, e sim prever que esses direitos não se esgotam com a remuneração concedida pelo trabalho ou encomenda, e que por isso deverão ser alvo de outro instrumento contratual que defina seu exercício.

Justifica-se, ainda, a inclusão deste parágrafo com vistas a garantir que o criador, mesmo no regime da obra sob encomenda, possa usufruir da maior parte do proveito econômico de sua criação, o que seria prejudicado com o esgotamento dos direitos alvo de gestão coletiva na remuneração paga pelo encomendante/empregador pelo trabalho ou encomenda.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fato é que os regimes e modelos de negócios em Direito Autoral, em nosso país, tradicionalmente estiveram, e contemporaneamente estão regidos pela dominação das empresas multinacionais, com mais poderes na área da música, que são "donas" das editoras e gravadoras, e que controlam também o sistema ECAD. Assim, os interesses desses grupos prevalecem em detrimento dos interesses dos autores, e as alterações propostas na atual Lei de Direito Autoral poderão ser ferramenta importante para o início de uma verdadeira "virada de jogo".

De fato, garantir maior equilíbrio à relação entre criadores e investidores pode ser um passo importante para que os compositores brasileiros consigam viver do seu trabalho, e terem de fato suas obras protegidas, razões maiores de existência da própria instituição direito autoral. É bem verdade que os resultados práticos de uma legislação modernizada vão depender da interpretação que o Poder Judiciário dará às normas que forem aprovadas, e, ainda mais importante, do conteúdo das normas propostas que serão aprovadas pelo Congresso Nacional.

O ante projeto de reforma da LDA já avança bastante na melhoria da relação entre criadores e investidores, com a inserção de mecanismos que permitam aos autores a revisão dos contratos – em casos de onerosidade excessiva, por exemplo –, ferramentas que poderão ser muito importantes para o reequilíbrio da relação entre autores e editoras musicais. Porém, é de se dar razão àqueles que chamam à atenção para uma judicialização grande dessa relação. O projeto de Lei pode avançar ainda mais nesta questão, razão por que foram propostas, como demonstrado neste trabalho, que a cessão passe a ser total e definitiva – como é nos demais ramos da Propriedade Intelectual – de modo que os compositores saibam que quando cederem seus direitos, estarão fazendo algo muito gravoso, e só reversível em casos especiais definidos na Lei.

Assim, a edição passará a ser uma licença exclusiva, com prazo determinado, e com cláusula de rescisão. O objetivo maior é que a licença substitua a cessão nos modelos de negócio de música, principalmente. A nosso sentir, este sistema sim poderá melhorar muito a relação entre compositores e editoras.

Outro ponto importante, e que traz avanços na relação entre investidores e criadores, é a proposta já contida no ante projeto que dá ao autor a possibilidade de rescindir o contrato no caso de administração de seu repertório contra seus interesses. A prática de administração de repertório contrária aos interesses do autor ocorre muito, e com a Lei atual os autores não têm instrumentação jurídica específica para reagir a isso, caindo na vala comum do Código Civil – que não atende suas necessidades – , e na LDA, em que há apenas o dever genérico do editor de divulgar a obra. O ante projeto prevê mais especificamente esse dever de divulgação, o que é fundamental para o autor poder cobrar que a editora o faça devidamente.

Em conclusão a este trabalho, que teve por objetivo analisar a relação entre investidores e criadores, e a ausência de modelos de negócio bem definidos e delimitados no campo autoral, apresenta-se a sugestão legislativa, proposta no âmbito da consulta pública, que visa a refundar as premissas de todo o sistema de direito autoral, redefinindo seu princípio basilar. Nesse sentido, propôs-se a criação do Art. 1º-A, que teria a seguinte redação:

> Art. 1º-A Fica estabelecido que a interpretação desta Lei deve estar norteada por garantir aos criadores uma remuneração justa pela utilização de suas obras, sempre que essa utilização ocorrer com intuito de lucro, direto ou indireto; visando sempre a que a maior parte dos resultados obtidos com a exploração econômica das obras seja usufruída pelo criador.

A inclusão deste dispositivo tem por objetivo redefinir a função precípua da Lei de Direitos Autorais, de modo que fique expresso no texto de Lei que a interpretação de todas as normas referentes à matéria, além de se relacionarem com outros ramos do direito, devem ocorrer de modo a **i)** garantir a proteção do criador e de suas obras; **ii)** garantir uma justa remuneração pelo uso econômico das mesmas, sempre que a intenção do uso seja a de obtenção de proventos econômicos, direta ou indiretamente; e, **iii)** garantir que a maior parte da remuneração obtida com os uso econômicos das obras seja usufruída diretamente pelos criadores. Assim, a inserção deste dispositivo, logo no princípio do texto legal, justifica-se na medida em que, historicamente no Brasil, os interesses dos autores têm sido relegado, por predominância de interesses de investidores e intermediários.

O objetivo, portanto, de incluir o artigo 1º-A é precisamente o de criar um instrumento legal que incida sob a cadeia produtiva da música, de modo que o sistema se redefina tomando por base o princípio de que os proventos econômicos obtidos com a realização dos direitos patrimoniais devem, sempre, ter a maior parte dirigida aos criadores, restando aos investidores a parte que lhe couber, que certamente não poderá ser maior que a do criador, tendo em vista a própria natureza das atividades e a razão da proteção concedida às obras pelo direito autoral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Eliane *in* "**Direitos de Autor e Direitos Conexos**", São Paulo: Ed. do Brasil, 1ª ed., 2002, p.136

BARBOSA, Denis Borges disponível em: http://www.universojuridico.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=2853 Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998

BRANCO, Sérgio *in* **Direitos Autorais – Circulação da obra, limitações e exceções.**

CABRAL, Plínio *in* "**A Nova Lei de Direitos Autorais**", São Paulo: Rideel, 1ª ed. 1999, p. 26-27

MANSO, Eduardo Vieira in **Contratos de Direito Autoral**, Editora Revista dos Tribunais, 1989 – pág. 21 a 22

SILVEIRA, Newton *in* **A Propriedade Intelectual e as novas Leis Autorais**, São Paulo, Ed. Saraiva, 21 ed., 1998, p.69

4.5 Direito autoral, Direito à Educação e Direito à Cultura

4.5.1 O Acesso às Obras Intelectuais como Pressuposto para Concretização do Direito Fundamental à Educação: a Busca por um Equilíbrio entre Direto de Autor e Direito à Educação

Eduardo Pires[*]
Stella Monson Tolotti[**]

RESUMO
O direito de autor é indiscutivelmente um direito fundamental individual previsto no art. 5º da CF/88, que se encontra atualmente regulamentado pela lei 9.610 de 1998. Todavia a sua fundamentalidade não representa que seja um direito absoluto, pois sua utilização deve estar obrigatoriamente vinculada à sua função social. Assim, o direito de autor além de seu caráter tradicionalmente individualista, deve também estar pautado por outros direitos fundamentais previstos na Carta Magna, especialmente, aqueles de cunho social, como o direito à informação, à cultura e à educação. No que tange, especificamente ao direito à educação, é possível afirmar que contemporaneamente o acesso às obras intelectuais torna-se pressuposto para sua concretização. Não pode, portanto, o direito de autor servir como obstáculo para tanto, sobretudo frente ao surgimento das novas tecnologias digitais que fazem emergir a denominada Sociedade da Informação, em que a acesso à informação e conhecimento são imprescindíveis para o desenvolvimento social. Nessa nova perspectiva tecnológica, surgem novas formas de acesso às obras intelectuais, bem como de compartilhamento da informação e do conhecimento, gerando consequentemente novas possibilidades educacionais à sociedade, mas que, no entanto, por vezes colidem com o direito fundamental do autor, dificultando, portanto, a efetivação do direito fundamental à educação. Nesse sentido, verificado um conflito entre direitos fundamentais, cabe verificar a possibilidade ou não de oposição direta do direito fundamental à educação nas relações entre particulares, isto é, nas relações autorais, tendo em vista tratar-se de um direito social de caráter prestacional e historicamente reconhecido como oponível somente contra o Estado. Desta análise percebem-se divergências doutrinárias que apontam desde a impossibilidade de aplicação do direito fundamental à educação no conflito com o direito do autor, passando pelo entendimento que tal aplicação pode ocorrer sim, no entanto, apenas de forma indireta, isto é, por intermédio do legislador ordinário, até o entendimento que aqui adota-se e que vem ganhando cada vez mais espaço no âmbito pátrio, que é o da possibilidade a aplicação direta, por meio do judiciário, do direito fundamental à educação nas relações autorais.

PALAVRAS CHAVES: DIREITO DE AUTOR; DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO;

ABSTRACT
The right of author is undoubtedly a fundamental individual right stated in art. 5 of CF/88, which is currently regulated by law 9.610 of 1998. However its fundamentality characteristic not represent that it is an absolute right, especially because its use should be compulsorily linked to a social function. Thus, the Right of Author beyond its traditionally individualistic character, must also be guided by other fundamental rights provided by the Constitution, especially those of a social nature, such as the right of information, culture and education. Regarding specifically the right to education, it is possible to assert that contemporaneously the access to intellectual work becomes a prerequisite for its realization. So,

[*] Mestrando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, Bolsista CAPES – PROSUP, Membro do Grupo de Pesquisa Direito de Autor no Constitucionalismo Contemporâneo. Advogado.
[**] Graduanda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, Bolsista PIBIC FAPERGS, Membro do Grupo de Pesquisa Direito de Autor no Constitucionalismo Contemporâneo.

the right of author can not function as an obstacle for the right of education, mainly in front of the emergence of new digital technologies that make appear the called Information Society, where access to information and knowledge are essential things for the social development. In this new technological perspective, there are several new ways to access the intellectual works and sharing the information and knowledge, creating consequently new educational opportunities for the society, but that sometimes collide with the fundamental right of the author, making more difficult the realization of the fundamental right of education. In that sense, been a conflict between fundamental rights, it should check the possibilities or not the opposition of the fundamental right of education directly in relations between individuals parts, ie in relations involving the right of author, in view that it is is a social right with character prestacional historically recognized as enforceable only against the State. From this analysis are perceived doctrinal differences that point since the impossibility of implementing the fundamental right of education in conflict with the right of author, because it is costly right and therefore enforceable only against the State In the other hand there is the understanding that implementation of the right of education can occur only indirectly, ie through the ordinary legislator. Finally, for the last understanding, that here is adopted and that which day is gaining more space in Brazil, it is recognized the possibility of the direct application the right of education through the judiciary in the relations involving the right of author.
KEYWORDS: THE RIGHT OF AUTHOR; THE FUNDAMENTAL RIGHT OF EDUCATION.

INTRODUÇÃO

Com o surgimento da internet e outras novas tecnologias há o estabelecimento de um novo modelo social, ou seja, uma sociedade pautada no acesso à informação e ao conhecimento. Nesse contexto, vislumbra-se o surgimento de inúmeras possibilidades educacionais proporcionadas justamente por estas novas tecnologias, especialmente pela facilitação de acesso às obras intelectuais, que se constituem como fontes do conhecimento.

Todavia, percebe-se que em contramão ao interesse social de acesso às obras intelectuais, que fundamenta-se, entre outros, nos direitos de acesso à informação, à cultura e à educação, há o direito individual do autor, que também encontra tutela no rol de direitos fundamentais da Constituição Federal de 1998. Nota-se, portanto, um conflito entre interesses individuais e interesses coletivos, que se resume no presente estudo, ao conflito entre o direito individual do autor versus o direito social à educação.

Desse modo, pretendendo verificar de que forma ocorre e como solucionar o conflito entre os direitos fundamentais mencionados, apresenta-se em um primeiro memento as características e fundamentos de cada um desses direitos demonstrando-se a importância do acesso às obras intelectuais para a concretização do direito fundamental à educação.

Ao final, verifica-se quais as possíveis formas de solução do conflito exposto, de forma a buscar um equilíbrio entre os interesses em jogo, sobretudo, por meio da aplicação do direito fundamental à educação nas relações autorais, ou seja, nas relações interprivadas.

1. A Tutela Jurídica do Direito de Autor

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, 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 utilizados[354].

Os Direitos Autorais no Brasil são regulados infra-constitucionalmente pela Lei 9.610/98, que veio a substituir a lei 5.988/73. Esta legislação tem como objeto a proteção dos bens intelectuais de cunho literário, científico ou artístico.

[354] GUERREIROS JUNIOR, Nehemias. O direito autoral no show bussiness: tudo o que você precisa saber. 3. ed. Rio de Janeiro: Gryphus, 2005. p 47.

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.[355]

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".[356] 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.[357]

Já os direitos patrimoniais dizem respeito à utilização econômica da obra, através da comunicação e publicação ao público, com o objetivo de permitir que o autor obtenha benefícios pecuniários 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.[358]

Disso decorre que qualquer forma de utilização da obra intelectual dependerá, sempre, de consulta prévia ao seu autor, sob pena de se estar violando seus direitos, 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 temporainedade, que lhes prescreve uma limitação no tempo, para efeito de sua fruição, a penhorabilidade e a prescritibilidade.[359]

A proteção ao o direito de autor encontra-se presente no inciso XIV, do artigo 5º da Constituição Federal, quando prevê que ao autor é concedido o "direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras"[360], conferindo-lhe ainda o direito de fiscalização sobre a utilização econômica das obras que criar ou em que participar da criação.[361] Assim, a Constituição Federal de 1988 reconhece ao Direito do Autor o status de Direito Fundamental Individual.

Todavia, a fundamentalidade reconhecida ao Direito de Autor não representa que este direito seja absoluto, muito pelo contrário, pois assim como outros institutos de direito privado, como a propriedade, o contrato e a empresa, o Direito de Autor também deve cumprir uma função social. Isso significa dizer que a proteção do Direito de Autor deve estar em harmonia com os interesses sociais.

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". [362]

Há a necessidade de se proteger as criações intelectuais, propiciando ao autor retirar os proventos correspondentes da sua criação, inclusive, como meio de incentivo à produção de novas obras. Contudo, esta proteção deve sofrer restrições sempre que servir de empecilho ao acesso à educação e à difusão do conhecimento e cultura.

---

[355] BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p.10.

[356] BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 47.

[357] 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 [...]

[358] BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 49.

[359] BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 50.

[360] 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.

[361] CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 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.

[362] HAMMES, Bruno Jorge. O direito de propriedade intelectual: subsídios para o ensino. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1998. p. 76/77.

Nessa perspectiva, pretende-se abordar no ponto seguinte o direito de acesso à educação e sua importância no cenário contemporâneo, bem como o seu possível âmbito de conflito com o direito de autor.

2 O Direito de Acesso às Obras Intelectuais como Meio de Concretização do Direito Fundamental à Educação: Direito de autor *versus* direito à Educação

O direito fundamental à educação encontra-se expressamente reconhecido, no âmbito pátrio, por meio do artigo 6º da Constituição Federal de 1988, quando dispõe que "são direitos sociais a educação, o trabalho, a moradia [...]". Assim, vislumbra-se que o direito à educação faz parte do rol dos direitos fundamentais, especificamente dos direitos fundamentais sociais.

Além disso, no âmbito do título VII, que versa sobre a Ordem Social, mais especificamente nos artigo artigos 205 a 214 da Carta Magna encontra-se regulamentado o direito à educação, onde se encontra explicitada uma série de aspectos que envolvem a concretização desse direito.

Por se tratar de um direito fundamental social, a dimensão de sua tutela, por mais que possa ser exercida individualmente, ultrapassa, de longe, o atendimento de interesses meramente individuais, ou seja, mesmo que possa ser utilizado de forma individual, não pode ser compreendido sem que se considere sua dimensão coletiva[363]. Nesse sentido Duarte ensina que:

> Embora a educação, para aquele que a ela se submete, represente uma forma de inserção no mundo da cultura e mesmo um bem individual, para a sociedade que a concretiza, ela se caracteriza como um bem comum, já que representa a busca pela continuidade de um modo de vida que, deliberadamente, se escolhe preservar.[364]

Neste contexto, Garcia entende a educação como "um processo contínuo de informação e de formação física e psíquica do ser humano para uma existência e coexistência: o individual que, ao mesmo tempo, é social" [365]. Com efeito, o direito à educação objetiva permitir a formação para a liberdade, uma formação voltada para a cidadania, bem como serve como instrumento de afirmação da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental estabelecido pelo art. 1º da Carta Magna.[366]

Vislumbra-se, então, uma íntima relação entre o direito fundamental à educação a da dignidade da pessoa humana, podendo ainda o considerar, assim como faz Sarmento[367], como um dos componentes do denominado mínimo existencial[368]. Disso decorre que a falta de acesso à educação acaba por configurar uma afronta ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana, da mesma forma que ocorre com a falta de acesso à alimentação, à moradia, à saúde, etc.

Dessa forma, a Constituição Federal brasileira quando estabelece em seu artigo 1º a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República, impõe consequentemente, a concretização, dentre outros direitos, do direito à educação.

Nessa perspectiva, para que se logre uma plena realização do princípio da dignidade da pessoa humana, é imprescindível que se garanta à sociedade a concretização do direito fundamental à educação. Todavia, é importante ressaltar que para uma completa efetivação do direito à educação não basta apenas a garantia do direito de frequentar aulas, mas deve-se também promover o acesso ao material para fins didáticos, em especial às obras intelectuais, ou seja, deve-se promover o acesso à informação e consequentemente ao próprio conhecimento.

---

[363] DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social. Revista Educação & Sociedade, Campinas, vol. 28, n. 100 - Especial, p. 691-713, out. 2007, p. 691.

[364] DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social. Revista Educação & Sociedade, Campinas, vol. 28, n. 100 - Especial, p. 691-713, out. 2007, p. 697.

[365] GARCIA, Maria. A Nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. In: Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política nº23, p57.

[366] GUERRA. S; EMERIQUE, L. M. B. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, Nº 9 - Dezembro de 2006.

[367] SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 71.

[368] Mínimo existencial representa o conjunto de garantias mínimas para uma vida com dignidade. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Mínimo existencial e direito privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico-privadas.*In: SOUZA NETO. C. P.; SARMENTO, D., (Org.). A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 334.

É possível inclusive afirmar que o óbice à sociedade do acesso as obras intelectuais viola ainda, de forma indireta, o direito de manifestação do pensamento, bem como o direito de crítica, já que estes são consequências naturais do acesso à informação e conhecimento. E como bem entende Branco, sem manifestação do pensamento e sem crítica não há educação.[369]

Com efeito, o acesso às obras intelectuais que se constitui como pressuposto para o acesso à informação e ao conhecimento e, que já se mostra historicamente de imensurável valor para a concretização do direito à educação, passa a ganhar maior relevância ainda contemporaneamente, sobretudo a partir do surgimento das novas tecnologias e da difusão da internet. Nesse sentido, Adolfo comenta que:

> [...] se vislumbra a nova realidade dos meios de comunicação que significam vasta gama de recursos e uma infinidade de escolhas tendentes a potencializar as múltiplas oportunidades de intervenção e utilização, ou seja, da Era da Sociedade da Informação onde os computadores, a tecnologia digital e a crescente interatividade introduzem novas perspectivas educacionais [...]

Note-se que, quando o autor cita a existência de novas perspectivas educacionais, quer se referir justamente a novas formas de acesso aos bens de caráter intelectual, proporcionadas, sobretudo, pelas tecnologias digitais.

De fato, presencia-se contemporaneamente uma evolução constante e veloz dos meios tecnológicos. Novos equipamentos e avanços nos meios de telecomunicação e informáticos produzem uma revolução nos meios comunicativos e de acesso às fontes de conhecimento e cultura, o que, consequentemente, provoca o surgimento de um novo modelo de sociedade. Tal tipo de sociedade convencionou-se chamar de "Sociedade da Informação", em que a o conhecimento e a informação passam a constituir bens de inestimável valor, indispensáveis para o desenvolvimento econômico, tecnológico e cultural da sociedade como um todo.

Ocorre então, que a partir desta exigência social pelo acesso à informação aliada às inúmeras inovações tecnológicas, desponta uma alteração radical nas tradicionais práticas profissionais e sociais referentes à criação e uso dos bens intelectuais, bem como da difusão da informação e do conhecimento.

A partir da possibilidade de digitalização da informação permite-se à sociedade transpor fronteiras de conhecimento e informação nunca pensadas. "A informação em meio digital pode ser reproduzida instantaneamente, com perfeita exatidão, sem esforço significativo"[370] e de forma barata, quando não gratuita.

Neste contexto, a socialização do conhecimento passa a constituir uma dos principais bases da inovação e da construção de outros novos conhecimentos. Por isso, sob o ponto de vista social e especialmente educacional, tornam-se extremamente valiosas as ferramentas que a internet e demais inovações tecnológicas proporcionam para o compartilhamento dos bens intelectuais, já que estes se constituem como fontes de conhecimento e o acesso a eles é requisito para a promoção do desenvolvimento cultural, econômico e tecnológico de uma sociedade.

Com efeito, a internet diminuiu de forma fantástica as barreiras de espaço e tempo, promovendo o desenvolvimento da Sociedade Informacional que tem seu fundamento baseado no conhecimento, na pesquisa, na fácil acessibilidade e utilização da informação.[371]

Contudo, este progresso tecnológico, tendo em vista permitir uma maior acessibilidade e rapidez aos bens intelectuais, provoca, nas palavras de Adolfo, "um *tsunami* no Direito Autoral"[372].

---

[369] BRANCO, Sérgio. Direito à educação, novas tecnologias e limites da lei de direitos autorais. Disponível em: <www.culturalivre.org.br/artigos/**direito_educacao_novas_tecnologias**.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2010.

[370] ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008, p. 245.

[371] WACHOWICZ, Marcos. Direito fundamental do autor: tensão constitucional entre a propriedade intelectual e o direito à liberdade de informação dos bens informáticos. Anais do V Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. Santa Cruz do Sul: Unisc, 2008.

[372] ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008, p. 227.

Evidencia-se assim, uma conflituosidade sem proporções e de difícil solução, em que de um lado tem-se o autor, que requer a tutela sobre as suas criações, para que possa receber a remuneração pela utilização dos bens provenientes de seu intelecto, inclusive como meio de incentivo à criação; de outro lado tem-se a coletividade, que com fundamento no direito fundamental à educação, à cultura, entre outros, pretende continuar a se beneficiar das tecnologias ora existentes para fins de acesso e difusão da informação e do conhecimento, inclusive, como meio de promoção do desenvolvimento da sociedade como um todo.

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 também à própria 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. [373]

Com efeito, como já observado anteriormente, no constitucionalismo contemporâneo, com a exigência de que os institutos privados cumpram uma função social, é necessário que se estabeleça um ponto de equilíbrio entre os interesses individuais e sociais, de forma que, no caso em questão, se proteja os interesses do autor, todavia sem barrar o acesso da sociedade aos bens intelectuais, muito especialmente quando este acesso tenha cunho educacional.

No entanto, ao se observar a lei 9.610 de 1998, que é a atual lei de direitos autorais (LDA), se verificará a presença de uma proteção excessiva ao direito do autor, pois tal marco legal conta com um texto extremamente restritivo, possibilitando poucas exceções ao monopólio do direito do autor em favor da sociedade, quanto ao uso das obras intelectuais, mesmo que a utilização tenha fins estritamente educacionais.

A esse propósito, Branco refere que

> Nossa lei segue o sistema jurídico continental-europeu, que tradicionalmente apresenta, em seu próprio texto, as limitações e exceções ao direito de autor. Isso significa que a lei indica em que casos o uso de obras alheias não constitui violação aos direitos autorais. Entretanto, não há, entre as limitações e exceções da LDA, previsão suficientemente abrangente para permitir o uso de obras protegidas por direitos autorais em instituições educacionais ou com fins educacionais, de qualquer tipo.[374]

Assim, tendo-se em vista o caráter restritivo das limitações estabelecidas pela legislação brasileira, observam-se traços de uma concepção individualista adotada pelo legislador ordinário na defesa do direito do criador da obra; o que vem a impactar negativamente no acesso à educação.

Nota-se, portanto, um desequilíbrio entre interesses individuais e interesses sociais. A LDA encontra fundamento precípuo no inciso XIV, do artigo 5º da Constituição Federal, que dispõe sobre o direito individual do autor, pouco considerando, por exemplo, os artigos 6ª, 205 e seguintes da Carta Magna, que tratam do direito à educação

Nessas condições, para que os ajustes e a harmonização de interesses antagônicos aqui abordados ocorra, pode-se trabalhar com a possibilidade de uma aplicação direta da constituição[375] às relações autorais, sobretudo com uma possível incidência do direito fundamental à educação, ou seja,

[373] 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.
[374] BRANCO
[375] Nesse sentido SARLET, I. W; SARMENT, D.; STEINMETZ, W, entre outros.

por uma reinterpretação da atual LDA à luz da constituição. É o que pretende-se abordar no item seguinte.

3. Incidência do Direito Fundamental à Educação nas Relações Privadas

Antes de tudo, visto que o direito fundamental à educação é concebido como um direito fundamental social, que em regra apresenta caráter prestacional, é necessário verificar quanto à possibilidade, no contexto do constitucionalismo contemporâneo, da aplicação direita dessa espécie de direito nas relações privadas, que no presente caso dizem respeito às relações autorais.

Assim, da análise doutrinária que trata do assunto, verifica-se algumas divergências. Por um lado, Steinmetz se posiciona contra a incidência dos direitos sociais nas relações entre particulares, justamente por tais diretos serem caracterizados como prestacionais.

Segundo o Steinmetz:

> Se se definir direitos a prestações em sentido estrito como direitos do indivíduo a algo (bem ou serviço) ante o Estado, então, por definição, os particulares não estão vinculados aos direitos fundamentais do art. 6º. Isso é também o que se conclui com base na análise estrutural e sistemática das normas veiculadas pelo art. 6º: os particulares não configuram com sujeitos destinatários.[376]

Ainda, segundo Steinmetz, considerar que os direitos prestacionais vinculam as relações privadas, sobretudo levando em conta sua natureza de direitos financeiramente onerosos e que, por vezes exigem ações positivas, significa uma colisão de tais direitos contra o princípio da livre iniciativa, com os direitos de liberdade e de propriedade, bem como com o princípio da autonomia privada.[377]

Tais observações de Steinmetz induzem à compreensão de que não seria possível a aplicação do direito fundamental à educação em um conflito que envolva direitos autorais, especialmente quando a relação jurídica ocorrer entre particulares.

Esse entendimento, portanto, leva a concluir, por exemplo, que um aluno que não tenha condições de comprar um livro, não pode tirar cópia integral da obra, mesmo que para uso próprio e com fins exclusivamente educacionais, sem autorização do autor, já que a LDA não o permite[378], não podendo se valer do direito fundamental à educação nessa situação, pois este direito somente seria oponível contra o Estado.

Todavia, de outro lado, Canotilho, diferentemente de Steinmetz reconhece a incidência dos direitos fundamentais sociais nas relações interprivadas, todavia, de forma apenas indireta ou mediata. A esse respeito o autor lusitano ensina que:

> A doutrina não tem dúvidas em aceitar a "eficácia horizontal" dos direitos sociais, económicos e culturais sob as duas modalidades de "efeito mediato" ou de "eficácia indireta": (1) impondo ao legislador a "atracção das normas sociais" segundo os direitos constitucionais sociais [...]; (2) obrigando o intérprete a uma interpretação conforme as normas constitucionais sociais [...][379]

Logo, para a teoria da eficácia mediata defendida por Canotilho, existe a possibilidade da incidência dos direitos fundamentais sociais também nas relações entre particulares, no entanto, não de forma direta, mas sim estabelece a necessidade de que os direitos fundamentais sejam levados em conta pelo legislador na criação das regras de direito privado.

Assim, a esse respeito Sarmento ensina que "cabe antes de tudo ao legislador privado a tarefa de mediar a aplicação dos direitos fundamentais sobre os particulares" [380], ou seja, cabe ao Poder Legislativo efetuar a ponderação entre os interesses constitucionais em conflito, sendo-lhe outorgada a

[376] STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.* São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p.279.
[377] Ibidem, p.279.
[378] FALAR SOBRE A CÒPIA PRIVADA
[379] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição, 2ª ed.* Coimbra: Almedina, 1998, p. 441.
[380] SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 200.

discricionariedade para acomodar os valores colidentes, de acordo com o contexto social de cada época, o que resultará em leis em conformidade com uma leitura sistemática da Constituição.

Facilmente se presume que a partir da teoria da eficácia indireta dos Direitos Fundamentais aplicada ao tema abordado, pressupõe-se que o direito à educação só pode ser aplicado às relações autorais (entre particulares), a partir da atuação do legislador. Isso representa, que a busca pela concretização do direito fundamental à educação, por meio do acesso às obras intelectuais, só pode ocorrer por meio da criação de uma nova lei, que venha a atualizar a atual LDA adequando-a a nova realidade social e as novas possibilidades e necessidades educacionais.

Nesse sentido, há um movimento acadêmico e social, apoiado inclusive pelo Ministério da Cultura, que vem ganhando cada vez mais força e que por meio de discussões em meio a diversos eventos de nível regional, nacional e até mesmo internacional, busca a alteração da Lei 9.610/98. A partir desses eventos e discussões, elaborou-se um anteprojeto de lei que visa justamente alterar a atual LDA, de modo a inserir aspectos que visem, entre outras coisas, a promover um equilíbrio entre os interesses do autor e da sociedade, inclusive promovendo o direito à educação, nos moldes do constitucionalismo contemporâneo.

Como se pode observar, no âmbito desse movimento que entende necessária a alteração legislativa para que seja possível atender de forma mais ampla os direitos da coletividade amparados, entre outros, também pelo direito fundamental à educação, prepondera o entendimento da possibilidade de eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Convém, no entanto, considerar ainda outra teoria sobre a incidência dos direitos sociais nas relações interprivadas. Assim, por sua vez, Sarlet, se posiciona a favor da incidência direta dos direitos fundamentais no âmbito de todo o direito, de forma genérica, incluindo-se os direitos fundamentais sociais (direitos a prestações), que, portanto vinculam de forma imediata também as relações entre particulares.

Neste sentido Sarlet refere que:

> [...] mesmo os direitos fundamentais a prestações são inequivocadamente autênticos direitos fundamentais, constituindo (justamente em razão disto) direito imediatamente aplicável, nos termos do disposto do art. 5º, § 1º, da nossa Constituição. A exemplo das demais normas constitucionais e independentemente de sua forma de positivação, os direitos fundamentais prestacionais, por menor que seja a sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo, na medida desta aptidão, diretamente aplicáveis, aplicando-se-lhes (com muito mais razão) a regra geral, já referida, no sentido de que inexiste norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade.[381]

Para o autor, a incidência horizontal dos direitos fundamentais sociais mostra-se mais relevante ainda quando há a conexão de tais direitos com o mínimo existencial, como é o caso do direito à educação, asseverando que se esta vinculação dos direitos fundamentais "já é possível até mesmo fora das do âmbito do que tem sido considerado como mínimo existencial [...], o que não dizer quando estiverem em causa prestações indispensáveis à satisfação das condições mínimas de uma vida com dignidade"[382]. Percebe-se aqui também a influência do princípio da dignidade da pessoa humana, princípio norteador da Constituição pátria.

Nesta perspectiva, pode-se entender que os direitos prestacionais, sobretudo aqueles vinculados ao cumprimento do mínimo existencial e, portanto, incluindo-se o direito fundamental à educação, podem gerar direitos subjetivos definitivos, diretamente vinculantes e exigíveis judicialmente, inclusive contra particulares.

A esse respeito Sarmento ensina que:

> Existe uma série de razões que justifica, hoje, a concepção de que, ao lado do dever primário do Estado, de garantir os direitos sociais, é possível

[381] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.280-281.

[382] SARLET, Ingo Wolfgang. *Mínimo existencial e direito privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico-privadas.*In: SOUZA NETO. C. P.; SARMENTO, D., (Org.). A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 350.

> também visualizar um dever secundário da sociedade de assegurá-los. Em primeiro lugar, por que as relações privadas, que se desenvolvem sob o pálio da Constituição, não estão isentas da incidência dos valores constitucionais, que impõe sua conformação a parâmetros materiais de justiça, nos quais desponta a idéia de solidariedade. Além disto, diante da decantada crise de financiamento do *Walfare State*, que o impede de atender a todas as demandas sociais relevantes, é importante encontrar outros co-responsáveis que – sem exclusão da obrigação primária do Estado – possam contribuir para amenizar o dramático quadro de miséria hoje existente, assumindo tarefas ligadas à garantia de condições mínimas para os excluídos, não já, agora, por caridade ou filantropia, mas no cumprimento de deveres juridicamente exigíveis.[383]

Diante dos posicionamentos apresentados, este último tem ganhado cada vez mais espaço no âmbito pátrio, na esfera doutrinária, e, portanto, é a tese adotada no presente trabalho. Nesse sentido, ao reconhecer a possibilidade da incidência direita dos direitos sociais nas relações privadas, seria possível defender judicialmente o direito ao acesso a obras intelectuais para fins educacionais contra autores e editores, com embasamento direto no direito fundamental à educação.

A partir disso então, pode-se entender que sempre que a lei de direitos autorais servir de empecilho para o acesso à informação para fins educacionais se estará diante de um conflito entre direitos fundamentais. Nessa perspectiva, permite-se segunda a tese da incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, que se aplique diretamente o direito fundamental à educação no caso concreto para resolução do conflito. A solução do caso, consequentemente, ocorrerá por meio da ponderação, através dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Isso significa que, numa situação fática específica, em que se utiliza de um bem intelectual para fins educacionais, como por exemplo, a reprodução de um texto para ser trabalhado em aula, ou a utilização de uma música para o mesmo fim, caso ocorra algum óbice quanto a esta utilização, é possível a invocação direta do direito fundamental à educação contra, por exemplo, o autor ou editor que tenta barrar aquela utilização que tem fins estritamente didáticos.

Nessa perspectiva, sempre que a LDA servir de obstáculo ao direito à educação pode-se forçar uma releitura de tal marco legal a partir da Constituição. Permitindo-se assim, na busca pelo estabelecimento de um equilíbrio de interesses, a incidência do direito à educação diretamente na relação entre o usuário da obra intelectual e o autor (editor).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito de autor, assim como os demais institutos de direito privado, nasce e deve funcionar, contemporaneamente, ligado umbilicalmente à Constituição e a seus princípios constitucionais, muito especialmente à dignidade da pessoa humana, não mais atribuindo aos seus titulares direito absoluto.

Todavia, ao se considerar a realidade social e consequentemente educacional contemporânea, verifica-se que o direito individual do autor e sua proteção jurídica estabelecida pela lei 9.610/98, serve de obstáculo para concretização de direitos fundamentais da coletividade, muito especialmente o direito à educação.

Nessa perspectiva, em que se observa um conflito entre interesses individuais e interesses coletivos, deve haver uma ponderação entre os direitos em jogo, afim de se estabelecer uma situação de equilíbrio e harmonização entre os valores colidentes, ou seja, busca-se a proteção do direito do autor, contudo de tal forma que não obste o acesso a informação e ao conhecimento, pressupostos para a concretização do direito fundamental à educação

Assim, para que se alcance o equilíbrio referido, torna-se necessário a incidência do direito fundamental à educação, historicamente oponível somente contra o Estado, também nas relações interprivadas, ou seja, nas relações autorais, que como visto pode ocorrer de forma direta, por meio do judiciário ou indireta, por intermédio do legislador.

[383] SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 295

Nessa perspectiva, no âmbito pátrio, frente a uma certa resistência ainda encontrada, na prática, para a aplicação direita dos direitos fundamentais nas relações privadas, especialmente dos direitos sociais, decorre que talvez a melhor alternativa para fins de amenizar o conflito de interesses, e buscar uma maior concretização do direito fundamental à educação seria a modificação e consequente atualização da LDA, como forma de aplicação indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Portanto, nesse contexto, mostra-se de grande relevância o anteprojeto de lei elaborado pelo Ministério da Cultura e sociedade acadêmica, de forma a permitir, por meio da incidência indireta dos direitos fundamentais, entre eles o direito à educação, um melhor convívio dos interesses públicos e privados que envolvem os direitos autorais, além de adequar a legislação às situações promovidas pelo ambiente digital e demais tecnologias surgidas recentemente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BRANCO, Sérgio. Direito à educação, novas tecnologias e limites da lei de direitos autorais. Disponível em: <www.culturalivre.org.br/artigos/direito_educacao_novas_ tecnologias.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição, 2ª ed.* Coimbra: Almedina, 1998.

GARCIA, Maria. A Nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. In: Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política nº23.

HAMMES, Bruno Jorge. O direito de propriedade intelectual: subsídios para o ensino. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1998.

GUERREIROS JUNIOR, Nehemias. O direito autoral no show bussiness: tudo o que você precisa saber. 3. ed. Rio de Janeiro: Gryphus, 2005.

GUERRA. S; EMERIQUE, L. M. B. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VII, Nº 9 - Dezembro de 2006.

RODRIGUES, Maria de Lurdes. Análise das condições sociais do desenvolvimento da sociedade da informação. Disponível em: <http://www.ricyt.org/interior/normali zacion/VItaller/S4_Soc/rodriguesdoc.pdf>. Acesso em: 08 mai. 2009.

ROVER, Aires Jose. Os paradoxos de proteção à propriedade intelectual. Disponível em:http://info.jur.ufsc.br/aires/arquivos/jurua-20omar%20paradoxos %20propriedade%20intelectual%20internet.pdf. Acesso em: 22 abr. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

_____. *Mínimo existencial e direito privado: apontamentos sobre algumas dimensões da possível eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito das relações jurídico-privadas.*In: SOUZA NETO. C. P.; SARMENTO, D., (Org.). A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.* São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

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.

WACHOWICZ, Marcos. Direito fundamental do autor: tensão constitucional entre a propriedade intelectual e o direito à liberdade de informação dos bens informáticos. Anais do V Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2008.

4.5.2 O Ensino do Direito de Autor como Educação para Justiça

Sandro Roberto dos Santos[384]

RESUMO
O avanço tecnológico dos meios de fixação, comunicação e distribuição de obras intelectuais traz conseqüências em matéria de Direito de Autor à medida que se evidencia a necessidade de atualização de suas normas reguladoras para que se cumpram seus desígnios no âmbito privado e público. No âmbito das relações jurídicas privadas este instituto prima por resguardar ao autor os direitos morais inerentes à criação da obra e patrimoniais decorrentes da sua utilização. Quanto à função social e satisfação do interesse público este instituto deve prever a garantia de acesso a toda a sociedade aos bens culturais tombados pelo domínio público e, principalmente, o acesso à informação e ao conhecimento. Como resultado do desenvolvimento de políticas culturais o Brasil está em processo de revisão e atualização de sua legislação autoral, assim como fez com relação à política de incentivo fiscal à produção de bens culturais. As leis de incentivo à cultura têm ligação direta com o cumprimento dessa função social na medida em que servem de incentivo à produção de novos bens culturais e novos conhecimentos, promovendo o enriquecimento e preservação do patrimônio cultural. Por sua vez a legislação autoral deve viabilizar o acesso a esse patrimônio e o compartilhamento do conhecimento científico produzido a fim de que alcance toda a coletividade, o que é perfeitamente possível diante das grandes possibilidades que a tecnologia oferece e que caracterizam a chamada "sociedade da informação". O presente artigo traz consigo uma reflexão acerca do importante papel do ensino do Direito de Autor na evolução do pensamento ético e promoção da justiça mediante a garantia do interesse público.
PALAVRAS-CHAVE: ENSINO; DIREITO DE AUTOR; INTERESSE PÚBLICO; SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO; JUSTIÇA.

ABSTRACT
The technological advancement of fixings, communication and distribution of intellectual works brings consequences on copyright as it highlights the need to update its regulatory standards to satisfy their designs within private and public. Within this private legal relations institute press by buckled to author the moral rights inherent to the creation of the works and property arising out of your use. Regarding the social function and satisfaction of public interest should provide this institute ensuring access to the entire society to cultural assets by regarding the public domain and, mainly, the access to information and knowledge. As a result of the development of cultural policies in Brazil is in the process of revising and updating its copyright legislation, as well as it did with respect to the policy of tax incentives for the production of cultural goods. The law of incentive to culture have direct connection with the fulfilment of this social role insofar as they serve to encourage the production of new cultural objects and new knowledge, promoting the preservation and enrichment of the cultural heritage. Turn copyright legislation should facilitate access to this heritage and sharing of scientific knowledge produced in order to reach the whole collectivity, which is perfectly possible in the face of great possibilities that technology offers and that characterize the so-called "information society". This article brings a reflection about the important role of teaching of copyright in the evolution of ethical thinking and promotion of justice by ensuring the public interest.
KEYWORDS: EDUCATION; COPYRIGHT; THE PUBLIC INTEREST; INFORMATION SOCIETY; JUSTICE

INTRODUÇÃO

[384] Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC/2003). Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP/2009). Atuação na área de Direito Civil, com ênfase em Propriedade Intelectual, Direito de Autor e Direitos Conexos, Contratos e Ensino Jurídico. Professor do Centro Universitário do Centro-Oeste (UNIDESC) onde leciona a disciplina: "Tópicos de Atualização do Direito (Direito de Autor)".

O tema trazido a lume, à primeira vista, parece ser um tanto quanto amplo. Porém, tomando-se como objeto de análise o desenvolvimento da proteção autoral em harmonia com o interesse público, percebe-se que o reconhecimento dos Direitos Humanos trouxe implicações bem específicas, seja no tocante à proteção dos sujeitos e das obras intelectuais seja na garantia de direitos fundamentais.

As razões que justificam a escolha desse tema são duas, uma de ordem teórica e outra de ordem prática. A razão de ordem teórica refere-se à necessidade de adequação da legislação autoral quanto às necessidades impostas pelo advento da *sociedade da informação*. A de ordem prática advém da importância do ensino do Direito de Autor na evolução do pensamento jurídico crítico e fortalecimento dos direitos e garantias fundamentais ligados ao direito à informação bem como dos preceitos constitucionais relacionados ao direito à educação e cultura.

Para Gustav RADBRÜCH, em uma ordem jurídica de caráter social o direito público e privado não se acham ao lado um do outro, separados por uma fronteira rigorosa.[385] Complementando essa idéia, Carlos Alberto BITTAR assevera que o Direito de Autor, como ramo do Direito Privado, desgarrou-se do seu eixo comum, qual seja, o Direito Civil, a partir da constatação de que rege relações específicas, onde predominam interesses privados e públicos concomitantemente.[386]

A Constituição Federal de 88 promoveu, por assim dizer, uma releitura da dogmática jurídica a partir da afirmação da dignidade da pessoa humana como elemento basilar. Assim, o Direito Constitucional aproximou-se das necessidades sociais, conferindo maior eficácia aos institutos do Direito de Autor.

Neste norte, a elevação ao plano constitucional dos princípios da proteção autoral, materializados na função social do Direito de Autor, e a eficácia dos direitos e garantias fundamentais tanto nas relações jurídicas privadas quanto nas questões de interesse público, constituem a essência da leitura civil-constitucional que se faz necessária na abordagem crítica do Direito de Autor.

O presente trabalho foi dividido em três partes. A primeira apresenta as implicações trazidas pelo advento da sociedade da informação no cumprimento da função social do Direito de Autor e garantia dos direitos constitucionais ligados aos direitos à informação, educação e cultura. A segunda apresenta a importância das leis de incentivo à cultura no auxílio ao cumprimento da função social do Direito de Autor. A terceira parte busca apresentar a importância do ensino do Direito de Autor no Brasil como instrumento de educação capaz de promover a evolução do pensamento jurídico e o desenvolvimento de ações que promovam a justiça social mediante a satisfação do interesse público.

1. Direito de Autor e Interesse Público na Sociedade da Informação

A noção e o reconhecimento do sistema de Direitos Humanos influenciaram de maneira fundamental o desenvolvimento da proteção autoral. Em defesa do ser 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"[387].

Assim como a tutela dos direitos morais de autor representam o fundamento ético da proteção autoral, a difusão do conhecimento histórico, artístico e científico para toda a sociedade representa a função social a que o Direito de Autor deve cumprir. O desígnio da proteção autoral em matéria de interesse público tem ligação direta com a garantia do acesso à informação, aos bens culturais e ao conhecimento em geral.

[385] RADBRÜCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução de L. Cabral de Moncada, 6ª ed. Coimbra: Armênio Amado Editora, 1979 p. 256.

[386] BITTAR, Carlos Alberto. **Autonomia científica do direito de autor**. *In:* Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo, nº 63, 1993. p. 38.

[387] 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.

A revolução tecnológica e o advento da rede mundial de computadores, a internet, facilitaram o desenvolvimento da sociedade baseado no conhecimento, na pesquisa de ponta e no acesso à informação.[388] Trata-se da chamada "sociedade da informação",[389] sendo que esta pode ser caracterizada pela informatização e crescente utilização das tecnologias da computação e comunicação destinados a organizar informações e promover a geração de conhecimentos.[390] Nesse sentido a tecnologia expressa a habilidade de uma sociedade para promover o seu próprio desenvolvimento na medida em que organiza e compartilha informações por meio das bases de dados.

Conforme expõe Fabio BARBOSA:

> "O papel do Estado é de fundamental importância na defesa do Direito Autoral, no atual estágio de desenvolvimento da chamada sociedade da informação. Como visto o Estado deve agir, pois a tecnologia expressa a habilidade de uma sociedade para impulsionar o domínio tecnológico por meio das instituições sociais, inclusive o Estado. [...] Trata-se de um grande desafio tanto para o Estado quanto para a sociedade como um todo, vez que a informação e o conhecimento como principais fontes de riqueza dependem da liberdade de acesso que por sua vez esbarra na proteção da propriedade imaterial".[391]

Atualmente a criação de bases de dados contendo informações e obras intelectuais protegidas pelo Direito de Autor implica necessariamente uma violação de direito. O direito à informação confronta com a proteção autoral vez que o conhecimento está protegido pelas leis autorais e sua disponibilização não autorizada constitui um ilícito autoral[392].

Com relação aos elementos que integram a noção jurídica de base de dados WACHOWICZ expõe:

> "A base de dados é definida como arquivos eletrônicos com dados e informações determinados e organizados para facilitar a consulta, possuindo conteúdos variados: dados culturais, jurisprudenciais, comerciais, educacionais, etc.".[393]

A par dessas noções cumpre destacar a função dos acervos bibliográficos digitais na sociedade da informação. Conforme exposto acima a digitalização de obras intelectuais e organização em base de dados encontra restrições impostas pela proteção autoral. Esses acervos cumprem basicamente quatro funções, quais sejam: preservação do patrimônio cultural; difusão da cultura nacional, exercício da liberdade de expressão e de informação e o acesso a obras intelectuais e outros conteúdos.[394]

Assim, considerando a importância dos acervos bibliográficos digitais bem como das bases de dados em geral, torna-se necessário harmonizar os instrumentos de proteção jurídica dessas obras e a garantia da liberdade no acesso a essa informação.

---

[388] WACHOWICZ, Marcos. Revolução tecnológica e propriedade intelectual. *In:* PIMENTA, Eduardo Salles [Coord.]. **Direitos autorais***:* estudos em homenagem a Otávio Afonso dos Santos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 226.

[389] Ao tratar da formação da chamada "sociedade da informação" Marcos WACHOWICZ expõe: "O desenvolvimento das novas tecnologias da comunicação digital conjugado com o recurso a meios informáticos propiciou o surgimento da nova revolução tecnológica e o advento da sociedade da informação. Todos esses avanços técnicos dão base a estruturas globais de sistemas informáticos de comunicação, dentro do processo de globalização". *Ibid.* p. 225.

[390] *Ibid.* p. 241.

[391] BARBOSA, Fabio. **A eficácia do direito autoral face á 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. 423-424.

[392] *Ibid.* p. 424.

[393] WACHOWICZ, Marcos. **A proteção juridical das bases de dados em face da revolução da tecnologia da informação**. *In:* Revista de Direito Autoral, V. II, ano 3. São Paulo: Lúmen Júris, 2005. p. 71.

[394] MEDEIROS, Heloisa. **A função dos acervos digitais na sociedade da informação**. *In:* Boletim do Grupo de Estudos de Direitos Autorais e Sociedade da Informação – GEDAI/UFSC. Volume 3. Edição 1, junho/2010. p. 08.

A ação conjunta entre Estado e sociedade deve ser efetuada por meio do reconhecimento do ambiente virtual ou ciberespaço delimitado pela internet como um fato político, econômico, tecnológico, cultural, social e, principalmente, jurídico, buscando definir limites quanto às liberdades e restrições nesse novo ambiente em que circulam livremente informações e conhecimentos. A busca pela harmonia entre o interesse público e privado deve existir no sentido de uma redefinição dos conceitos e valores da proteção autoral[395].

2. Leis de Incentivo à Cultura e a Função Social do Direito de Autor

No tocante à educação e cultura pode-se dizer que o histórico brasileiro é marcado pelo analfabetismo e consumo de cultura e tecnologia estrangeiras. Nesse sentido, as leis de incentivo à cultura demonstram uma iniciativa do Poder público em reverter esse quadro, que vem sendo, a passos lentos, modificado. Conforme lembra Maurício Cozer DIAS: *"O povo brasileiro possui uma cultura riquíssima, uma criatividade reconhecida em todo mundo, mas, mesmo assim, consome mais cultura estrangeira do que nacional"*[396].

A palavra "mecenas", geradora da derivação "mecenato", que é utilizada atualmente para caracterizar projetos em que se concede incentivo fiscal, tem origem na Roma Antiga. Caius Cilnius Mecenas, ministro do Imperador de Roma realiza, entre 74 a.C e 8 d.C, uma inédita política de relacionamento entre governo e sociedade, sob a justificativa de que é dever público a proteção às diversas formas de arte[397].

A política de incentivos à cultura surgiu no Brasil tardiamente. Ao contrário desse contexto, em 1917, o governo dos Estados Unidos da América adotou uma política pela qual, tanto pessoas físicas quanto jurídicas poderiam abater cem por cento do valor a ser pago no imposto de renda. A partir daí, desenvolveu-se expressivamente naquele país uma política de investimento em cultura conhecida como *tax deduction*.[398]

No Brasil, o investimento em cultura inicia sem qualquer impulso governamental, mas sim, por iniciativa de autênticos mecenas. Franco Zampari e Francisco Matarazzo Sobrinho criaram, entre 1948 e 1949, o Museu de Arte Moderna de São Paulo, o Teatro Brasileiro de Comédia, a Cinemateca brasileira e a Companhia Cinematográfica Vera Cruz. Em 1951 o empresário Cicilio Matarazzo criou a Fundação Bienal de São Paulo e o Museu de Arte Contemporânea, hoje pertencente à Universidade de São Paulo.

Outro exemplo é a criação do Museu de Arte de São Paulo (MASP), por iniciativa de Assis Chateaubriand, nos anos cinqüenta. Porém, há quem diga que o impulso gerado por esses mecenas foi movido mais por vaidade pessoal que por consciência. Conforme assinala Fabio CESNICK: *"A benemerência da alta elite nestas situações é dada muito em troca do prestígio pessoal dentro do alto círculo social*[399]*.*

Somente em 1986 houve a primeira experiência de incentivo fiscal à cultura, com a Lei Sarney, que durou até 1990. Entretanto, em virtude de sua sistemática, que consistia no simples cadastramento do proponente, as fraudes passaram a ser freqüentes. De todo modo, foi a precursora como mecanismo de incentivo fiscal à cultura no Brasil.

O Governo Collor extinguiu todos os organismos culturais. Sem mais contar com esse tipo de financiamento, artistas e produtores passaram a pleitear um mecanismo de incentivo fiscal no município de São Paulo. Como resultado desse movimento, publica-se em 30 de dezembro de 1990 a lei municipal de incentivo à cultura da cidade de São Paulo, conhecida como Lei Mendonça. Em 1991 o Secretário da Cultura da Presidência da República, Sérgio Paulo Rouanet, produz o texto legal que dá base a toda política de incentivos fiscais praticada atualmente. Cria-se a Lei 8.313 de 23 de dezembro de 1991, chamada Lei Rouanet[400].

Segundo Fábio de Sá Cesnik:

[395] BARBOSA, *Op. Cit*. p. 425-426.
[396] 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. 30.
[397] CESNIK, Fábio de Sá. **Guia do incentivo à cultura**. São Paulo: Manole, 2002. p. 01.
[398] *Ibid.* p. 02.
[399] *Ibid.* p. 4.
[400] *Ibid.* p. 03.

> "Os incentivos fiscais são estímulos concedidos pelo governo, na área fiscal, para a viabilização de empreendimentos estratégicos, sejam eles culturais, econômicos ou sociais. Têm ainda a função de melhorar a distribuição de renda regional"[401].

O legislador constitucional ao tratar da proteção ao patrimônio ambiental natural e artificial incluiu, neste último, o patrimônio artístico cultural e histórico[402]. Também determinou que o incentivo fiscal é uma das formas de agir do Estado como agente normativo e regulador da atividade econônima, conforme preceitua o artigo 174 da Constituição Federal de 88.

Assim, a leis de incentivo à cultura constituem importantes vias procedimentais para tutelar o patrimônio cultural. Evidenciam o exercício da função social do Direito de Autor, qual seja: a proteção dos autores e suas obras intelectuais e a promoção do desenvolvimento social mediante a produção e preservação do patrimônio cultural bem como a democratização do acesso à informação e ao conhecimento .

3. O Ensino do Direito de Autor Como Educação Para Justiça

O ensino do Direito foi instituído e se desenvolveu exatamente com a definição do Estado nacional brasileiro. Fruto da política centralizadora de Portugal, a idéia de educação superior demorou a ser posta em prática. Enquanto que a América espanhola contou com o ensino superior desde o início da sua colonização, fundando a primeira Universidade em 1538, o Brasil resumiu-se a contar com as experiências da Companhia de Jesus[403].

Em comparação com outros países latino-americanos, o que se verifica é que em países de colonização espanhola a Universidade foi criada mais facilmente. Fato que comprova essa facilidade é que as colônias espanholas já contavam com dezenove Universidades no momento da independência. O Brasil, por sua vez, ministrava cursos direcionados ao sacerdócio e a estudos de Direito e Medicina a serem realizados em Portugal[404].

O primeiro projeto de criação e implantação do curso de Direito no Brasil foi apresentado durante a Assembléia Constituinte de 1823, após a proclamação da independência. Tal proposta foi posta em prática em 1827, com a Lei que cria o curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Academia de São Paulo e o Curso de Ciências Jurídicas e Sociais de Olinda[405].

No Império o ensino do Direito caracterizou-se por ser totalmente controlado pelo governo central. Esse controle compreendia recursos, currículo, metodologia de ensino e definição dos programas. O jusnaturalismo[406] era a doutrina dominante. Após a proclamação da República, algumas mudanças no currículo são motivadas pela alteração de regime político. O positivismo determina decisivamente uma nova concepção de Direito e seu ensino[407].

Em 1931 a Reforma Francisco Campos deu um caráter mais profissionalizante ao curso de Direito, desdobrando-o em Bacharelado e Doutorado. Os que optavam pelo Bacharelado tinham uma formação técnica do Direito, ao passo que os doutorandos eram preparados para compor os cargos de professores e pesquisadores, dedicados a estudos de alta cultura. O modelo dos estudos de Direito adequava-se antes de tudo a uma sociedade fundada na supremacia de normas genéricas e abstratas,

---

[401] *Ibid.* p. 07.

[402] Artigos 215 e 216 da Constituição Federal de 1988.

[403] WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de história do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 235. Nesse período, quatro eram os graus de ensino: curso elementar, que correspondia ao ensino das primeiras letras, com duração de aproximadamente um ano); de humanidades, com duração de dois anos; de artes, com duração de três anos; e de teologia, que contava com quatro anos de curso. No curso de humanidades, ministrado em latim, ensinava-se gramática, retórica e humanidades. CUNHA, Luiz Antonio. **A universidade tempora***:* o ensino superior da colônia à era Vargas. Rio de Janeiro: F. Alves, 1986. p. 27.

[404] FAVERO, Maria de Lourdes de Albuquerque. **A universidade no Brasil***:* das origens à construção. Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 2000. p. 18.

[405] Conforme leciona Américo Jacobina LACOMBE: *"A formação de juristas não era urgente. A Universidade de Coimbra forneceu-nos bacharéis em Direito em número suficiente [...]. A relação de nossos estadistas, magistrados e professores é toda de bacharéis de Coimbra. Todo Brasil político e intelectal foi formado em Coimbra, único centro formador do mundo português".* LACOMBE, Américo Jacobina. **A cultura jurídica***. In:* HOLANDA, Sergio Buarque de; CAMPOS, Pedro Moacyr. **Historia geral da civilização brasileira**. 4ed. São Paulo: DIFEL, 1985. p. 361.

[406] A doutrina jusnaturalista parte da existência de um Direito universal, revelado ao ser humano pela razão, imbuído de um sentimento natural do justo e do injusto.

[407] A orientação positivista parte da idéia de que o Direito corresponde ao conjunto de todas as normas emanadas pelo Estado.

em que o Direito, confundido com as regras dos códigos, possuía um papel destacado na organização e representação social[408].

O ensino do Direito de autor é assunto recente no Brasil e sua consolidação tem relação com a consolidação da sua autonomia científica. Isso foi resultado da conjugação de vários elementos, como a doutrina, a jurisprudência, as Convenções internacionais e suas respectivas revisões, bem como as sucessivas legislações especiais que trataram do Direito de Autor. Exemplos são: lei autoral alemã (1901), sueca (1919), austríaca (1936), italiana (1941), tcheca (1953), a francesa (1957), mexicana (1963) e a brasileira (1973), revisada pela Lei 9.610/98[409].

O Professor Antonio CHAVES foi o primeiro a ministrar um curso sistematizado de Direito de Autor em uma Universidade brasileira. Seu primeiro contato com a matéria ocorreu em 1948, quando da distribuição do primeiro *Bulletin du Droit d´*Auteur, pela UNESCO. Com a tese *Proteção internacional do Direito de Autor de radiodifusão*, conseguiu obter o grau de livre docente da disciplina Direito Internacional Privado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Tendo conquistado posteriormente a Cátedra de Direito Civil, lecionou sobre a propriedade literária, científica e artística. Com a colaboração de seus ilustres colegas: Miguel Reale e Oscar Barreto Filho, propuseram a criação da disciplina Direito de Autor no curso de Pós-graduação, que passou a ser ministrada a partir de 1971[410].

Alcançada a independência científica e porque não dizer didática, o Direito de Autor vem enfrentando inúmeros desafios, que a constante evolução tecnológica lhe vem impondo. Carlos Alberto BITTAR destaca dentre as questões de maior vulto, a questão da reprodução de obras intelectuais, a "pirataria", a situação dos programas de computador, bases de dados e sua proteção no meio eletrônico, a radiodifusão por satélite, a administração ou gestão coletiva de direitos e a proteção de novas formas de fonogramas[411].

O desenvolvimento da pesquisa e do ensino do Direito de Autor vai permitir resgatar as insuficiências e as lacunas que permeiam este ramo do Direito. Conforme leciona Nébila MEZGHANI: "Quando for reconhecida uma maior importância ao ensino do Direito de Autor, ele adquirirá o lugar que lhe cabe entre as outras disciplinas e cumprirá sua missão social e cultural"[412].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O advento das novas tecnologias e a utilização de obras intelectuais impõe uma importância estratégica da proteção autoral. Um breve retrato da realidade social permite constatar que as idéias individualistas sucumbiram face aos anseios sociais que emergiram como reação às trágicas experiências das últimas guerras mundiais. A Constituição Federal de 1988 expressa, em sua essência, essas novas idéias ao consagrar a dignidade da pessoa humana como fundamento de uma sociedade livre, justa e solidária.

Na senda de "funcionalizações" do Estado Social, 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. Tal função é viabilizada por meio de leis específicas, como as de incentivo fiscal à cultura e a de proteção aos direitos de autor.

Deve-se pensar em Direito de Autor no sentido de se chegar à plena harmonização entre Direito e vida social catalisando a difusão da cultura e promovendo o aperfeiçoamento intelectual dos seres e a integração e desenvolvimento das nações.

A organização e disponibilização de bases de dados e acervos bibliográficos digitais são de extrema importância no cumprimento da função social do direito de autor. A mudança e atualização da legislação autoral brasileira deve ser entendida no contexto das políticas culturais desenvolvidas com o

[408] RODRIGUES, Horácio Wanderlei, JUNQUEIRA, Eliane Botelho. **Ensino do Direito no Brasil: diretrizes curriculares e avaliação das condições de ensino**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p. 19-20.

[409] BITTAR, Carlos Alberto. **Autonomia científica do direito de autor**. *In:* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. v. 89, p. 87-98. jan./dez. 1994. p. 92-94.

[410] CHAVES, Antonio. **Experiência en la ensenanza 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.

[411] BITTAR, 1994, *Op. cit.* p. 97.

[412] MEZGHANI, Nébila. **A situação e os problemas do ensino do Direito de Autor na África**. *In:* Estudos Jurídicos. V. 21. nº 52. São Leopoldo: Editora da Unisinos, 1988. p. 33.

intuito de promover o desenvolvimento e preservação do patrimônio histórico, artístico e científico bem como a garantia dos direitos fundamentais.

Como ferramentas básicas para cumprir uma boa política cultural, as leis de incentivo à cultura e a lei de direitos autorais complementam-se. As primeiras buscam incentivar a produção cultural e a segunda deve garantir que essa produção possa ser ao mesmo tempo protegida e acessada pela coletividade em prol do desenvolvimento. Uma maior importância dada ao ensino do Direito de Autor, ainda recente no Brasil, tem muita valia na conscientização e evolução do pensamento jurídico crítico sobre a proteção autoral e sua função social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Autonomia científica do direito de autor**. *In:* Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. São Paulo, nº 63, 1993. p. 37-44.

CHAVES, Antonio. **Experiência en la ensenanza 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.

CESNIK, Fábio de Sá. **Guia do incentivo à cultura**. São Paulo: Manole, 2002.

COSTA NETTO, José Carlos. **Critérios de reparação em violações de direito autoral**. Tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005.

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.

FAVERO, Maria de Lourdes de Albuquerque. **A universidade no Brasil***:* das origens à construção. Rio de Janeiro: Ed. UERJ, 2000.

LACOMBE, Américo Jacobina. A cultura jurídica. *In:* HOLANDA, Sergio Buarque de; CAMPOS, Pedro Moacyr. **Historia geral da civilização brasileira**. 4ed. São Paulo: DIFEL, 1985.

LOUTFI, Mohamed-Hossam. **O ensino do Direito de Autor no Egito**. *In:* Estudos Jurídicos. V. 20. nº 49. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1987. p. 47-52.

MEDEIROS, Heloisa. **A função dos acervos digitais na sociedade da informação**. *In:* Boletim do Grupo de Estudos de Direitos Autorais e Sociedade da Informação – GEDAI/UFSC. Volume 3. Edição 1, junho/2010. p. 08-10.

MEZGHANI, Nébila. **A situação e os problemas do ensino do Direito de Autor na África**. *In:* Estudos Jurídicos. V. 21. nº 52. São Leopoldo: Editora da Unisinos, 1988. p. 27-33.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei, JUNQUEIRA, Eliane Botelho. **Ensino do Direito no Brasil***:* diretrizes curriculares e avaliação das condições de ensino. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

WACHOWICZ, Marcos. **Revolução tecnológica e propriedade intellectual**. *In:* PIMENTA, Eduardo Salles [Coord.]. Direitos autorais: estudos em homenagem a Otávio Afonso dos Santos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **A proteção juridical das bases de dados em face da revolução da tecnologia da informação**. *In:* Revista de Direito Autoral, V. II, ano 3. São Paulo: Lúmen Júris, 2005. p. 59-83.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de história do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

4.5.3 Aspectos Jurídicos da Obra Intelectual produzida para fins Didáticos e a Sociedade da Informação

Fernando Previdi Motta[413]

RESUMO

O presente trabalho analisa os aspectos jurídicos da obra intelectual, produzida para fins didáticos, no âmbito da Sociedade de Informação. Inicia demonstrando que a legislação autoral procura, ao lado do regime geral, estabelecer regimes especiais que atendam a natureza particular dos diferentes tipos de obras. Discorre sobra a natureza especial da obra intelectual produzida para fins didáticos, sua função e como vem sendo utilizada no âmbito da Sociedade de Informação. Destaca que as obras criadas para fins didáticos não podem se submeter a regras de limitação aos direitos autorais, quando tais limitações busquem tornar o acesso livre exatamente para os fins que motivou a criação da obra. O trabalho apresenta crítica ao anteprojeto de reforma da lei de direitos autorais, atualmente em consulta pública, pelo fato deste propor ampliação do uso livre de obras intelectuais, desde que para fins didáticos, sem levar em conta a natureza da obra produzida justamente para esse fim, o que tornaria tal tipo de obra praticamente sem proteção patrimonial e desprovida de efetivo interesse de exploração econômica. Enfim, analisa se no âmbito da Sociedade de Informação, considerando a amplitude de acesso, capacidade de armazenamento e a disseminação instantânea de conteúdos na internet, o uso privado livre, mesmo que sem fins comerciais, não teria o efeito de aproximar o regime das limitações ao direito de autor, quando permite a reprodução integral, do regime das obras de que integram o domínio público.

PALAVRAS CHAVES: OBRA INTELECTUAL PROTEGIDA; DIREITO AUTORAL; FINS DIDÁTICOS; LIMITAÇÕES; SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO; DOMÍNIO PÚBLICO.

ABSTRACT

El presente trabajo analiza los aspectos jurídicos de la obra intelectual producida con fines didácticos, en el ámbito de la Sociedad de Información. Comienza demostrado que la legislación autoral, busca, junto al régimen general, establecer regímenes especiales que atiendan la naturaleza particular de los diferentes tipos de obras. Analiza la naturaleza especial de la propiedad intelectual protegida, desarrollada con fines didácticos, su función y como está siendo utilizada en el ámbito de la sociedad de Información. Destaca que las obras creadas para fines didácticos no pueden ser sometidas a las reglas de limitación de los derechos de autor, mientras que tal limitación, busque liberar el acceso exactamente para los fines que motivo la creación de la obra. El trabajo, presenta una crítica al ante-proyecto de reforma de la ley de derechos de autor, actualmente en consulta pública, por el hecho de proponer la ampliación del uso libre de las obras intelectuales, para fines didácticos, sin tener en cuenta la naturaleza de la obra producida, justamente para ese fin, lo que tornaría tal tipo de obra, prácticamente sin protección patrimonial y la despojaría de efectivo interés de explotación económica. En fin, se analiza en el ámbito de la Sociedad de Información, considerando la amplitud del acceso y la diseminación de contenidos en la internet, el uso privado libre, incluso sin fines comerciales, no tendría el efecto de aproximar el régimen de las limitaciones del derecho de autor, en cuanto este permite la reproducción integral, al regimen del dominio público.

KEYWORDS

PROTECCIÓN INTELECTUAL; COPYRIGHT; FINES DIDÁCTICOS; LIMITACIONES, SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN, DOMINIO PÚBLICO.

[413] Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Clássica de Lisboa-Portugal. Professor de Direito Empresarial e da Propriedade Intelectual do Centro Universitário CURITIBA – UNICURITIBA. Advogado empresarial em Curitiba.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca trazer contribuição para o desenvolvimento e aprimoramento da legislação brasileira que trata do Direito Autoral, sistema normativo que até hoje segue de perto a estrutura traçada pela Convenção de Berna[414], pactuada fora do âmbito da Sociedade de Informação e, por desconhecê-la, alheia às suas especificidades.

Foi, ainda, elaborado com a finalidade de servir de instrumento para aprimorar os debates doutrinários dedicados à análise do Direito de Autor, às questões relacionadas à Sociedade da Informação e ao Domínio Público, em especial para evento promovido pelo Grupo de Estudos sobre Direitos Autorais e Informação da Universidade Federal de Santa Catarina (GEDAI-UFSC).

O problema posto em causa procura destacar, no caso especial das obras produzidas para fins didáticos, a necessidade de observância, por parte da norma, das características especiais de cada uma das diversas criações intelectuais, principalmente quando de seu enquadramento, sem ressalvas, ao regime geral das limitações ao direito do autor. Frisa ainda a necessidade de não subestimar os efeitos de disseminação de conteúdos, potencializados pela internet.

Neste sentido, a partir do exposto, reforça-se a importância e relevância de investigar a deficiência de submetermos diferentes obras intelectuais a um regime comum, sendo necessário contarmos com dispositivos que realmente protejam de forma eficiente os autores das mais diversas artes.

Finalmente, o presente estudo procura analisar se, modernamente, o uso da internet não aproxima o regime de proteção das obras colocadas em rede, especialmente na existência de limitação aos direitos autorais, do regime da obra que caiu em domínio público.

1. Os Regimes Especiais da Lei de Direito Autoral

A estrutura jurídica do direito autoral está fundada na obra, não existe direito de autor sem obra e, por este motivo, seu estudo detalhado é obrigação que se impõe.

Contudo, as criações de espírito dão lugar a obras das mais variadas naturezas, o que exige deste ramo do direito uma individualização das obras segundo categorias próprias a que pertencem. Não é tarefa fácil, uma vez que as diversas espécies de obras, embora possam ser classificadas em grupos, conforme se assemelhem segundo determinado critério, muitas vezes apresentam diferenças inerentes ao seu tipo.

Com efeito, revela-se difícil a existência de um regime comum absolutamente idêntico a ser aplicado a todas as obras incluídas em determinadas classificações.

Neste tema, a lei dos direitos autorais estabelece regimes especiais que decorrem da natureza especial da obra, fixando regras que levam em conta, em relação à utilização normal, as particularidades de cada categoria de obra. Assim a lei traz normas especiais quando trata da obra arquitetônica, da obra de artes plásticas, da obra fotográfica, da obra cinematográfica, da obra musical entre outras, porque o regime geral não consegue atender integralmente às vicissitudes reclamadas pelos mais diversos tipos de obras. E nada impede que leis extravagantes estabeleçam "outros regimes especiais, fixados por razões pragmáticas"[415]. Veja-se o caso da lei n. 9.609/98, especialmente elaborada para os programas de computador.

É tema a ser aprofundado, fazendo-se necessário que a norma jurídica permita ao intérprete da lei, especialmente à doutrina, identificar as necessidades das obras atuais e eventualmente criadas, bem como as formas de sua utilização nos diversos meios existentes e que venham a ser inventados, principalmente por conta dos avanços constantes das modernas tecnologias.

Podemos citar exemplos demonstrando que, a par dos regimes especiais, normas do regime geral também devem ser analisadas segundo a natureza da obra em questão, como é o caso do direito de acesso, que não se aplica às obras criadas dentro do ambiente digital, especialmente à obra audiovisual digital, pois neste caso o exemplar não é único nem raro.

[414] Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas (Revisão de Paris, de 1971).
[415] ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral.** Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 400.

Sem falar do impacto das novas tecnologias nas obras clássicas, umas mais outras menos afetadas, mas em todas com sensível influência no regime[416].

2. A Obra Intelectual Produzida Para Fins Didáticos e Sua Função no Âmbito da Sociedade de Informação

As justificações para a proteção das obras intelectuais pelos direitos do exclusivo são de várias ordens, sendo que a estrutura jurídica do direito autoral brasileiro reconhece direitos de natureza patrimonial e extrapatrimonial. Assim, é comum falarmos em funções de recompensa ao autor pela contribuição ao mundo cultural; de reconhecimento à identificação da autoria; de criação de um ambiente produtivo favorável; incentivos à cultura, sem esquecer da função econômica, uma vez que numa sociedade capitalista existe inegável interesse na proteção das criações intelectuais, ante o valor que determinados trabalhos representam, especialmente no âmbito da sociedade de informação, onde há busca incessante pelos conteúdos informacionais.

O fato é que ninguém nega a importância da proteção do direito autoral.

Por outro lado, não são poucos os que enxergam na função social do direito de autor uma necessária *"promoção do desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico, mediante a concessão de um direito exclusivo (...) por um certo prazo, findo o qual a norma cai em domínio público"*[417]. Assim, a extensão do objeto e da duração do direito autoral são fixados nos termos da finalidade social buscada pelo legislador, estando ainda tais fatores condicionados aos ditames do interesse público.

Mas isso não exclui a necessidade de proteção efetiva. Destarte, no mesmo art. 27 da ***Declaração Universal dos Direitos do Homem,*** que proclama que "todo o homem tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de fruir de seus benefícios", o célebre diploma não pestaneja em estabelecer, por outro lado, que "todo o homem tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor".

Dentro desse contexto, objetivamente, necessário analisar três pilares fundamentais para o regime do direito autoral e que não podem ser confundidos: a obra protegida, os limites ao direito de autor e o domínio público.

A lei, ao definir o que merece ou o que não merece proteção trata do objeto do direito de autor. Nesse sentido a norma procura separar as formas de expressão do espírito do indivíduo, que acrescentem algo de novo ao mundo cultural, dotadas de elemento que a tornem pessoal, autêntica e inconfundível, daquilo mais que se revestir de mera informação. E é justamente esse acréscimo pessoal ao conteúdo comum que é levado em conta para a proteção e retribuição ao criador da obra intelectual protegida.

Uma vez existindo obra intelectual protegida, esta possuirá prazo de proteção limitado no tempo, quando tal prazo se esgota, qualquer pessoa poderá livremente explorar a obra. Ao cessar o direito de exclusivo atribuído ao autor, de autorizar o uso de suas obras em troca de remuneração, a obra cai em domínio público, sendo transferida ao acervo cultural da sociedade, de onde o próprio autor retirou o substrato de sua criação.

Por fim, outra coisa são as limitações ao direito de autor, previstas no ordenamento jurídico brasileiro como sendo uma lista *"numerus clausus",* que fixa situações excepcionais em que não é necessário autorização do autor para a utilização de obras protegidas. Tais limitações não podem, entretanto, colocar em causa a essência da lei, que é garantir direito de exclusivo ao autor.

Ocorre que no âmbito das limitações aos direitos de autor encontra-se sempre presente norma relativa ao uso para fins didáticos.

Existem diferentes terminologias para fazer referência à obra para fins didáticos, sempre de forma relacionada à educação, assim, fala-se em obras para "fins educativos", "fins de educação", "fins de estudo", "atividades educativas", entre outras. Tais expressões significam que a

[416] Cfr. WACHOWICZ, Marcos. **A Revolução Tecnológica da Informação – Os Valores Éticos para uma Efetiva Tutela Jurídica dos Bens Intelectuais.** *in* **DIREITO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL.** Curitiba: Juruá, p. 53 e 55-61. Cfr., ainda, PARANAGUÁ, Pedro e BRANCO, Sergio. **Direitos Autorais.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009, pp. 81-95.

[417] CARBONI, Guilherme. **Função Social do Direito de Autor.** Curitiba: Juruá, 2006, p. 97.

obra está diretamente relacionada aos atos necessários para viabilizar o processo ensino-aprendizagem. Ganha a vitrine então o uso privado, puxando a reboque aqueles que defendem que o acesso à educação, informação e cultura implica no acesso amplo às obras para fins didáticos, sem necessidade de remuneração aos titulares. Se uma obra for usada para fins de estudo e ensino, segundo alguns, deveria ser de amplo acesso, o que na prática significa algo muito próximo do uso livre, aproximando-se do regime da obra em domínio público.

A situação agrava-se porque nestes casos existe forte tendência da sociedade, em geral, de posicionar-se favoravelmente à possibilidade de livre utilização de obra intelectual protegida, desde que para fins educacionais ou didáticos, sob o fundamento de que isso seria imprescindível para o desenvolvimento cultural e científico nacional. Mas é preciso certa dose de cuidado na defesa dessa tese. Não é demais lembrar que não há nada mais imprescindível para a dignidade do ser humano do que alimentos e moradia; para a saúde do que os medicamentos e, tudo isso, não faz com que seja regra tal fornecimento no mercado de forma gratuita.

Não obstante nobre fim vislumbrado por parte dos que enxergam dessa forma, a verdade é que a obra didática é tão ou mais importante do que as demais espécies de obras.

Além disso, não se pode confundir os institutos de domínio público e limites aos direitos de autor. A grande questão a ser observada é que existem autores que criam justamente com a função de produzir obras para serem utilizadas exclusivamente para fins didáticos. São obras de geografia, história, português, matemática, das mais diversas ciências e áreas do conhecimento, na pré-escola, no ensino fundamental e superior, além das atividades extraclasse. Tais obras são ferramentas do conhecimento e do ensino; otimizam e facilitam o aprendizado e desenvolvimento intelectual do homem. Dentre outros benefícios, possibilitam ao ser humano desenvolver sua capacidade de relacionar-se com o mundo que o cerca, consolidando o processo sistemático de humanização e construção de sua cidadania. Não há como se pensar na construção do conhecimento sem passar pelo livro, pelo texto literário chegando até a moderna obra audiovisual.

Concluímos, então, que a análise da natureza de determinada obra literária ou artística, para que a norma seja aplicada de forma adequada, exige também olharmos para o outro pólo da relação, ou seja, para a figura do autor. No caso da obra produzida para fins didáticos, esta é elaborada justamente com a finalidade de alcançar aqueles que buscam o estudo e o aprendizado. Não há outra razão nessa obra que não seja alcançar aquele que procura o saber. São obras produzidas e elaboradas exclusivamente para atender ao público que estuda e aprende, ou seja, para tornar o estudo eficiente e não tem serventia fora desses propósitos. Professores, autores e criadores de conteúdo que fazem obras para dirigir e orientar a aprendizagem, na maioria dos casos, são incentivados, buscam remuneração e almejam mercado para suas obras junto aos colégios, faculdades, entre alunos, professores e estudiosos.

E é justamente pelo fato de existirem obras com naturezas diferentes que percebemos a extrema relevância desse reconhecimento por parte do regime jurídico autoral. Afinal de contas, a verdadeira justiça – finalidade da norma – é alcançada quando tratamos desigualmente os desiguais, na exata medida de suas necessidades[418]. Não pode a lei, em regra, outorgar proteção forte aos criadores de um determinado tipo de obra e não fazer com uma ou outra categoria diversa.

Outro fato relevante é o advento da Sociedade da Informação, que corresponde a uma sociedade cujo funcionamento recorre crescentemente a redes digitais de informação, "refere-se a um modo de desenvolvimento social e econômico em que a aquisição, armazenamento, processamento, valorização, transmissão, distribuição e disseminação de informação conducente à criação de conhecimento e à satisfação das necessidades dos cidadãos e das empresas", desempenha um papel central na atividade econômica e na criação de riquezas, caracterizando-se, também, como uma sociedade de mercado[419].

Essa nova sociedade ganha a cada dia milhões de adeptos: basta que a pessoa tenha acesso a um equipamento e possibilidade de conectar-se à internet.

[418] Não obstante possa parecer que a referência é previsível, é atual e oportuno aplicarmos ao tema semelhante raciocínio utilizado por Ruy Barbosa, na célebre obra "Oração aos Moços", quando afirma que "Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.

[419] Cfr. Livro Verde para a Sociedade da Informação, Ministério da Ciência e da Tecnologia de Portugal, disponível em 'http://www.si.mct.pt'.

A obra para fins didáticos, via de regra, prescinde do original e assume a forma de textos literários e imagens, o que faz que se constitua numa obra digitalizável por excelência. Num ambiente marcado pela informação infinita, assumem destaque as ferramentas de seleção e pesquisa, que permitem a localização daquilo que é buscado pelo usuário. Mas os conteúdos protegidos possuem ainda mais valor, servindo de estímulo a empresas que atuam nessa área. Ademais, sendo a cultura, informação e educação bens não escassos, mas de larga fonte, não se justifica a violação dos interesses materiais do autor quando podem tais direitos serem compatibilizados. E mesmo na hipótese de determinada criação alcançar o *"status"* de obra de interesse público, ainda assim tal situação poderia dar ensejo a aplicação de outros institutos, como a oportunidade de desapropriação das faculdades patrimoniais do autor em relação a determinada obra, instituto possível, como qualquer outro bem, desde que muito bem fundamentado[420] ou, ainda, p licenciamento compulsório, atendidos os requisitos próprios, sendo que a excepcionalidade da medida bem como a previsão da justa remuneração teria até mesmo um viés de consagração do criador e não violaria seus interesses materiais.

Cumpre-nos analisar de que forma a lei pode ter sua eficácia garantida diante desse fenômeno, e se conseguiria limitar ou até mesmo evitar o acesso a conteúdos protegidos na Sociedade de Informação.

3. Considerações Sobre o Alcance do Anteprojeto de Reforma da Lei Autoral Em Relação à Obra Intelectual Produzida Para Fins Didáticos

Como já foi visto, a lei autoral brasileira prevê determinadas situações nas quais a utilização de obras intelectuais protegidas dispensa a autorização do autor, desde que para fins didáticos ou de estudo.

A primeira referência trata do consagrado direito de citação, previsto no art. 46, III, LDA, segundo o qual não ofende a lei autoral "a citação em livros, jornais, revistas 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". Não há liberdade de expressão sem o direito de citação, direito esse que também é uma emanação do princípio da liberdade de informação. Outro dispositivo que trata de obra de fim didático é o art. 46, IV, LDA que trata do "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". Trata-se de hipótese que só encontra razão de estar prevista em lei, por conta da sanha protecionista, é uma situação na qual jamais se imaginaria o contrário. Também o art. 46, VI, LDA trata do tema, ao estabelecer que não constitui ofensa à lei autoral 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". Trata-se de hipótese bastante restrita, na qual não se percebe possibilidade de atentar contra os legítimos interesses do autor na exploração econômica de sua obra.

Além dessas previsões legais, podemos incluir a obra para fins didáticos dentro da limitação que consagra o uso livre das obras autorais para a produção de prova judiciária ou administrativa, bem como nos casos de paródias e paráfrases ou de reprodução de pequenos trechos.

O anteprojeto de reforma à Lei de Direitos Autorais, colocado em consulta pública pelo Ministério da Cultura em meados de 2010, apresenta regras fixando limites aos direitos autorais, aplicáveis às criações intelectuais produzidas para fins didáticos, que representam grave golpe na proteção e incentivo aos autores dessas obras.

Segundo o parágrafo único, do art. 46, do referido anteprojeto, não constitui ofensa aos direitos autorais a reprodução, distribuição e comunicação ao público de obras protegidas, dispensando-se, inclusive, a prévia e expressa autorização do titular e a necessidade de remuneração por parte de quem as utiliza, quando essa utilização for para fins educacionais, didáticos, informativos, de pesquisa ou para uso como recurso criativo e, desde que feita na medida justificada para o fim a se atingir, sem prejudicar a exploração normal da obra utilizada e nem causar prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

[420] ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 143.

Tal norma permite, sempre que o uso for privado e para fins educacionais ou didáticos, a livre utilização da obra intelectual, que deixa de ser patrimonialmente protegida nestes casos. Ocorre que no ambiente da Sociedade da Informação, em que as pessoas estão criando o hábito regular de buscar informação na internet, uma regra como essa causaria o drástico efeito de aproximar livros, trabalhos e toda sorte de trabalhos didáticos, do regime da obra que está em domínio público. Se por um lado os direitos morais do autor permaneceriam protegidos, seus direitos patrimoniais seriam altamente prejudicados. Em termos práticos, somos obrigados a concluir que seria muito difícil evitar a disseminação de tais conteúdos na internet, porque a interconexão de computadores em rede permitiria o fácil compartilhamento de arquivos, que inevitavelmente estariam armazenados nos mais diversos tipos de páginas eletrônicas, resultando na integral disponibilização em rede e livre acesso das obras intelectuais criadas para fins didáticos. E de nada adiantaria a vinculação dessa exceção à regra dos três passos, porque na prática o uso da obra, individualmente considerado, dificilmente ultrapassaria a medida justificada do fim a atingir, nem prejudicaria a exploração normal da obra e nem causaria prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores, somente depois a disseminação virtual os efeitos seriam sentidos, quando muito pouca coisa poderia ser evitada.

Outra norma constante no anteprojeto, que padece de grave defeito, é aquela prevista no art. 46, inciso XII, que altera a lei atual, procurando fazer com que não constitua ofensa aos direitos autorais, dispensando-se a autorização do titular e a necessidade de remuneração por parte de quem as utiliza, a reprodução de palestras, conferências e aulas por aqueles a quem elas se dirigem, vedando apenas a publicação de tais conteúdos. Só que a regra, tal como está posta, não limita a reprodução para o uso próprio, como deveria. Sabendo que por reprodução entende-se a cópia de exemplar de obra, incluindo seu armazenamento permanente ou temporário por meios eletrônicos, o destinatário de palestra, conferência ou aula, passa a ter o direito de livre reprodução de tais criações, inclusive podendo postar tais conteúdos na internet o que violaria interesses legítimos não só do titular de direitos autorais sobre a criação, mas direitos de imagem daquele que transmite a informação.

Reprodução tem uma pluralidade de manifestações e trata-se de um termo muito amplo. Não discutindo a confusão terminológica e prática dos conceitos técnicos referentes às faculdades patrimoniais contidas na lei neste momento, o que se nota é que o dispositivo em comento não veda expressamente a comunicação ao público, faculdade que permite a apresentação da obra. O uso privado do conteúdo de aulas e palestras ministradas parece ser a finalidade da lei, ou pelo menos, o razoável nestas hipóteses, mas quando a obra pode ser de qualquer forma comunicada e transmitida a um número indeterminado de pessoas, ultrapassa-se o âmbito privado e atinge-se os direitos patrimoniais do autor. Tamanha a imprecisão da lei nesse sentido que não dificulta interpretação de que a inserção na internet, de aulas e palestras gravadas, seria algo autorizado àqueles a quem se dirigisse.

4. A Obra em Domínio Público e a Obra Incluída Na Internet

Uma vez que a sociedade acolheu a internet como poderoso instrumento de pesquisa e relacionamento social, até por força da eficiência, celeridade, desburocratização e eliminação de barreiras que proporciona, também trouxe à tona questões a serem equacionadas em matéria de direitos do exclusivo. Seria possível evitar que uma obra que é reproduzida na internet, na prática, caia em domínio público ? O texto frio da lei é eficiente para conter esse verdadeiro "tsunami virtual", chamado internet ? Até hoje a tentativa de repressão não trouxe sucesso concreto. Como fazer os usuários da internet entenderem que um conteúdo que chega livremente até seu equipamento, dentro de um ambiente privado, não pode ser acessado sem autorização do titula de direitos sobre a obra ?

Há os que defendam que a multiplicação exponencial da informação via internet é muito difícil, senão impossível de ser evitada. É que a amplitude de acesso, aliada à capacidade de armazenamento quase ilimitada, em *"sites", "blogs"*, *"emails"* e redes sociais, somados ainda à disseminação instantânea, permite a multiplicação exponencial dos conteúdos disponibilizados, fazendo-nos crer que, uma vez a informação tenha ingressado na rede, nunca mais sairá dela. Sem falar dos programas de computador, ferramentas que aumentam e otimizam as formas de compartilhamento da informação.

Da forma como hoje a internet está concebida, não acaba tornando os conteúdos nela inseridos muito próximos daqueles bens que integram o domínio público ? Para ASCENSÃO *"o domínio*

público é a situação normal da obra intelectual. É o espaço de diálogo social livre", "os bens do domínio público são verdadeiramente bens não apropriados, bens livres. Eles podem naturalmente ser disfrutados por todos sem perda nem alteração da natureza. É a lei que os rarifica artificialmente para criar um exclusivo" [421]. E não é isso que tem ocorrido na prática com os conteúdos que são disponibilizados na rede, um obra não acaba podendo ser desfrutada por todos aqueles que acessam a rede ?

Não há dúvidas que a imaterialidade aliada à facilidade de cópia faz com que os bens intelectuais aproximem-se cada vez mais dos bens livres, e isso é potencializado no caso da internet, que possuindo marcante característica de uma super memória, propicia a criação, transmissão e preservação dos conteúdos, trazendo para dentro dela grande parte, se não a totalidade, do mundo cultural e de todo o seu acervo. Ora, na medida em que se permitem limitações aos direitos dos autores, autorizando que uma obra possa ser reproduzida na íntegra, por meio da internet, ocorre uma aproximação potencial da obra ao regime do domínio público, com exceção dos direitos morais, que são preservados, embora nem sempre respeitados. RONALDO LEMOS lembra bem que "é a sociedade que decide fazer com que uma parte desses bens 'não competitivos' não seja tratada como *commons*" e que "com isso, a sociedade cria diversos artifícios que trazem uma *competitividade artificial* a esses bens que não fazem parte da sua natureza" estabelecendo um monopólio legal sobre conteúdos que naturalmente seriam de acesso amplo, sendo que, normas nesse sentido, estabelecem que após determinado prazo, "essas criações voltarão à comunidade de modo livre, tornando-se então *res commune*, como é de sua natureza, compondo então o domínio público"[422].

As fórmulas para evitar que isso ocorra, antes de seu devido tempo e enquanto ainda durarem os direitos de autor, ocupam hoje a preocupação dos estudiosos do tema, no mundo todo. Já são bem conhecidas fórmulas que defendem o reforço das normas que protegem os direitos autorais, tornando-as ainda mais rígidas[423], o que por outro lado, depende também do sucesso dos mecanismos tecnológicos de proteção. Tem os que preconizam a criação de novos modelos de negócios, alternativos aos atuais. Neste âmbito, idéias vão surgindo – sem que estejam imunes a críticas das mais variadas - como o compartilhamento legal, modelo proposto que permitiria o livre intercâmbio de arquivos digitais na internet, desde que sem a finalidade de lucro, sendo que o particular que aderisse a esse sistema pagaria uma taxa junto ao seu provedor de acesso, que seria repassado para uma entidade de gestão coletiva, para que o montante final fosse repartido de acordo com o consumo da obra. Cita-se ainda a gestão de direitos reprográficos, modelo quem que os titulares de obras licenciadas receberiam uma parte do valor arrecadado com os serviços de fotocópia. O domínio público remunerado[424] é outra solução apontada, na medida em que a proteção legal diminuísse, os criadores de sobras objeto de acesso livre deveriam ser de algum modo recompensados. Contudo, sem que tenham sido ainda testadas de forma global, tais soluções despertam inúmeras desconfianças por parte dos céticos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os bens intelectuais não são suscetíveis de apropriação física, apenas a lei pode impor, artificialmente, restrição de uso por parte dos demais indivíduos. De outro vértice, os bens intelectuais não são fornecidos pelo meio ambiente sem a participação humana, dependem de intervenção do homem para que possam ser criados, e de memória para que sejam transmitidos e preservados. Mas marcante característica da internet é também ser uma super memória, que permite o armazenamento de grande parte, se não a totalidade, do mundo cultural e de todo o seu acervo cultural.

Portanto, parece-nos inegável que, atualmente, a grande maioria das obras inseridas na internet acabam, na prática, aproximando-se do regime aplicável às obras que caem em domínio público. Titulares de direitos autorais reclamam que o compartilhamento de arquivos na internet lhes acarreta prejuízos econômicos e desestimula a criação. Do outro lado, particulares defendem que o

[421] ASCENSÃO, José de Oliveira; Patrícia de Carvalho (Coord.) **A Questão do Domínio Público.** *in* **PROPRIEDADE INTELECTUAL.** Curitiba: Juruá, 2008, p. 210.
[422] LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura.** Rio de Janeiro: FGV, 2005, pp. 17-18.
[423] Foi este o modelo seguido pela atual lei autoral brasileira, lei n. 9.610 de 1998.
[424] O "domínio público remunerado" já chegou a ser cogitado no Brasil pela lei autoral anterior, lei n. 5.988 de 1973, visando a constituição de um fundo a ser administrado pelo Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA), mas foi logo revogada.

compartilhamento feito sem fins comerciais trata-se de um uso social já enraizado na Sociedade de Informação, desde que a internet foi concebida.

A norma, se delimitar de forma clara o campo do permitido e o do proibido, conjugada a imprescindíveis dispositivos tecnológicos de segurança, aliada ainda a uma incessante conscientização social de valores, pode se tornar uma saída, desde que minimizados os efeitos prejudiciais trazidos por todo monopólio ditatorial e perpétuo. Os novos modelos de negócios, bem como o aprimoramento da gestão coletiva dos direitos autorais revelam-se ainda mais interessantes para solucionar novos paradigmas do ambiente virtual.

Contudo, até que uma solução satisfatória seja encontrada, uma norma jurídica, embora correta na sua finalidade geral, não pode ser aplicada indiscriminadamente a todos os tipos de obra sem que seja analisado o regime especial a que deve ser submetida a obra específica, por conta de sua própria natureza e, também, por conta dos novos meios de comunicação e reprodução de obras. É o caso das obras produzidas para fins didáticos, que merecem proteção equivalente aos demais tipos de obra, que não possuem idêntico fim e, portanto, podem ser exploradas em outros segmentos.

Verdadeiro avanço na defesa da função social do direito do autor seria a diminuição dos prazos de proteção, não a discriminação de certa categoria de criadores intelectuais, que seriam prejudicados em detrimento dos demais.

Muito se criou na humanidade antes do advento da lei de direitos autorais, não sendo obviamente a proteção a condição *"sine qua non"* da produção intelectual. Mas não há dúvidas que o reconhecimento e a valorização daqueles que criam desenvolve a economia, otimiza e acelera a produção cultural. De qualquer sorte, cabe à sociedade decidir o que proteger e em que medida. Não pode, entretanto, outorgar proteção geral que beneficie apenas certa classe de autores e descuidar que, igual proteção, seja concedida a todos os demais criadores intelectuais, eis que a justificativa e fundamento para a proteção não discrimina as diferentes artes e obras decorrentes, mormente no império da Sociedade de Informação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral.** Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____ **A Questão do Domínio Público.** *in* **PROPRIEDADE INTELECTUAL.** Patrícia de Carvalho (Coord.). Curitiba: Juruá, 2008.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. São Paulo: Casa Editora O Livro, 1921.

CARBONI, Guilherme. **Função Social do Direito de Autor.** Curitiba: Juruá, 2006.

LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e Cultura.** Rio de Janeiro: FGV, 2005.

PARANAGUÁ, Pedro e BRANCO, Sergio. **Direitos Autorais.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

WACHOWICZ, Marcos. **A Revolução Tecnológica da Informação – Os Valores Éticos para uma Efetiva Tutela Jurídica dos Bens Intelectuais.** *in* **DIREITO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL.** Curitiba: Juruá, 2008.

4.5.4 DIREITO DE AUTOR E ACESSO À CULTURA

Cláudia Sousa Leitão[425]

RESUMO

Nas sociedades contemporâneas, marcadas pelos avanços das novas tecnologias da informação e da comunicação, é necessário cada vez mais a formulação de políticas públicas que garantam integrar estoques de conhecimento, no sentido da proteção da diversidade dos conteúdos culturais do planeta, Nesse sentido, a Unesco, através da "Convenção sobre a Proteção da Diversidade dos conteúdos culturais e das expressões artísticas" vem propor um instrumento jurídico que permita um diálogo entre as culturas nessa nova ordem mundial. Se, de um lado, a questão da diversidade atravessa os debates em instituições como a Organização Mundial do Comércio e a Organização Mundial da Propriedade Intelectual, do outro, pode-se constatar que a apropriação monopolista das inovações vêm ameaçando o conceito de diversidade. Se as democracias assumem a garantia da diversidade como seu fundamento, a concentração de renda, de conhecimento e de acesso aos bens e serviços culturais vem produzindo assimetrias perigosas, evidenciando os conflitos em torno do conceito de diversidade. É o que afirma Armand Mattelard, quando destaca o deslizamento de conceitos que produzem um "mercado as palavras" tendente a um alinhamento com as "palavras do mercado". Nosso desafio é refletir sobre os atuais paradoxos provocados entre a cultura e a comunicação, o cidadão e o consumidor, o povo e o público, a partir da resignificação da cultura enquanto "bem público comum", essencial ao conceito de democracia.

Gostaria de trazer para o debate sobre o tema “Direito de Autor e Acesso à Cultura”, quatro preocupações, uma justificativa, duas advertências, uma expectativa e, finalmente, três perguntas. Minha primeira preocupação diz respeito às conflituosas relações entre o Estado e seus papéis de proteger e promover a diversidade cultural. Nas sociedades contemporâneas, a busca excessiva pela diferença acabou provocando o esgotamento da alteridade, a eliminação do Outro. O mais irônico é que o culto à diferença ou, mesmo, o direito à diferença, funcionou como uma forma de exorcismo do Outro, uma dissimulação universalista que legitimou sua superioridade, exatamente por pensar a diferença, ou seja, por definir critérios para estabelecê-la. Em nome de uma compreensão altruísta, o discurso da diferença criou estereótipos, estabeleceu categorias e normatizou comportamentos, com o intuito de absorver todas as formas violentas de alteridade. Para os índios, por exemplo, definiu a demarcação das terras, para os negros, as políticas de quotas raciais, para os imigrantes, as legislações disciplinadoras de suas condutas (LEITÃO: 2009, p.14).

Liberdades são tão ilusórias quanto são os ideais democráticos nelas fundamentados. Ao mesmo tempo, ilusões são estratégias de sobrevivência e produtoras de simulacros. Assim, a ilusão democrática elimina o que não pode ser mediado, articulado, significado, enquanto recicla pulsões e repulsões sociais, simulando conciliações e consensos. Para tanto, pactua significados para o desenvolvimento, atrelando-o à riqueza, ao poder, à solidariedade

[425] Doutora em Sociologia pela Sorbonne, Paris V, professora do Programa de Pós- Graduação em Políticas Públicas e Sociedade da Universidade Estadual do Ceará onde líder o Grupo de Estudos sobre Políticas Públicas e Indústrias Criativas, coordenadora do Curso de Direito da Faculdade Christus.

universal, ao melhor do nosso humanismo. A ilusão democrática é, ainda, produtora de consensos suspeitos, que não se constrangem em refazer a história, em reciclar fatos, transfigurando-os em feitos. Assim, as diferenças acabam por se tornar, ora indiferenças, ora radicalidades. Torno-me indiferente ao Outro quando não permito, na existência do Outro, aquilo que é inegociável ou inconciliável para mim. Por outro lado, as diferenças também suscitam alteridades radicais, ou seja, se o Outro não permite negociar sua diferença, aproximando-se de mim, deve ser exterminado. Dessa forma, o Outro e o Eu vivem uma espécie de estandardização, numa sociedade em que a clonagem é menos uma conquista científica e tecnológica, do que uma representação sugestiva da replicação dos corpos e da domesticação dos espíritos (Id. Ibid. p.16).

Minha segunda preocupação surge de uma outra constatação: se com o avanço das tecnologias o mundo parece estar em todos, nem todos estão no mundo. Podemos observar esse fenômeno sob vários ângulos, Talvez o mais perceptível dos indicadores se refira à (in)capacidade dos países , em uma economia mundializada, de agregar valor aos seus produtos e serviços. Enquanto a demanda mundial por tecnologia vem aumentando em 15% ao ano, a demanda de matérias-primas (das chamadas commodities) não chega aos 3%, com tendência ao declínio. É o que afirma Rivero (RIVERO: 2002, p. 133-134) acerca das chamadas Economias Nacionais Inviáveis (ENIs):

Os países subdesenvolvidos, que representam 75% da humanidade (4,8 bilhões de habitantes), têm apenas 7% dos cientistas e engenheiros do mundo, fazem menos de 2% do investimento mundial em pesquisa e desenvolvimento e produzem apenas 3% do software [...].

Em 1997, o Editorial do New York Times (ROJAS: 2004, p. 17) revelava, por sua vez, a impotência do modelo desenvolvimentista das últimas décadas, referindo-se, especialmente, à América Latina.

Há poucos anos, apesar das advertências de numerosos economistas, políticos na América Latina e Washington afirmavam que o crescimento econômico sozinho ainda cuidaria dos latino-americanos mais pobres. Muitos acreditavam nisso, mas hoje já não o fazem. O crescimento foi demasiado lento e, na América Latina, que tem a maior brecha entre ricos e pobres, os benefícios foram para as mãos principalmente dos ricos. Compram-se telefones celulares em demasia e arroz de forma insuficiente.

A metáfora e o paradoxo, apontados pelo editorial norte-americano entre o arroz e o celular, são absolutamente significativos para o Brasil. Afinal, somos um país de contrastes avassaladores, particularmente no domínio da comunicação. Somos “campeões” no consumo de novas tecnologias mas atrasados na produção das mesmas. Nos municípios brasileiros, por exemplo, observa-se uma relação quase concorrencial e “desleal” das vídeolocadoras com as bibliotecas! (IBGE, 2007).

Minha terceira preocupação vem da constatação de que a expansão econômica e da mídia propiciada pelas indústrias culturais é assimétrica e ameaça a diversidade cultural. Ela gera desigualdades econômicas e, por conseguinte, contribui para a manutenção de desequilíbrios históricos no acesso á comunicação, à informação e ao entretenimento. Desse modo, a exportação dos produtos das indústrias criativas (músicas, telenovelas, filmes), que se dá através da indústria transnacional (o que pode ser exemplificado, por exemplo, pela presença de escritores argentinos, colombianos e chilenos que publicam livros através de editoras de Madri ou Barcelona ou de músicos africanos que gravam cd’s em Paris), é fruto da desterritorialização da cultura e da consequente perda cultural das nacionalidades.

Vale, aqui, destacar um dos grandes paradoxos do consumo cultural planetário: enquanto alguns produtos culturais vendem aos milhares e milhões, fecham-se teatros, cinemas, livrarias, bibliotecas e centros culturais em todos os continentes, fenômeno que contribui para o empobrecimento de nossa diversidade cultural. Ao mesmo tempo, a hegemonia das indústrias culturais proprietárias de redes de telecomunicações, editoras ou dos canais de televisão, em geral, não possuem nenhum compromisso com processos educacionais, produzindo indivíduos alienados e consumidores de produtos culturais de má qualidade.

Minha quarta preocupação nasce da constatação de que a histórica omissão do Estado na formulação de políticas públicas culturais é responsável pelos resultados do diagnóstico desolador sobre a desigualdade de acesso à cultura entre os brasileiros, apresentado pelo Plano Nacional de Cultura (MinC, 2008).dados produzidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística -IBGE (2006) que evidenciam a concentração abissal no acesso aos bens e serviços culturais:

- Apenas 13% dos brasileiros freqüentam cinema alguma vez por ano;
- 92% dos brasileiros nunca freqüentaram museus;
- 93,4% dos brasileiros jamais freqüentaram alguma exposição de arte;
- 78% dos brasileiros nunca assistiram a espetáculo de dança, embora 28,8% saiam para dançar;
- Mais de 90% dos municípios não possuem salas de cinema, teatro, museus e espaços culturais multiuso;
- O brasileiro lê em média 1,8 livros per capita/ano (contra 2,4 na Colômbia e 7 na França, por exemplo);
- 73% dos livros estão concentrados nas mãos de apenas 16% da população;
- O preço médio do livro de leitura corrente é de R$25,00, elevadíssimo, quando se compara com a renda do brasileiro nas classes C/D/E;
- 82% dos brasileiros não possuem computador em casa, e 70% não tem qualquer acesso à internet (nem no trabalho, nem na escola);
- 56,7% da população ocupada na área de cultura não têm carteira assinada ou trabalha por conta própria;
- A média brasileira de despesa mensal com cultura por família é de 4,4% do total de rendimentos, acima da educação (3,5%), não variando em razão da classe social, ocupando a 6ª posição dos gastos mensais da família brasileira.

O suplemento de Cultura da Pesquisa de Informações Básicas Municipais produzidas pelo IBGE (2006, p.97), por exemplo, indica que a maior atividade cultural no Brasil é o artesanato, especificamente, o bordado, que é encontrado em 74,4% dos municípios brasileiros. No entanto, essa riqueza é diretamente proporcional à invisibilidade e à vulnerabilidade dessa atividade no país.

Chego aqui à justificativa, ou melhor, a uma tentativa de compreensão das causas da histórica omissão do Estado na área cultural, ou ainda da fragilidade das políticas públicas de cultura no Brasil. Compreender a fragilidade das políticas culturais implicaria em compreender as vulnerabilidades da própria sociedade brasileira. No campo da política, por exemplo, a atenção dada às políticas públicas federais, estaduais e municipais, na área cultural, foi historicamente insignificante. Embora presentes nos palanques dos candidatos ao legislativo ou ao executivo em nosso país, os discursos sobre cultura não se reverteram, ao longo do tempo, em projetos de lei capazes de garantir políticas voltadas à descentralização, inclusão e democratização dos bens e serviços culturais. Se, no país, já se reconhece a estabilidade de

princípios e diretrizes para uma política econômica, o mesmo não ocorreu no âmbito de uma política cultural. No campo científico, o fenômeno também se repete, constatando-se pouca produção acadêmica, assim como lacunas de natureza teórico-metodológica nas pesquisas produzidas, que, por sua vez, contribuem para a escassa produção de dados necessários à formulação de políticas. No campo artístico, a compreensão acerca da necessidade de formulação das políticas públicas para a cultura, também é incipiente, em função, de um lado, das carências de formação do campo cultural, e, de outro, da grande informalidade do setor.

Vale, ainda, ressaltar que, a ausência de clareza na formulação de diretrizes, que estabeleçam os limites da intervenção do Estado no campo cultural, provocou, em muitos casos, ou um confronto aberto de posições radicalmente antagônicas, levando à paralisia decisória, ou a uma certa tendência a evitar projetos mais ousados, privilegiando-se um grande número de pequenas ações. O resultado dessa relação se traduz na atuação clientelista e assistencialista das agências de fomento cultural, conforme afirmação de Sérgio Miceli (MICELI: 1984, p.9) clientelista, de um lado, por se limitar a atender, de maneira geralmente passiva, às demandas da clientela própria da área artística em geral; assistencialista, de outro, por tratar a cultura como ação filantrópica, como lenitivo ou mera tentativa de neutralização das nossas mazelas e desigualdades sociais.

Por último, na agenda de desenvolvimento nacional, a cultura foi historicamente concebida, ora enquanto ideologia, capaz de contribuir para consolidar regimes políticos, ora enquanto aparato de conhecimentos eruditos, destinado às nossas elites artísticas e acadêmicas. Desse modo, subestimou-se os aspectos econômicos produzidos pelo fenômeno cultural, suas capacidade de ser compreendido enquanto trabalho, ou seja, enquanto instrumento privilegiado de geração e distribuição de renda. O resultado é que a riqueza de nossa diversidade cultural não se traduziu, a partir e através da formulação de políticas públicas, no fomento a uma "economia da cultura" capaz de estimular uma nova dimensão do desenvolvimento para o Brasil.

Vamos, então às duas advertências dessa reflexão: a primeira é a de que necessitamos 'culturalizar' o Direito para que possamos enfrentar e reduzir as desigualdades no acesso à cultura.. Senão, vejamos. Um dos efeitos mais significativos da transformação da propriedade privada em um valor absoluto, que se realiza em si mesmo, é a transfiguração da idéia de liberdade política, cunhada pelos antigos, para o de liberdade econômica, construída pelos modernos. Dessa forma, a ênfase da liberdade moderna recai sobre a livre iniciativa, a liberdade de contratar, assim como de usar, gozar e dispor de seus bens como bem lhe aprouver, além de reivindicá-los de quem injustamente os detenha. O que observamos, portanto, é o deslocamento do espaço público para a economia, o que Hannah Arendt chamaria de "esfera social". Ora, se as questões econômicas passam a orientar as políticas públicas, o sistema jurídico, por sua vez, participa como um legitimador da ordem econômica liberal, mobilizando o aparelho repressor do Estado sempre que propriedades e interesses individuais estiverem ameaçados. (BEDÊ: 2010, p. 57).

A segunda advertência que apresento foi proposta por Marilena Chauí (CHAUÍ: 2007,p.46-47): é a de que para aceitarmos o desafio da democratização da cultura necessitamos inicialmente de uma nova cultura democrática. Para a filósofa, a democracia tem sido reduzida a um regime político dito "eficaz", tornando-se mera protetora das liberdades individuais e perdendo a grandeza de seu fundamento, qual seja, a existência dos contrapoderes sociais, condição necessária para a criação de novos direitos. Por isso, os caminhos para a democracia e a equidade nos países latino-americanos são difíceis, especialmente no Brasil, cuja sociedade é marcada pela desigualdade e pelo autoritarismo. Ao

mesmo tempo, o reconhecimento da diversidade cultural como condição necessária para a democracia é um fenômeno novo. Por isso, para oferecermos conteúdo à palavra democracia, libertando-a de seus estereótipos, necessitaríamos resgatar na noção de cultura mais do que uma simples mercadoria ou um serviço oferecido no livre-comércio. Precisaríamos tratar a cultura como um "bem público comum" (MATTELART: 2005, p.14).

Chego,finalmente, à minha expectativa ou melhor, da minha esperança: acredito que quanto mais avançarmos na chamada 'era do conhecimento' e no maior domínio das novas tecnologias, mais tornaremos inexoráveis as novas exegeses sobre o direito de autor, maiores possibilidades de acesso aos bens e serviços culturais teremos, e, por conseguinte, mais alternativas formularemos para promover a diversidade cultural. Se, para a modernidade, a invenção da imprensa ampliou o espaço da esfera pública, em tempos pós-modernos será o advento do mundo digital o responsável pelos deslizamentos entre as esferas pública e privada. especialmente no que concerne à instituição do copyright e às diferentes concepções de autoria. É inconteste que as abordagens teóricas, assim como as práticas radicais estão em franca tensão nos dias de hoje, ora contendo, ora fomentando o que as novas tecnologias já tornaram irreversíveis. Se, de um lado, surgem tentativas de proibição e criminalização do compartilhamento de arquivos na internet, do outro, o impacto positivo do software livre e das licenças Creative Commons não podem ser menosprezadas.

Enfim, em um mundo marcado pela re-mixagem ou pela recombinação, a idéia de autor assim como a idéia de bem cultural serão necessariamente revistas. Por outro lado, toda a lógica da originalidade moderna dará lugar a novas originalidades nas atuais sociedades das redes e dos rizomas (expressão deleuziana tomada de empréstimo à biologia), sociedades que tenderão a acolher a pluralidade de discursos e a repelir as hegemonias culturais. E isso acontecerá porque as novas tecnologias impactarão cada vez mais, tanto sobre os produtos e serviços culturais, quanto sobre os modos de criação, produção , distribuição e fruição dos mesmos.

Por outro lado, a digitalização dos bens culturais reforçará cada vez mais o caráter imaterial e intangível desses bens, libertando-os dos tradicionais arranjos produtivos da economia tradicional. Enquanto metalinguagem, o digital acabará se constituindo enquanto a linguagem das linguagens contribuindo para um hibridismo cultural que combaterá dogmatismos e imperialismos. Em um mundo marcado pela escassez, o digital promoverá a abundância, a reprodução infinita, o compartilhamento ilimitado, libertando, diferentemente do mundo analógico, os bens culturais de seus suportes. (SILVEIRA: 2010, p. 114-115).

No imaginário prometéico moderno, as representações da inventividade e da criatividade encontraram forte vinculação com o direito de propriedade, diferentemente de outros períodos da história das artes e da cultura. Seja na construção das catedrais góticas medievais, na dramaturgia de Shakespeare, na música de Bach, na produção atual dos mestres brasileiros da cultura tradicional popular ou dos grupos artísticos das periferias das grandes cidades, observamos algo que lhes é comum: são obras que por não serem modernas, são eternas, pois são produzidas, reproduzidas, transmitidas e difundidas a partir de inspirações coletivas e comunitárias.

Os direitos culturais são essencialmente direitos humanos porque garantem a liberdade de ser, de criar, de transformar. A primeira interpretação acerca da cultura na Constituição Brasileira de 1988 a situa no âmbito do permitido: "É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença" (Art. 5º, IX da CF/88). Como se pode perceber, a cultura simboliza uma prerrogativa de

liberdade dos indivíduos, associada que está às atividades vinculadas à criação e à expressão humana (CUNHA FILHO: 2006, p.16).

Por isso, encerro minha exposição com três perguntas. Se a cultura é definida pela Constituição enquanto um atributo da liberdade dos indivíduos, não constituiria um paradoxo, conforme observa Oliveira Ascensão (in CRIBARI: 2006, p.15), que o direito autoral venha se tornando um inimigo, e não um aliado dessa liberdade de criar? Se a lógica da diferença foi historicamente construída pelos mesmos centros que estabeleceram os significados da cultura e os critérios do desenvolvimento, não deveríamos nos perguntar, a que cultura nos referimos e qual desenvolvimento desejamos? Enfim, em nome dos direitos humanos ou dos ideais democráticos, o pensamento jurídico-político moderno construiu garantias de um destino digno para a humanidade, elegendo a liberdade como valor fundamental. Mas, não deveríamos nos indagar sobre qual liberdade estamos nos referindo, ou ainda, por qual liberdade deveríamos lutar?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEDÊ, Fayga Silveira. **Ciberintimidade:** a escrita de si na era digital. Tese de Doutorado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2010.

CHAUÍ, Marilena. **Cultura e Democracia**. Coleção Cultura é o quê?, Salvador, Governo da Bahia, Prefeitura de Salvador, 2007.

CRIBARI, Isabela ET AL**. Produção cultural e Propriedade intelectual**. Recife: Fundação Joaquim Nabuco; Editora Massangana, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Cultura e Democracia na Constituição Federal de 1988.** Rio de Janeiro: Letra Legal, 2006.

MICELI, Sérgio (Org.) **Estado e Cultura no Brasil**. São Paulo: Difel, 1984.

Plano Nacional de Cultura: Diretrizes Gerais, Brasília, Ministério da Cultura/ Câmara dos Deputados, 2008.

BRASIL. Ministério da Cultura. **Caderno "Diretrizes Gerais para o Plano Nacional de Cultura"**. 2. ed. Brasília: Minc, 2008.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Perfil dos municípios brasileiros:** cultura 2006. Rio de Janeiro: IBGE, 2007.

MATTELART, Armand. **Diversidade cultural e mundialização**. São Paulo: Parábola, 2005.

RIVERO, O. de. **O mito do desenvolvimento:** os países inviáveis no século XXI. Petrópolis: Vozes, 2002.

ROJAS, P.A.V. **Desenvolvimento endógeno:** um paradigma para gestão local e regional. Fortaleza: IADH, 2004.

LEITÃO, Cláudia Sousa. **Cultura e municipalização.** Salvador: Secretaria de Cultura, Fundação Pedro Calmon, 2009.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. Direitos Autorais na era digital in **Revista Observatório** Itaú Cultural/OIC. N.9 (jan/abrial 2010). São Paulo, SP: Itaú Cultural, 2010.

4.6 Infrações ao direito autoral

4.6.1 O Dilema do "Pirata" na Obra de Matt Mason e a Indispensável Nova Feição dos Direitos Intelectuais [426]

Luiz Gonzaga Silva Adolfo[427]
Laís Cristina de Souza[428]

Resumo
O presente texto traz uma resenha do livro do autor norte-americano Matt Mason, "*The Pirate's Dilemma: how youth culture is reinventing capitalism*" e tem como objetivo lançar uma provocação aos leitores no que diz respeito à pirataria e às novas tecnologias da Era da Informação: mostrar como elas, atualmente, divergem quanto à aplicabilidade do modelo clássico de Direito Autoral e como se inserem no sistema econômico vigente, talvez transformando, implicitamente, sua estrutura e proposta. O autor evoca, igualmente, a influência da juventude no processo histórico de transformação da sociedade e nos movimentos culturais, contestadores dos modelos até então impostos. O dilema do pirata, que vai sendo desvendado no decorrer de cada página, confirma o contributo de tais manifestações, na raiz de sua essência, para o desenvolvimento de novas formas do pensar na vida em sociedade. Talvez, a imagem do pirata tal qual é pintada atualmente seja uma distorção do que, na realidade, ele represente. Quiçá seja a transgressão a sua forma mais legítima de contestação. A obra está dividida em, basicamente, oito partes, nas quais o autor, de maneira irreverente e loquaz, descreve o modo como as mudanças tecnológicas estão desenvolvendo uma relação de destruição-reconstrução das bases de mercado pelas mãos dos que aqui podem ser chamados de "neopiratas". A proposta do livro traz à luz dos fatos a equação filosófica que envolve o dilema do pirata, a sua postura frente à realidade jurídica que o cerca e o papel da juventude nesse contexto.

Palavras-chave: Direitos Intelectuais; Direito Autoral; pirataria; tecnologia; acesso à informação.

Abstract: In this paper the authors make a review of Matt Mason's book *The Pirate's Dilemma*: *how youth culture is reinventing capitalism*, and intends to introduce a provocation to readers on what concerns to piracy and to new technologies of the Era of Information: how they diverge nowadays, relatively to the applicability of the copyright classical model, and how is their insertion into the economical system in force, maybe implicitly transforming its structure and its proposal. In the same way, the author evokes the influence of youth on the historical process of the transformation of society and on the cultural movements questioning the imposed models. The pirate's dilemma, which is disclosed as each page is read, confirms the contribution of such manifestations in the root of its essence for the development of new ways of thinking life in society. Perhaps the pirate image, as it is shown actually, could be a distortion of what he represents. It can be the infringement of its most genuine form of questioning. The book is basically divided into eight parts; irreverently and talkatively the author describes how technological changes are building a relation of destruction-reconstruction of the market bases by those who can be called "neopirates". Mason's proposal brings to light of facts the philosophical equation which involves the pirate's dilemma, his attitude concerning to the juridical reality surrounding him and the role of youth in this context.

Keywords: Intellectual Property; Copyright; Piracy; Technology; Access to information.

[426] Agradecimentos ao Centro Universitário La Salle – UNILASALLE (Canoas/RS, Brasil), que custeia a participação de ambos os coautores nesta investigação.
[427] Advogado. Doutor em Direito (UNISINOS). Professor dos Cursos de Direito da ULBRA e do UNILASALLE. Professor do Mestrado em Memória Social e Bens Culturais e do Mestrado em Educação do UNILASALLE. Endereço eletrônico: gonzagaadolfo@yahoo.com.br
[428] Acadêmica do Curso de Relações Internacionais e Bolsista de Iniciação Científica do UNILASALLE. Endereço eletrônico: diplolais@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O presente texto traz uma resenha do livro do autor norte-americano Matt Mason, "*The Pirate's Dilemma: how youth culture is reinventing capitalism*" e tem como objetivo lançar uma provocação aos leitores no que diz respeito à pirataria e às novas tecnologias da Era da Informação: mostrar como elas, atualmente, divergem quanto à aplicabilidade do modelo clássico dos Direitos Intelectuais, especialmente, na área dos Direitos Autorais, e como se inserem no sistema econômico vigente, talvez transformando, implicitamente, sua estrutura e proposta.

A mesma realidade postula, de acordo com Manson, um realinhamento dos paradigmas que envolvem a transferência de informação e tecnologia, a proteção das titularidades advindas da doutrina autoralista e a livre fruição das artes e criatividade que hoje correm das ruas para o mercado e vice-versa. Esta última esbarra no conceito de pirataria e apropriação.

A grande caixa de ressonância da conexão dos elementos supracitados que, posteriormente, ou talvez ainda simultaneamente, interferem na harmonia e vida em sociedade é a mídia. A sociedade acredita que a mídia seja reflexo de suas próprias atitudes, porém talvez ocorra o inverso: na realidade, a mídia prega determinados valores, e a sociedade passa a acreditar na imagem que fora criada no seu entorno. O meio vende uma ideia, um estilo de vida. Tentar contestá-lo, hoje em dia, vai além da rebeldia ou de um cabelo moicano ou colorido. Matt Mason busca entender o paradoxo entre os piratas, o ambiente e a transgressão da lei.

1. Resenha do livro *The Pirate's Dilemma: how youth culture is reinventing capitalism*

Na primeira parte, o autor procura encontrar explicação, comparando a raiz da neopirataria com um dos movimentos mais contestadores da Era Contemporânea: o movimento *punk.* Era por meio de atitudes que os *punks* erguiam sua bandeira. Tudo o que era vendido ou tido como padrão deveria ser contestado. Matt Mason lembra Richard Hell, vocalista de uma das bandas da época, chamada *The Voidoids,* o qual explicitou seu sentimento em relação ao mercado do seguinte modo:

> It was a rejection of having who you are imposed on you by corporations who were gonna profit from making you feel insecure about how you look. […] I've just always been very skeptical and suspicious and resentful of people who try to sell you stuff by intimidating you.[429]

A pirataria contesta, de forma escusa ou não, o que é imposto. Talvez algumas vertentes ou atitudes por trás do movimento derivem do que o *punk* chamava *D.Y.S.* (*Do it Yourself*) ou "Faça você mesmo!". Não aceitando o que vem hierarquicamente até o consumidor ou tentando passar, diretamente, a criador, a ideia influencia os neopiratas. Eles acreditam que o meio, ou sistema de Direito vigente, na maioria das vezes, não beneficia os verdadeiros criadores das obras, mas concede vantagens a intermediários que correspondem a grandes corporações. Então, que tal estampar uma frase por meio de um ato?

Talvez, algo de bom tenha restado de movimentos como o "Faça você mesmo!". Mason, até mesmo, lança a ideia do "capitalismo punk" (mais uma grande contradição!). Já que não se consegue ir contra o sistema, utilizá-lo contra si próprio é uma forma de tentar combatê-lo. Mas não se pode esquecer que o "capitalismo punk" continua sendo capitalismo, mesmo que, com uma roupagem moderna e simpática de um sistema já em decadência e que, de maneira dantesca, distorceu o conceito de cultura e acesso, sendo o último atingido concretamente pelas vias do poder aquisitivo.

O "capitalismo punk" foi citado pelo Copresidente da "grande fábrica de sonhos", Disney (2009, p. 8), do seguinte modo:

> I use the term Punk Capitalism to describe the new set of market conditions governing society. It's a society where piracy as the cochair at Disney recently put it, is "Just another business model". A society where the remix

[429] Tradução: Era uma rejeição em ter de aceitar quem você era, pela imposição das corporações, que iriam tirar vantagem em fazer você se sentir inseguro no modo como você parecia. [...] Eu sempre fui muito cético, receoso e ressentido em relação a pessoas que tentam vender coisas intimidando.

> is changing the way production and consumption are structured, rendering the nineteenth-century copyright laws we use obsolete[430].

A pirataria talvez demonstre a ineficácia do sistema vigente, revelando que é possível que o problema possa ser uma oportunidade para a criação de uma alternativa à relação imposta pelo Direito Intelectual clássico, mais conservador, inclusive, porque tem bases vincadas no século XIX.

São milhares os novos sistemas e programas lançados todos os dias que facilitam a reprodução e a cópia de material, mormente de áudio e vídeo. Qualquer pessoa que tenha acesso a essas ferramentas tecnológicas pode, facilmente, reproduzir e distribuir a música nova da semana ou o filme que nem mesmo chegou a estrear nas salas de cinema (Mason, 2009, p.28-29).

Como Mason (2009, p. 15) assinala, as culturas jovens, realmente, incorporam e vêem de antemão um sentimento ainda não reconhecido e, talvez, invisível na sociedade, dando a ele uma identidade. Quando um grande número de pessoas adere a essa nova visão, acontece o que se pode chamar de "*détournment* ideológico":

> The Situationists were a small group of radical artists who, during the 1950's and 1960's, promoted their anarchic, antiestablishment world-view through art, film, graffitti, writing prose, and other way they could think of. Their legacy includes not only a huge influence of punk, but also every modern form of activism, pop culture, and even the corporate marketing they despised. Their specialty was détournment, the act of taking an existing message, subverting its meaning, and turning it into a new one, as a way of rendering the original statement obsolete[431].

Tal como os situacionistas, que subvertem ou remodelam a mensagem, os neopiratas destroem e reconstroem a lógica do sistema econômico no qual estão inseridos. Em vez de se transformarem em expectadores-consumidores do mercado, tornam-se, mediante o desenvolvimento tecnológico, engrenagem de subversão do meio.

Porém, seria essa nova juventude a fonte de uma revolução e crítica ideológica ou mais um instrumento das mídias levado pelas novas tendências? O turbilhão de informações e o mega-marketing, em vez de construírem uma juventude combativa, agregam cada vez mais um número de consumidores que lutam pelo seu direito de consumo, não pelo seu direito de ser e agir. Onde se pode encontrar o bom senso dentro dessa lógica moderna esquizofrênica? O "capitalismo punk" propõe como filosofia o "Faça você mesmo!", a resistência à autoridade e a combinação de altruísmo e interesse próprio.

No segundo capítulo, Mason foca a imagem do pirata como o responsável pela transgressão dos meios midiáticos e busca uma nova definição para ele, perguntando-se quem realmente é o pirata: aquele que vende um DVD pirateado na esquina, o pirata das histórias ou um guardião da liberdade de expressão? O autor chega à conclusão de que são os três e finaliza (p. 36):

> A pirate is essentially anyone who broadcasts or copies someone else's creative property without paying for it or obtaining permission […].[432]

[430] Tradução: Eu uso o termo 'capitalismo punk' para descrever o novo conjunto de condições de mercado que governa a sociedade. É uma sociedade onde a pirataria, como o copresidente da Disney colocou, é 'somente outro modelo de negócios'. Uma sociedade onde o *remix* está mudando o modo no qual a produção e o consumo estão estruturados, fazendo com que as leis do direito autoral do século dezenove se tornem obsoletas.

[431] Tradução: *Os Situacionistas* eram um pequeno grupo de artistas radicais, durante os anos 50 e 60, que promoviam uma visão de mundo anárquica e contra a ordem estabelecida pelo sistema vigente, por meio da arte – cinema, grafite, literatura – e de outras formas que eles poderiam imaginar. O seu legado inclui, não somente uma grande influência do *punk*, mas, igualmente, cada forma moderna de ativismo, *pop culture*, e, até mesmo, marketing empresarial que eles desprezavam. A sua especialidade era o *détournment,* o ato de tomar uma mensagem existente, subverter o seu significado e transformá-la em algo novo, tornando, assim, a mensagem original obsoleta, sem sentido.

[432] Tradução: Um pirata é essencialmente alguém que divulga ou copia a propriedade criativa de outra pessoa sem ter pago ou obtido permissão para tal.

> […] But althought intellectual property rights seem right and piracy seems wrong, the opposite also can be true. One man's copyright terrorist is another's creative freedom fighter: many forms of piracy transform society for the better […].[433]

Um exemplo claro da contribuição pirata pode ser visto na música. O desenvolvimento de vários novos gêneros musicais na Inglaterra, durante os anos 1980 e 1990, deram-se por meio de rádios piratas: nelas, a costura de vários elementos musicais, o *remix* e a releitura trouxeram a inovação que somente o uso das artes sem restrição poderia ocasionar. O artista-pirata permite-se criar sem preocupações e construir arte sobre arte! O *acid house, hard-core, drum'n'bass, U.K. garage, grime e dubstep* saíram diretamente do *underground* e foram difundidos por este meio (p.44).

Os piratas são o termômetro do sistema desde que eles ainda não haviam trocado a navegação dos mares pela da Internet. Mason acredita que, "o fato de um pirata aparecer no mercado é, normalmente, a indicação de que este não está funcionando adequadamente. Quando governos e mercados reconhecem a legitimidade na ação dos piratas, as suas atividades são preservadas em novas leis, criando-se uma nova ordem que serve melhor à sociedade" (p. 66).

Matt Mason continua, no terceiro capitulo, fazendo uma análise da importância do *remix* como arma pirata da releitura do conteúdo artístico disposto na mídia e no mercado. O autor acredita que a remixagem "é um processo consciente usado para inovar e criar" (p. 71). No entanto, artistas lutam para manter a constância e a originalidade de suas obras, ignorando as possibilidades de criação que tenham ocasião de surgir a partir do legado que por eles foi deixado. É importante, aqui, esclarecer que o reconhecimento da autoria é um direito fundamental. Porém, o *remix* não é meramente um plágio, ele vai além do raio de compreensão até hoje proposto pelos Direitos Intelectuais; ele permite que a capacidade artística humana transcenda de alguma forma, questionando falsos axiomas impostos, ampliando ideias, contestando o que é padrão, expandindo e instigando a sensibilidade nas pessoas, a qual, muitas vezes, é adormecida pela mídia e pela arte plastificada. Despertar da letargia sensorial é o primeiro passo para gozar verdadeiramente das artes, e a releitura é um mecanismo que traz consigo a proposta do rever, do reconstruir e do filosofar, independente da ordem desses fatores no processo criativo.

Talvez um *remix* na sociedade seja necessário, pois, até mesmo, o escopo das leis está sendo distorcido pela ditadura mercadológica e pelo consentimento tácito dos governos. Mason afirma categoricamente que os Direitos Intelectuais, que deveriam proteger as obras, hoje podam o processo criativo de novas (p.98):

> Copyright laws have expanded dramatically in the past few years, partly as a defensive reaction to illegal downloading, and partly because of corporations having an increasing influence on political decision making.
> While file-sharing and piracy clearly need to be regulated, copyright laws, like patent laws, are becoming so overbearing they now stifle the creative processes they were initially designed to protect.[434]

A discussão sobre o espaço público e a expressão urbana segue no quarto capítulo. Mason traz à tona a grafitagem. Uma reflexão pode ser extraída desta arte-protesto que saiu direto das ruas e hoje causa polêmica: o grafite é uma forma de expressão ou algo que descaracteriza as cidades? Primeiramente, deve-se fazer uma análise dos porquês e contextos que abarcam o tema. O grafite

[433] Tradução: Mas, apesar de a propriedade intelectual parecer certa e a pirataria, errada, o oposto também pode ser verdade. O terrorista de direitos autorais de um é o guerreiro da liberdade criativa de outro: variadas formas de pirataria transformam a sociedade para o melhor.

[434] Tradução: As leis dos Direitos Autorais expandiram-se dramaticamente nos últimos anos, parte como uma reação defensiva em relação ao *download* ilegal e parte pelo fato de as corporações terem uma influência crescente na tomada de decisão política. Enquanto o compartilhamento de arquivos e a pirataria precisam claramente ser regulados, as leis de Direito Autoral , assim como as patentes, estão se tornando tão imperativas que agora elas podam o processo criativo do objeto para o qual foram, inicialmente, designadas a proteger.

lembra, todos os dias, que há uma (ou mais!) realidade paralela. É uma forma legítima de expressão. Ele incomoda algumas pessoas, pois está mergulhado no espaço coletivo e é como se violasse o direito de as pessoas terem a cidade "limpa". Talvez elas não compreendam o protesto contido na arte nem a vivência expressa pelas mãos do desenhista! Esse é o ponto! O grafite mexe com a ordem pública, é uma provocação estampada no espaço dividido por todos, dizendo que há uma "outra" cidade. Da mesma forma que as pessoas têm o direito de ver a cidade livre de grafite, também têm o direito de expressar, por meio de sua criação, as suas impressões sobre o sistema, desenvolvendo pura e simplesmente suas aptidões artísticas.

O que o grafite e a pirataria têm em comum? Ambos são formas de contestação do sistema. O grafite imprime por meio da arte de rua suas impressões sobre a realidade socioeconômica, e a pirataria contesta, criando sistemas paralelos, alternativos às leis de mercado vigentes. No entanto, se se analisasse o grafite pela lógica da ordem e limpeza, dever-se-ia condenar igualmente a publicidade que suja as ruas, o lixo acumulado em épocas de campanhas, *etc*. A sociedade utiliza, muitas vezes, "dois pesos e duas medidas" nos seus julgamentos em relação ao que lhe é conveniente e ao que lhe parece "desvirtuante".

Mason exemplifica a influência e luta pelo espaço público com as palavras de um famoso grafiteiro de Nova York. O grafite compete também com a publicidade. Lá, além de unir jovens das mais variadas origens, sejam elas etnoculturais ou sociais, permite-lhes expressar a realidade, as suas vidas nas paredes, nas partes mais arteriais da cidade, a serem vistas e lembradas pelos milhões de passantes levados pelo fluxo urbano (p. 114): "New York is the biggest melting pot on the planet and we had the baddest gallery known in the world: the transit system, the city's blood system. We hit the blood system first. We were the so-called cancer."[435]

Para finalizar o capítulo, Mason faz um paralelo entre o espaço público real e o virtual, formulando algumas indagações: se o presente já nos força a uma reflexão no que tange à convivência e à divergência de ideias, como o exemplo do grafite, o que o futuro nos reserva em relação à disputa em um espaço virtual? Como regular os usos e abusos dentro do mundo da Internet e da tecnologia, onde a cópia, a apropriação de obras e a pirataria circulam livremente?

As fronteiras tornar-se-ão meros traçados nos mapas, sendo barradas pelas novas possibilidades e ambições?

Derrubar fronteiras. É o assunto que transcorre nas linhas da quinta parte do livro. A superação de limites – ideológicos, filosóficos ou jurídicos – e o uso sábio da liberdade para o bem comum é, de fato, a cerne do dilema do pirata. O autor, ilustrando por meio de histórias cada peça do quebra-cabeça que compõe este enigma, demonstra que cada momento histórico que contribuiu para uma inovação na vida em sociedade traz uma mensagem sobre o "saber partilhar". A sociedade do privado olvidou-se da partilha e do coletivo, e isso invade até um mundo tão livre quanto o das artes. Mason afirma:

> Each story in this book is about boundaries coming down. Punk democratized the means of production. Pirates ignored old restrictions on new ideas. We have seen how useful the remix can be, and how grafitti artists reclaim public spaces from private interests. All of these ideas are about sharing and using information in new ways.[436]

No entanto, ele alerta para o lado negativo da transgressão: quando o "novo" tem sua ideia subvertida e jogada contra seu próprio eixo, voltando a conservar os moldes ultrapassados, beneficiadores das elites. É quando os movimentos contestadores, por exemplo, passam da vanguarda ao vulgar, e o seu sentido maior perde a força:

[435] Tradução: Nova Iorque é a maior colcha de retalhos do planeta e nos temos a galeria de arte mais descolada conhecida no mundo: o sistema de trânsito, o sistema sanguíneo da cidade. Nós atingimos o sistema sanguíneo primeiro. Nós somos o tão conhecido câncer.

[436] Tradução: Cada história neste livro é sobre fronteiras caindo abaixo. Punk democratizou os meios de produção. Os piratas ignoraram as antigas restrições em novas ideias. Nós vimos quão útil pode ser o remix e como artistas do grafite reivindicam espaços públicos de interesse privado. Todas essas ideias são sobre compartilhar e usar a informação de novas maneiras.

> But each story in this book hás another side to it. As quickly as society figures out new ways to share ideas that advance the commom good, private interests move in to stop this from happening, to maintain the old systems that benefit only the elite. This has happened throughout history.[437]

Menos cercas, vizinhos melhores é, talvez, o que Mason acredite ser o mais adequado meio para a vida em uma grande comunidade que só tende a aumentar com a tecnologia, a Internet e o computador. Ou será que nos prenderemos mais às máquinas e menos aos seres que estão por trás delas?

De qualquer modo, é fato que o próprio computador foi fruto de uma transgressão. A contracultura dos fins dos anos 1960 e dos anos 1970 contribuiu para a realização deste intento. A nova invenção era uma recriação das máquinas usadas na guerra, era um protesto em relação ao sistema. O computador pessoal beneficiaria o social, não se destinava apenas a meros interesses de Estado.

O "Faça você mesmo" *punk* impulsionou aqueles jovens de Palo Alto a tentarem trazer algo inovador! Se não fosse a contracultura e a contestação do movimento *hippie* com seus ideais psicodélicos e sociais a respeito da superação da capacidade humana, talvez aqueles jovens não se tivessem motivado. Atrever-se requer coragem, não imprudência. E eles foram corajosos, sonharam juntos e tornaram o sonho realidade enquanto o poder não os corrompeu.

É possível que hoje se pergunte: e a inclusão digital? Por que se paga tão caro para obter *softwares* criados por aqueles jovens antes tão transgressores? Nem todos têm condições de acessar tais tecnologias. Onde foram parar tão fortes ideais? Talvez, na mesma caixa hermética onde as ideologias obsoletas foram subordinadas: seu eixo agora trabalhando contra si próprio. Velha armadilha do mercado!

A informação e a *open source culture* poderiam contribuir para o balanço do poder entre governo, mercado e povo. Cada vez que se deixa a possibilidade de mudança na sociedade passar, mais o revigoramento do comportamento em comunidade e inovação irá parecer distante e extremo. O diálogo é imprescindível e tem de ser genuíno e autêntico para funcionar e trazer equilíbrio. O movimento pró-software livre pode ser um resquício daquela época e afirmação de que aquele sonho ainda não acabou. E Mason afirma: "As organizations and systems become more open and transparent, as the balance of Power between consumers and producers is leveled as we become more connected, another important idea is gaining traction".[438]

O sexto capítulo fala sobre como a linguagem vinda dos movimentos *underground,* mais propriamente o *hip-hop,* pode influenciar milhões de jovens ao redor do mundo e ser um grande agente social. Por quê? Esse tipo de arte, de modo especial a musical, dialoga diretamente com os seus ouvintes e faz com que pessoas de diferentes regiões ao redor do mundo partilhem das mesmas experiências.

Ainda que hoje, infelizmente, como em muitas manifestações musicais e culturais, o movimento tenha passado pela "panela de pressão" das grandes gravadoras e da mídia, tornando-se comercial e promovendo ideias muito distintas daquelas antes expressas na raiz de sua criação, a sua linguagem simples e direta continua permitindo que se criem diálogos entre seus adeptos. O *hip-hop*, apesar de carregado de cultura norte-americana, foi facilmente adaptado à realidade de outros costumes locais. O próprio ex-secretário geral da ONU, Kofi Annan, reconheceu o movimento, acreditando que ele podia ser usado como meio de comunicação entre os governos, os músicos e os jovens em rede mundial. Mason tem convicção de que, se os músicos que trocaram as letras críticas por temas superficiais utilizassem esse poderoso mecanismo para passar uma mensagem positiva a jovens com problemas e sem autoestima, talvez o *hip-hop* cumprisse seu papel social.

[437] Tradução: Mas cada história neste livro tem outro lado. Tão rápido a sociedade descobre novos meios para compartilhar ideias que avançam para o bem comum, os interesses privados se movem para impedir que isso aconteça, para manter os velhos sistemas que beneficiam somente a elite. Isso tem acontecido no curso da história.

[438] Tradução: Como as organizações e os sistemas se tornam mais abertos e transparentes, como o equilíbrio de poder entre consumidores e produtores é nivelado, quando estamos mais conectados, outra ideia importante está ganhando força.

É verdade que vários movimentos perderam sua força de contestação e expressão quando a mídia tratou de lhes pôr uma roupagem mais simples com propostas mais facilmente digeríveis para um grande público (grande massa!). O conservadorismo ganhou duas vezes: economicamente, com a exploração da música e da imagem dos movimentos que distorceu e, ideologicamente, tratando de banalizar as aspirações filosóficas da juventude combativa que o desenvolveu.

A presença do *hip-hop* no mundo inteiro poderia trazer, por meio de sua proposta, harmonia social; mas, no meio do caminho, sua intenção tomou, forçosamente, outro curso. Tal como a pirataria, que tem uma frase de protesto calada, as portas da percepção do movimento permaneceram fechadas para aqueles que somente seguem o fluxo óbvio da assimilação e do comodismo.

Contracultura, juventude, rebeldia, percepção... O sonho acabou? Por que parece que a voz de mudança e a juventude combativa e romântica de ontem, hoje soam como anedota? O apelo visual substituiu a essência. Os movimentos e manifestações aparecem somente nos livros e como inspiração de modismos. A sétima parte do livro traz um pouco da nostalgia dos tempos em que a juventude se engajava e lutava por causas maiores e verdadeiras. Os simbolismos, o comportamento e o visual eram formas legítimas de expressão de toda uma época, não mero produto *fashionista* e vazio.

A juventude, hoje, tem as armas que os jovens de outrora sonhariam possuir. Um "exército" pode ser construído pelas vias que a Internet, por exemplo, proporciona. O ciberativismo é um exemplo. Mason crê que, talvez, esses movimentos não tenham morrido, mas que tenham sido substituídos por novas formas de expressão, como os *flashmobs,* que são ações e encontros de pessoas combinados por determinados meios de comunicação, como, por exemplo, o *e-mail* e *sites* de relacionamento.

Em tempos nos quais tudo parece tão instantâneo e descartável, pode ser que algo na cena mais profunda do *underground* esteja sofrendo constante evolução. Mason chama a atenção para o que ele mesmo qualifica como nanocultura, micromanifestações culturais que estão constantemente mudando, renovando-se e subdividindo-se. Se antes não se tinha opção, hoje elas existem em quantidade e das mais variadas formas.

Fazendo-se uma breve digressão paralela ao pensamento do autor, pode-se questionar se a quantidade de opções aqui possui mais valor do que a qualidade. Tome-se como exemplo a música, já que ela é um canal importante de comunicação ligado ao universo jovem. Apesar de a tecnologia ter permitido que muitos estilos musicais surgissem, o presente talvez careça mais de essência no que tange ao processo criativo dos artistas. Ainda que se saiba que a mídia só evidencia, na sua maioria, músicas de fácil audição e com forte apelo estético (Sim! Estamos na era no vídeo clipe!) e que há muito talento achando seu espaço somente no cenário alternativo, a visceralidade, a entrega e a transcendência pela música e a arte é tristemente deixada em último plano, em detrimento do fator visual, pois este é o mais valorizado.

É tudo tão rápido que a novidade de agora torna-se obsoleta no próximo clique. Por que desperdiçar tempo com algo que logo será substituído? A fugacidade dos novos tempos não pode deixar que a arte seja abreviada e não degustada até o seu sentido máximo ser alcançado.

Mas, retornando ao ponto-chave do livro, onde o dilema do pirata se encaixa? Quiçá, ele se fixe no fato de que, por mais que se contestem certos rumos que o futuro reserva e que também se fique feliz pelas oportunidades e inovação do mundo moderno, a evolução é constante e iminente. A Era da Informação tem dois lados: o positivo e o negativo. Pode-se nadar eternamente na superfície, ou utilizar a tecnologia de maneira que ela traga melhorias à vida em comunidade.

O jogo mudou. Essa é a frase com que Matt Mason inicia a última parte da sua obra. Lições vindas das contraculturas sobre mercado, mídia e manipulação foram legadas à juventude contemporânea, e a Era da Informação proporciona meios para que a distância entre a contestação e a mudança encurte. Isso talvez signifique que o dilema do pirata não esteja tão longe de ser resolvido. Mason tenta solucionar essa equação com o que os economistas chamam de Teoria do Jogo e o dilema do prisioneiro.

De maneira resumida, o jogo conclui que a maioria do jogadores age por interesse próprio e que tal modelo poderia ser comparado ao *modus operandi* da sociedade atual. No entanto, o autor acredita que há algo de inverdade na teoria. Nem todos agem por interesse próprio e, se o mercado, os governos e a estrutura de poder mundial assim enxergam a sociedade, estão cometendo um erro crasso. Sempre haverá pessoas que, além do interesse próprio, visualizam, no interesse coletivo, uma forma de satisfazer seus anseios. A palavra-chave chama-se cooperação; talvez compreensão e tolerância caibam igualmente.

É nesse nicho entre a realidade e a imposição destas inverdades sobre a sociedade que os piratas entram. Os piratas se fazem presentes, pois o hiperindivisdualismo das leis de mercado força o surgimento de alternativas. Quando as oportunidades são poucas e beneficiadoras de uma minoria, sempre surgirá um "pirata" que trará uma alternativa para preencher a lacuna existente, conquistando seu espaço, apresentando opções para os que delas carecem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O dilema do pirata é uma realidade que ficará cada vez mais expressiva na Era da Informação, em que as possibilidades de cópia, criação e inovação entram em confluência com regras injustas de mercado, criando um nicho a ser preenchido. E quem tomará esse papel para si é o "pirata". Se o sistema econômico e jurídico não avançar juntamente às evoluções tecnológicas, a engrenagem que move a sociedade irá atrofiar-se e, em vez de se avançar como humanidade, estar-se-á involuindo. Se se temer o novo, esse medo abrirá espaço para mais injustiça e insatisfação.

A chave do dilema, de acordo com o autor, está em incluir o pirata no mercado, em vez de tentar combatê-lo. Com as palavras do próprio Mason, a chave é "Agir como um pirata – tirando valor do mercado, ou criando novos espaços fora do mesmo e os devolvendo à comunidade, independente se é um software livre ou uma versão barata do tênis Starbury – é uma grande maneira de servir o interesse público e uma grande forma de fazer uma conexão autêntica com uma nova audiência". É preciso aprender logo a resolver o dilema do pirata (sem discutir aqui, por questões de espaço e conveniência, se todo aquele que acessa obras pode ser considerado "pirata", como, muitas vezes, indevidamente, se sustenta), a fim de que a busca pela justiça e igualdade não pereça entre sonhos e aspirações.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

MASON, Matt. *The Pirate's Dilemma*: how youth culture is reinventig capitalism. New York: Free Press, 2009.

4.6.2 Tendências do Direito de Propriedade Intelectual

Michael Cesar Silva[439]
Roberto Pôrto Henrique Nogueira[440]
Sávio de Aguiar Soares[441]

Sumário: 1 Considerações iniciais 2 Hibridismo e obras multimídias 3 Interoperabilidade 4 Pirataria e mecanismos técnicos e jurídicos de proteção 5 Considerações finais 6 Referências.

Resumo: O presente trabalho evidencia e explica os dilemas e eventuais tendências evolutivas identificadas no contexto do Direito de Propriedade Intelectual na contemporaneidade, especificamente no aspecto dos direitos autorais, pelo exame das questões relacionadas com o espaço das mídias digitais. Ganham destaque a dificuldade de adoção de normas uniformes destinadas a reger as obras multimídias, em face de seu caráter híbrido e a interoperabilidade, como solução viável para a promoção do equilíbrio entre as ferramentas tecnológicas de proteção aos direitos de autor e o uso privado dos conteúdos digitais obtidos licitamente. A base teórica para justificar a interoperabilidade é formada a partir das conseqüências, para o Direito, do desenvolvimento tecnológico, em conformidade com os princípios da função social da propriedade, da função social dos contratos e da boa-fé objetiva. O estudo dos direitos autorais sobre as obras criadas no meio digital é desenvolvido pelo entendimento das limitações impostas na regulamentação legal, para demonstrar como a interoperabilidade transforma-se em espécie de limitação patrimonial ao direito de autor, na sociedade contemporânea. A abordagem norteia-se a partir da idéia de que as obras multimídias exemplificam objeto paradigmático para o Direito de Propriedade Intelectual, pois demonstram a relevância da definição das limitações da proteção e combate à pirataria. Os mecanismos destinados a este fim devem ser analisados para que sejam conformados aos ditames legais.

Palavras-chave: PROPRIEDADE INTELECTUAL; INTEROPERABILIDADE; PIRATARIA.

Abstract: This paper aims to show and explain the dilemmas and possible evolutionary tendencies identified in the context of Intellectual Property Law of this present time specifically in relation to patrimonial copyrights, focused on digital media. The difficulty of adopting uniform rules to regulate the multimedia creations of the mind takes special place, due to their hybrid nature; as well as interoperability, as a viable solution for the promotion of balance between the technological tools for the protection of copyright and the private use of digital content, obtained according to the Law. The theoretical basis to justify the interoperability is formed by the consequences, for the Law, of technology development, according to the contents of the social function of property, social function of contract and objective good-faith principles. Starting from the limits of copyright in Brazil, the study analyses how interoperability becomes an important restriction of the author rights of this present time. The approach is guided by the idea that the multimedia creations of the mind exemplify a hard case for Intellectual Property Law, since they present the importance of defining the limits of protection against Copyright infringement. The technological efforts dedicated to this purpose must be examined so that they can be conformed to the legal rules.

Key-words: INTELECTUAL PROPERTY; INTEROPERABILITY; COPYRIGHT INFRINGEMENT.

[439] Mestre e Doutorando em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em Direito de Empresa pelo Instituto de Educação Continuada (IEC) da PUC Minas. Membro da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/MG. Membro da Associação Mineira de Direito & Economia. Professor de Direito da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas, do Centro Universitário Newton Paiva e da Faculdade de Direito Promove. Advogado.
[440] Mestre e Doutorando em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em Direito Tributário pela Faculdade de Direito Milton Campos. Professor da Faculdade de Direito Pitágoras. Advogado.
[441] Mestre e Doutorando em Direito Privado pela PUC Minas. Graduando em Filosofia pela UFMG. Procurador do Estado de Minas Gerais. Professor de Direito da PUC Minas.

INTRODUÇÃO

Os direitos de propriedade intelectual são, tradicionalmente, bipartidos em Direitos Autorais e Direitos de Propriedade Industrial. Dotados de regimes jurídicos específicos, comportados, em especial, nas Leis Federais nº 9610/1998 e 9279/1998, tais direitos diferenciam-se no que respeita ao fundamento valorativo de sua tutela, à sua natureza, a seu aspecto teleológico, ao objeto e pressupostos de proteção, à transmissibilidade. Em razão dessas distinções, são imputadas gamas diferentes de direitos e deveres a seus titulares e aos que se interessam por obra ou bem cuja utilização subordina-se a alguma espécie de autorização.

Os direitos de propriedade industrial apresentam, como fundamento valorativo, a necessidade de o Direito incentivar e resguardar os investimentos e desenvolvimento tecnológico, de modo a coibir a concorrência desleal. Trata-se, verdadeiramente, da viabilização da continuidade do desenvolvimento tecnológico, por meio da proteção dos resultados obtidos por criadores e investidores. Sua natureza preponderante é de direito subjetivo patrimonial, destacando-se a finalidade de assegurar o direito de exclusivo do titular e, portanto, seus interesses econômicos.

Além de repreender falsas indicações geográficas e reger, no que pertine aos direitos em análise, a concorrência, os direitos de propriedade industrial albergam as invenções e modelos de utilidade, os desenhos industriais e as marcas de produtos e serviços, de certificação e as coletivas. Para que tais elaborações sejam amparadas pelo regime jurídico em tela, vige a máxima *first to file,* que determina que, para gozar de proteção, deve haver a prévia concessão, por órgãos oficiais, de patente da invenção e modelo de utilidade, ou registro do desenho industrial e da marca.

Como direitos patrimoniais *sui generis*, os direitos de propriedade industrial, expressão do desenvolvimento tecnológico, são objeto de interesse extraordinário da sociedade e, assim, são temporários. Lado outro, haja vista a sua natureza, podem ser amplamente transmitidos. Dentre os direitos de propriedade industrial, os *hardwares* e seus aperfeiçoamentos são exemplos de invenções e modelos de utilidade.

Os direitos autorais, por sua vez, são reconhecidos pelo sistema jurídico com o fundamento da necessidade de reconhecer a importância da tutela das expressões do espírito e da personalidade humana. Os resultados do esforço criativo da pessoa humana são naturalmente singulares, uma vez que são manifestações da personalidade de seu criador. São direitos morais, primordialmente. Exatamente por isso, destacam-se pela originalidade. Tal aspecto inovador dessas criações acaba por dotá-las de características patrimoniais. Logo, os direitos autorais comportam direitos morais de autor e direitos patrimoniais de autor. Os primeiros, intransmissíveis e imprescritíveis, contrapõem-se àqueles integrantes do segundo subgrupo, que são amplamente transmissíveis.

Os direitos autorais emergem aos criadores de obras intelectuais em geral, tais como obras literárias, artísticas e científicas. Obviamente, todas as demais emergências do intelecto humano impõem a formação de direitos dessa sorte. A singularidade faz prevalecer a máxima *first to invent* em matéria de direitos autorais, de maneira que, para que o autor e sua obra submetam-se à proteção desse regime jurídico, basta comprovar a anterioridade de seu ato criativo.

Nessa linha de intelecção, o problema deste breve estudo apresenta-se com clareza: a tradicional bipartição dos direitos de propriedade intelectual e seus respectivos regimes jurídicos não aparentam satisfazer os conflitos de interesse dos envolvidos na criação, desenvolvimento e utilização das criações do intelecto humano.

Vale explicar. Os regimes jurídicos apontados, quais sejam, dos direitos de propriedade industrial e dos direitos autorais, apresentam-se voltados a seus objetos de tutela, sem abordar objetos outros, frutos do avanço tecnológico, que não se enquadram, com exclusividade, em nenhum dos dois, mas possuem características de ambos. Trata-se do hibridismo na composição de obras coletivas informáticas digitais.

Como condição da utilização dessas obras, que este estudo trata por obras multimídias, deve haver interoperabilidade ou intercompreensão dos sistemas e equipamentos informáticos. A interoperabilidade deflagra a tensão entre os direitos de uso privado da obra pelo usuário e os direitos do titular dos direitos de direitos de propriedade intelectual que, em busca da proteção, almejam validar mecanismos rígidos contra o uso não autorizado, o que pode prejudicar a interoperabilidade e até mesmo a privacidade e possibilidade de utilização da obra pelo usuário individual.

Além disso, o fato da incerteza do regime jurídico aplicável obstacularizar a tutela jurídica faz aumentar o espaço às violações aos Direitos de Propriedade Intelectual.

Neste contexto de insuficiência do regime jurídico dos direitos de propriedade intelectual, a pirataria é a principal vilã. Afinal, para combatê-la, muitas vezes inviabiliza-se a utilização da obra, posto que os mecanismos de sua proteção podem impedir a interoperabilidade e, portanto, o próprio uso da obra, mesmo que este se situe dentro da esfera privada do usuário.

A bem da verdade, tal tensão está longe de ser superada, mormente em razão da tradicional dicotomia dos direitos de propriedade intelectual, já explicitada. Superar essas celeumas não é o objetivo deste estudo. Objetiva-se a compreensão dessas figuras, a interoperabilidade, o hibridismo, as obras multimídias e a pirataria para o melhor entendimento da tensão. Talvez esse seja o ponto de partida: o delineamento do atual estado de coisas e, sobretudo, das perspectivas do Direito da Propriedade Intelectual.

A operacionalização do trabalho vale-se de procedimentos de coleta de dados em fonte bibliográfica, além de amplos debates realizados em razão das análises havidas no grupo de estudiosos que pesquisa os *Contornos do Microssistema da Propriedade Tecnodigital,* integrante do Núcleo Acadêmico de Pesquisa da PUC Minas.

1. Hibridismo e Obras Multimídia

Para contextualizar as obras multimídias, é preciso mencionar o instrumento nuclear da sociedade da informação, qual seja, a Internet. Nesse passo, deve-se avaliar o histórico da Internet originariamente adotada para fins militares e posteriormente consagrada como meio de comunicação de massas e de veículo comercial, pelo qual a informação teve a mudança de natureza para o âmbito mercadológico. (ASCENSÃO, 2001, p.22).

Para entender essa questão distingue-se a sociedade da informação como resultante de dois elementos: as auto-estradas da informação como veículo ou infra-estrutura e as multimídia ou produtos multimídia como objeto. (ASCENSÃO, 1997, p.681).

As auto-estradas da informação correspondem aos progressos no aspecto da interatividade com a interconexão de redes formadora da Internet como rede das redes mundiais, ao passo que representam a comunicação de todos com todos por meio da comunicação direta entre computadores. Nesse ponto, revela-se o problema jurídico da concentração empresarial no âmbito das telecomunicações em matéria de monopólios.

Em relação à obra multimídia, trata-se de obra que reúne vários tipos de expressão de obras (texto, som e imagem) num único suporte informático, trazendo importantes ponderações 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.

Demais disso, no contexto da Era Digital (também chamada de Era das Redes), a obra multimídia passa por uma releitura, pois com a digitalização dos dados e a 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 obra multimídia pode ser entendida como qualquer combinação de texto, arte gráfica, som, animação e vídeo transmitidos pelo computador (CARBONI, 2003, p.14). Noutro dizer, a multimídia envolve na sua criação a junção de diversas formas de obras e, por ter esta conotação informática, para a sua execução ou viabilidade, faz-se necessário também à existência de um *software*.

Nesse passo, o suporte de fixação da obra multimídia também passa por um repensar, pois tanto poderá ser tangível como intangível, sendo representado pela linguagem binária dos computadores, como ocorre nas redes de informação. Esta forma de suporte intangível recebe tutela do direito autoral, a despeito das dificuldades relacionadas com esse suporte de fixação e da necessidade de sua regulamentação específica.

A propósito, os estudiosos ressaltam que o sentido da palavra multimídia ou multimédia, etimologicamente, "surge da justaposição do prefixo *multi (*em latim significa vários ou muitos) com a palavra *mídia* (que deriva da palavra latina *media* e significa meios) (CARBONI, 2003, p.76).

O jurista lusitano Alexandre Dias Pereira sustenta que:

> A expressão multimédia quer, portanto, significar, desde logo, que obras ou partes de obras, criadas em diferentes meios (imprensa; fotografia, audiovisual; gravações sonoras etc) são incorporadas num único meio novo, i.e., incorporadas em formato digital. [...] a digitalização, isto é, a tradução de todos os sinais, todas as formas de informação, sejam palavras, números, sons, imagens fixas ou em movimento, em bits, ou seja, num código binário, está no centro do atual fenômeno multimédia. [...] Com efeito, o médium não é múltiplo, mas antes único. E esse *medium* é o digital, quer se trate de produtos distribuídos no mercado "fora de linha" (por ex., vídeo a pedido), quer se trata de serviços prestados em linha nas redes digitais globais (WWW, Internet). (PEREIRA, 2001, p.21).

Ascensão citado por Carboni (2003, p.76) preleciona que a expressão multimídia é errônea, porquanto nela não existem vários meios, mas sim vários tipos de obras (textos, imagem, som) em um único meio, como por exemplo, no CD-ROM, ou as redes de informação, razão pela qual seria preferível a adoção, como apregoa Pierre Lévy (2000), da expressão Unimídia ou Unimídia Multimodal.[442]

Quanto ao conceito supracitado é válido distinguir as várias denominações sustentadas pelos autoralistas. Para Henrique Gandelman (2001, p.148), o termo multimídia refere-se basicamente à interatividade de dados digitalizados contidos em um único suporte material. O referido autor afirma que o termo em análise não comporta o emprego para designar um evento no qual várias formas de comunicação estão simultaneamente presentes, posto que mais apropriado seria dizer, espetáculo de múltiplos veículos, pois nesta hipótese cada obra expressa por si mesma um conteúdo preestabelecido e independentemente produzido. (BORGES, 2006).

Carboni (2003, p.77) pugna que a multimídia é a 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).

Resulta disso que o termo multimídia relaciona-se com a interatividade, que pode ser compreendida como "o diálogo travado entre usuário e o computador", na expressão de Carboni (2003). A acepção da interatividade também é adotada no sentido de multimídia interativa como contraponto de multimídia linear, sendo que na obra interativa o usuário pode controlar quando e quais elementos serão transmitidos e na segunda o usuário recebe a obra sem a possibilidade de intervenção no seu manuseio.

Outra questão que envolve a obra multimídia é a pluralidade de autores em grande parte destas obras, tornando a autoria bastante diluída. Além disso, em razão da interatividade possível em algumas obras, o próprio usuário participa do processo de criação da obra final exteriorizada.

Leonardo Poli (2006, p.138-139) ressalta que a diluição da autoria é um problema alarmante ocorrente na esfera das obras digitais, em que a "perda da autonomia do autor gera, contudo, uma espécie de despersonalização da obra, uma vez que a criação informática, por exigir a reunião de várias técnicas, dificilmente será individual."

A diluição do autor na multimídia decorre da interatividade do usuário ante a confusão entre o criador e o próprio usuário para averiguar quem é o autor, ou então, não será possível determinar quem o seja. Por exemplo, o *designer* da multimídia que se utiliza de desenhos de outros autores como base para o seu, sendo impossível saber se houve ou não utilização de uma obra originária, bem como em se tratando de obras coletivas nas redes de informação exsurge a possibilidade de "autoria montagem".

Entende-se que nas redes de informação a figura do autor como um ser individualizado está propensa ao esgotamento, pela contínua formação de obras de autoria coletiva, o que implicará o repensar do Direito do autor nos parâmetros atuais, sendo este mais um categórico desafio a ser enfrentado pelos cultores do direito de propriedade tecnodigital.

Nesse sentido, Pierre Lévy citado por Carboni (2003, p.174) propugna que "na internet tudo ocorreria como se os usuários estivessem em construção, de maneira ininterrupta, de uma única e imensa obra coletiva."

[442] Para Lévy o termo multimídia designa que emprega diversos suportes ou diversos veículos de comunicação, referindo-se a duas tendências do sistema de comunicação contemporâneos relativos à multimodalidade e à integração digital. Esses conceitos são suficientemente trabalhados no itinerário da pesquisa jurídica ora delineada.

Desta feita, a obra digital multimídia pode ser criada através de múltiplas formas de expressão. Assim, sendo elaborada por um único autor (responsável pelo texto, pelo som, figuras e o próprio *software*) a autoria da obra digital é disciplinada pela legislação autoral em vigor. Todavia, "em razão dessa diversidade de obras, o mais comum é que diversas pessoas participem da constituição da obra multimídia, que poderá se originar por colaboração, coletivamente ou por obras criadas para outrem." (BORGES, 2006).

Outra problemática diz respeito à questão do suporte de fixação da obra multimídia, que poderá ser tanto tangível, quanto intangível, cabendo questionar se no caso do suporte intangível estaria presente a exteriorização em vista da condição de requisito essencial (pressuposto) para a tutela autoral.

Os teóricos autoralistas afirmam pela aplicação da tutela autoral, pois os ditames legais não estabelecem que o suporte seja de existência permanente o que, por consequência, não desnatura a obra multimídia disponibilizada na rede mundial de computadores, uma vez que a tecnologia digital não modifica o ato criativo em sua essência.

A tecnologia digital prescinde do suporte físico. Sendo a obra digital uma informação constituída pelo código binário do computador, ela não necessita de um suporte físico para existir. Logo, "a informação não se adequa à classificação material/imaterial já que pertence à ordem do acontecimento ou do processo." (CARBONI, 2003, p.142).

No que concerne à exteriorização da obra multimídia, impõe-se verificar 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 (sequência 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).

Por conseguinte, o hibridismo sobredito opera-se na configuração da obra multimídia, que se protege de acordo com cada um de seus componentes. Nos seguintes moldes ressaltados por Carboni (2003):

- Por falta de uma proteção ampla, que tutele a obra multimídia de forma integral, a proteção do direito de autor da multimídia se dá por meio da tutela de cada um dos seus componentes individualmente (textos, sons, imagens, base de dados e software);
- Os textos literários, artísticos e científicos e também os ícones são protegidos pelo direito de autor, conforme dispõe artigo 7º, inciso I da Lei 9.610/98, e o próprio título da multimídia é tutelado pelo artigo 10 da mesma Lei;
- As composições musicais digitalizadas na multimídia são protegidas pelo direito de autor, conforme dispõe artigo 7º, inciso V da Lei 9.610/98. O autor levanta uma questão controvertida no que diz respeito à execução pública de obra multimídia que possua sincronização de composições musicais. Por execução pública da obra musical sincronizada em obra coletiva o autor entende tratar-se de execução conjunta, ou seja, "à execução da obra coletiva que, consequentemente, acarreta a execução da música nela inserida";
- As imagens estáticas e aquelas em movimento são protegidas pelo direito de autor, conforme dispõe o artigo 7º, incisos VI, VII e VIII da Lei 9.610/98. A utilização de imagens de pessoas é obrigatoriamente necessária autorização por parte dos retratados, conforme disposto pela Constituição da República de 1988 (artigo 5º, inciso X e XXVIII, alínea "a"). Também é necessária autorização das entidades que participem de imagens de espetáculos ou de eventos esportivos incluídos na obra multimídia;
- A base de dados é protegida pelo direito de autor de acordo com o artigo 7º, inciso XIII da Lei 9.610/98;
- O programa de computador (ou software) está sujeito, no Brasil, ao regime de proteção de propriedade intelectual do direito autoral, conforme estabelece o artigo 2º da Lei de Software.

Cumpre registrar a posição de Leonardo Poli conforme o qual a utilização da obra multimídia (digital) dispõe de especificidades que demandam um tratamento diferenciado das demais obras, demonstrando a insuficiência do tratamento da Lei de Direitos autorais.

Destarte, vislumbra-se o movimento geral de digitalização que 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 como sucede na órbita da convergência tecnológica.

Nesse panorama, avalia-se que a adaptação do direito de autor à diferença quantitativa e qualitativa da tecnologia digital (com a mudança do paradigma tecnológico do analógico para o digital) exige a reconceitualização do instituto pelo exame dos princípios fundamentais do direito de autor a fim de compreender a abrangência e complexidade dos problemas que a informática e tecnologia digital põem ao direito de autor, tal como ocorre no âmbito das obras multimídias.

2. Interoperabilidade

Na perspectiva da compreensão do regime jurídico dos direitos de propriedade intelectual, pautada na hermenêutica constitucional, cumpre analisar a interoperabilidade, no que concerne às criações intelectuais desenvolvidas no campo da tecnologia informática.

Consoante Alexandre Pereira (2001), a interoperabilidade pode ser entendida como a aptidão para promover o intercâmbio de informações. Nesse sentido, é objeto de análise a

> [...] interconexão e interação lógica e, quando necessária, física, no sentido de permitir o funcionamento conjunto de todos os elementos do suporte lógico e do equipamento com outros suportes lógicos e equipamentos, e com os utilizadores, e todas as formas de funcionamento previstas. (PEREIRA, 2001, p. 643).

Dessa forma, a interoperabilidade é "a capacidade que possuem os aparelhos ou equipamentos que dela fazem parte de comunicarem-se entre si, independentemente de sua procedência, ou do seu fabricante." (MENKE, 2005, p.59). Esta é a chamada interoperabilidade vista em seu aspecto objetivo, isto é, relacionado à questão operacional.

Ocorre que existe um outro tipo de interoperabilidade, qual seja, a subjetiva, também denominada substancial ou jurídica. Esse tipo de interoperabilidade "invoca um fundo comum principiológico, de índole normativa, que faz com que os indivíduos envolvidos na comunicação ou transação eletrônica [...], confiem na utilização do serviço [...]" (MENKE, 2005, p. 127).

Assim, a interoperabilidade substancial diz respeito à efetiva confiança e segurança na integração dos processos, que possibilitem o funcionamento conjunto e a intercompreensão entre sistemas, além da identificação dos respectivos usuários, quando necessário, através do emprego de certificação digital.

Logo, a interoperabilidade deve ser observada, não somente no plano das interfaces programas-programas e programas-equipamentos, mas também no novo cenário paradigmático digital, marcado pela rede em âmbito global, com a conseqüente circulação de dados.

No âmbito da contratação em meio eletrônico, a interoperabilidade é pressuposto inarredável para a promoção do acesso e da integração da coletividade.

Tal conjectura interpretativa do regime estudado determina a observância dos ditames da boa-fé objetiva, quando os direitos de propriedade intelectual integrarem o objeto da relação jurídica contratual.

O princípio da boa-fé objetiva impõe que, no contrato, sejam asseguradas as expectativas mínimas das partes, desde que, legítimas, para garantir a utilização da criação protegida pelo regime dos direitos de propriedade intelectual no âmbito da vida privada, com reserva da liberdade que integra o conteúdo do direito à intimidade, ambos, direitos fundamentais de índole constitucional.

O ordenamento jurídico nacional sinaliza a tendência da busca pela interoperabilidade, na medida em que impõe que, para serem presumidas verdadeiras as declarações constantes em documentos eletrônicos, é imprescindível o emprego, em sua produção, de processo de certificação disponibilizado pela Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira. Significa que o documento deve ser assinado digitalmente, a partir da tecnologia da criptografia assimétrica, sendo que a chave pública deve ser necessariamente certificada por uma Autoridade Certificadora ligada à Autoridade Certificadora Raiz do país que, no caso é o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação:

> Art. 10. Consideram-se documentos públicos ou particulares, para todos os fins legais, os documentos eletrônicos de que trata esta Medida Provisória.

> § 1º As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil. (BRASIL, MPV n. 2.200-2, 2001).

Essa padronização, que se dá por meio da exigência de uma tecnologia específica, para integração no processo coordenado pela ICP-Brasil, justifica-se em razão do interesse público na firmação e execução de contratos eletrônicos. A própria idéia de uma infra-estrutura centralizada e oficial visa a possibilitar a comunicação e, assim, viabilizar a formação de contratos eletrônicos. Fabiano Menke esclarece:

> As razões para que haja uma infra-estrutura que congregue número maior possível de pessoas e entidades são simples e facilmente perceptíveis. É justamente para que haja possibilidade de comunicação entre os envolvidos, ou, meramente, a possibilidade de pronto acoplamento. A infra-estrutura uniforme evita que sejam aplicadas soluções díspares por cada indivíduo. (MENKE, 2005, p. 57).

Ainda como expressão do interesse público no regime jurídico da propriedade intelectual, a interoperabilidade desponta para viabilizar o acontecimento do processo eletrônico, sendo que, nesse sentido é necessário estabelecer padrões de interoperabilidade.

Nesse sentido, a Lei n.º 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, que acrescentou o parágrafo único no art. 154 do Código de Processo Civil[443], vinculou a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos ao atendimento dos requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade, assim definidos pela Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil.

Leal (2008) reforça a alegação da necessidade de se buscar a interoperabilidade entre os *softwares* no Poder Judiciário, uma vez que em nome da celeridade processual, referida inclusão tecnológica no Direito restaria impossibilitada de funcionar, haja vista, que seriam formadas verdadeiras "ilhas informáticas" com a adoção, pelo Estado de um *e-government*, que não utiliza padrões uniformes na interação entre os sistemas informáticos.

Diante do reconhecimento do interesse público que paira sobre os direitos de propriedade intelectual, assim como do caráter subjetivo que pode ser reconhecido a estes direitos, impõe-se a observância da sua função social.

Portanto, a interoperabilidade é tendência nitidamente identificável, para a construção evolutiva do direito aplicável à propriedade intelectual, vez que pode ser capaz de possibilitar a evolução tecnológica, a democratização da informação e da cultura. A busca pela interoperabilidade compõe os objetivos maiores do Estado Democrático de Direito, na medida em que o bem comum e o interesse público hão de prevalecer sobre os interesses individuais e o exercício dos direitos subjetivos pertinentes à propriedade intelectual.

3. Pirataria e Mecanismos Técnicos e Jurídicos de Proteção

Com o advento da chamada Sociedade da Informação[444] e o incremento da tecnologia da informação e das inovações digitais no contexto sócio-econômico contemporâneo, ocorreu aumento

[443] Art. 154. Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, preencham-lhe a finalidade essencial. Parágrafo único. Os tribunais, no âmbito da respectiva jurisdição, poderão disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP - Brasil.

[444] A expressão "Sociedade da Informação" é geralmente associada à chamada tecnologia da informação, que ainda é conhecida em alguns países, incluindo o Brasil, como informática. Mas a verdade é que outras inovações tecnológicas, sobretudo no campo das telecomunicações, contribuíram também para o surgimento desse novo ambiente. (SANTOS, 2001, p.138).

expressivo da violação aos Direitos da Propriedade Intelectual, tornando-se imprescindível a proteção em face da utilização de obras sem autorização do autor ou respeito aos Direitos Autorais.

Tal fenômeno deu-se através do surgimento e difusão cada vez mais rápida de novas formas de utilização das criações intelectuais, as quais estimularam a ofensa aos Direitos da Propriedade Intelectual, e, consequentemente, impulsionaram a criação de novos mecanismos de proteção.

Jose Carlos Costa Netto expõe com clareza o referido contexto ao explicitar que "a evolução dos meios de comunicação e a conseqüente diversidade e aplicação do acesso público às obras intelectuais consiste, atualmente, no grande desafio à defesa da propriedade intelectual em todas as suas vertentes." (NETTO COSTA, 1998, p.17).

Nesse cenário, uma das modalidades mais expressivas de violação aos referidos Direitos é a chamada *pirataria*. Na contemporaneidade, em face do desenvolvimento tecnológico mundial, sua inserção tem-se cada vez mais presente na sociedade, gerando inúmeros prejuízos econômicos aos titulares dos Direitos da Propriedade Intelectual, bem como, causando redução na criação de empregos, recolhimento de tributos e no desenvolvimento de tecnologias mais avançadas.

Henrique Gandelman define pirataria, *in verbis:*

> Chama-se vulgarmente de pirataria a atividade de copiar ou reproduzir, bem como utilizar indevidamente – isto é, sem a expressa autorização dos respectivos titulares – livros ou outros impressos em geral, gravações de sons e/ou imagens, software de computadores, ou ainda, qualquer outro suporte físico que contenha obras intelectuais legalmente protegidas. (GANDELMAN, 2001, p.86)

Na mesma linha de intelecção, Bruno Caldas Aranha explicita que "a 'pirataria' pode ser conceituada, ainda que de forma resumida, como a fabricação, oferecimento e comercialização de produtos e serviços com violação a direitos de propriedade intelectual, com o intuito de lucro direto ou indireto." (ARANHA, 2007, p.22).

Bruno Jorge Hammes expõe que a OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual) define pirataria em seu glossário como "[...] a reprodução de obras publicadas ou fonogramas por qualquer meio adequado visando à distribuição ao público e uma reemissão de uma radiodifusão de uma pessoa sem a correspondente autorização." (HAMMES, 2002, p.203).

A pirataria apresenta-se, assim, como um ato de realização de cópia indevida de obras intelectuais legalmente protegidas, a qual, não possui autorização dos respectivos titulares da propriedade intelectual. Destaca-se que a pirataria envolve a violação de Direitos da Propriedade Industrial, de Direitos Autorais (e, por conseguinte, de Direitos Conexos), e por fim**,** do *software* (ARANHA, 2007, p.22).

O aumento expressivo do alcance da pirataria no meio eletrônico a partir da difusão de novas tecnologias ligadas a propriedade intelectual, é comprovado pela propagação crescente da pirataria 'via Internet', a qual tem atingido marcas, obras e, mais recentemente, lesionado, inclusive, Direitos Morais (PAESINI, 2007, p.72).

Destaca-se que, a Constituição da República de 1988, estabeleceu em sentido amplo, como garantia fundamental, a proteção aos Direitos de Propriedade Intelectual, em seu artigo 5º, incisos XXVII e XXIX. Posteriormente, deu-se a regulamentação da proteção constitucional de forma específica, através da promulgação de um conjunto normativo, cujo objetivo primordial foi estabelecer, pormenorizadamente, a proteção da propriedade intelectual no país, através da Lei 9.279/96 (Lei de Propriedade Industrial), da Lei 9.609/98 (Lei de Software) e da Lei 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais).

Ademais, o Brasil é signatário de vários Tratados Internacionais relativos à efetivação dessa proteção, dentre os quais, a Convenção da União de Paris para a proteção da Propriedade Industrial (Decreto 1.263/94), A Convenção de Berna para a proteção dos Direitos Autorais (Decreto 76.905/75) e o TRIPS (*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* – Decreto 1.355/94). (ARANHA, 2007, p.22-23).

A referida proteção buscou permitir a implementação do desenvolvimento tecnológico no país, correlacionando-o com a observância precípua à proteção aos Direitos da Propriedade Intelectual, visando, assim, a proporcionar o incentivo da criação intelectual e o acesso aos bens culturais e à informação pela sociedade.

Contudo, o sistema protetivo da propriedade intelectual no Brasil não conseguiu impedir a proliferação da pirataria nas últimas décadas, demonstrando-se, assim que o arcabouço jurídico demanda por alterações pontuais, que venham a implementar regulamentações especificamente voltadas para o controle efetivo das novas tecnologias.

Elisângela Dias Menezes discorre com proficiência acerca dos motivos ensejadores da disseminação da pirataria na sociedade contemporânea:

> São muitos os motivos que parecem favorecer a prática da pirataria. Sob o ponto de vista jurídico, falta fiscalização e repressão por parte dos agentes públicos. [...] Por fim, à própria legislação falta eficácia no sentido de coibir a pirataria, seja por causa da brandura das sanções previstas, seja por causa da ausência de regulamentação específica sobre as novas tecnologias (MENEZES, 2007, p.127-128).[445]

Portanto, é fundamental a elaboração de novos mecanismos de proteção, visando a coibir a disseminação da pirataria e os prejuízos advindos desta à propriedade intelectual. Isto porque, o ambiente digital e a introdução de novas tecnologias desafiam os mecanismos de proteção técnicos e jurídicos, bem como, o exercício dos Direitos Intelectuais relativos a estes.

> [...] o comércio eletrônico de criações intelectuais tem determinado a aplicação de dois tipos de mecanismos de proteção: as chamadas *medidas tecnológicas* ou *proteções técnicas* e os *mecanismos legais* destinados a salvaguardar a utilização desses recursos técnicos (SANTOS, 2001, p.148).

Nesse escopo, Alexandre Dias Pereira, destaca as chamadas "proteções periféricas", presentes no Direito Português, e que consistem:

> [...] em medidas de proteção que os Estados devem tomar, em suas respectivas legislações nacionais, contra pessoas que ponham em circulação ou estejam na posse, para fins comerciais, ou de uma cópia de um programa de computador, ou de meios cujo único objetivo seja facilitar a supressão não autorizada ou a neutralização de quaisquer dispositivo técnico, eventualmente, utilizado para a proteção de um programa (PEREIRA, 2001, p.695).

Essencialmente, essas medidas de proteção têm por finalidade especial combater o que, na acepção anglo-saxônica, chama-se de *Secondary Infringements*, isto é, atos comerciais de concorrência. Entretanto, o referido autor lusitano observa que a adoção dessas medidas em âmbito generalizado acaba inserindo no centro dos Direitos Autorais uma lógica totalmente empresarial, que se torna cada vez mais evidente na contemporaneidade. Por isso, pode-se concluir que esse conjunto de regras dos sistemas de proteção pertence muito mais ao sistema *copyright* do que o sistema de *droit d'auteur*, sendo que neste último sistema a matéria é deixada ao regime da concorrência desleal.

O Livro Verde 1988, em Portugal, já se referia ao problema da proteção jurídica de sistemas técnicos de proteção e identificação, definindo o termo pirataria como "reprodução não autorizada de obras protegidas pelo direito de autor ou pelos direitos conexos, para fins comerciais, bem como todas as subseqüentes transações comerciais de tal reprodução" (PEREIRA, 2001, p.697), abrangendo ainda, a fixação não autorizada de prestações artísticas e a posterior comercialização de cópias de tal fixação.

[445] Nesse mesmo sentido, Bruno Jorge Hammes destaca as circunstâncias que favorecem a pirataria, dentre as quais: a) a inexistência de um adequado nível de proteção legal (nacional e internacional); b) a falta de vigência efetiva desses instrumentos por escassa ou nenhuma aplicação por parte dos tribunais e ausência de sensibilidade adequada; c) a falta de promoção de ações judiciais antipirataria; d) a ausência de sociedades de autores que defendam os seus interesses; e) a inexistência de indústrias regulares de produtos culturais que fazem com que os piratas ocupem o vazio; f) o alto custo dos produtos legítimos e a disponibilidade cada vez maior de tecnologia, com grande grau de fidelidade. (HAMMES, 2002, p.205).

Nesse sentido, a pirataria afeta, sobretudo, os titulares de Direitos Intelectuais sobre livros, programas de computador, desenhos e modelos, fonogramas, filmes e outros videogramas, emissão de radiodifusão e transmissões por cabo, sendo agravada pelas novas tecnologias de reprodução. Assim, a introdução no mercado de aparelhos digitais, potencializa a pirataria na medida em que é possível a mesma qualidade de som que o disco compacto.

Alexandre Dias Pereira aponta como solução para esse problema a adoção de medidas de proteção preventivas, considerando a possibilidade de "limitar a venda de aparelhos de cópia de cassetes digitais aos utilizadores profissionais, sujeitando a venda e detenção do equipamento a uma licença a emitir por uma autoridade pública, que controlasse a sua utilização" (PEREIRA, 2001, p.698).

A criação de um registro de direitos sobre obras protegidas num sistema informatizado, bem como a adoção de providências cautelares de busca e apreensão de cópias piratas e dispositivos de pirataria favorecem a tutela do investimento considerável de tempo, esforço e dinheiro necessários à criação de tais obras.

Demais disso, acreditava-se que paralelamente ao surgimento das tecnologias de registro digitais seriam também desenvolvidos dispositivos técnicos capazes de impedir e controlar a reprodução de materiais registrados.

Porém, a utilização desse meio afetaria "o equilíbrio de interesses entre titulares de direitos, produtores de equipamentos e os consumidores" (PEREIRA, 2001, p.700), uma vez adquirida uma obra, tendo o titular dos direitos recebido remuneração, seria possível reproduzir essa fonte ou transmissão para uso privado, não prejudicando indevidamente essa reprodução, isto é, a exploração normal da obra. Por isso, para Alexandre Dias Pereira a produção, comercialização e importação dos aparelhos de reprodução digitais deveriam ser proibidas, a menos que se estabelecessem normas de especificações técnicas, a fim de não permitir a reprodução privada em série.

Contudo, a utilização dessas medidas de proteção de forma generalizada suscita o problema da criação de "novos monopólios de informação" (PEREIRA, 2001, p.702), acarretando sérios problemas em relação à proteção de direitos fundamentais, tais como a privacidade e dos dados pessoais dos usuários dos bens intelectuais referidos.

Nessa seara, destaca-se a presença do chamado direito de acesso ou direito de controlar o acesso (*accessright*) o qual se apresenta como o mecanismo que permite "a adequada compensação do provedor e estabelece o justo equilíbrio entre o direito de propriedade e o direito do público à informação", através do "controle de acesso e uso dos recursos de informação disponibilizados na rede digital." (SANTOS, 2001, p.160).

Naturalmente, por fim, por razões metodológicas, importa ressaltar que esse debate acerca da gestão eletrônica de direitos em face da pirataria demanda uma abordagem mais ampla que transcende os objetivos do trabalho sob exame. Por sua vez, o desiderato é expor o conflito de direitos envolvidos nessa matéria que desafia a normativa aplicável aos Direitos Intelectuais na contemporaneidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os Direitos de Propriedade Intelectual possuem fundamental destaque no contexto da sociedade contemporânea, seja, devido à necessidade crescente de desenvolvimento tecnológico, seja, pela necessidade de reconhecer a importância da tutela das expressões do espírito e da personalidade humana.

Entretanto, os regimes jurídicos existentes apresentam-se insuficientes a tutelar juridicamente as criações frutos do avanço tecnológico, que por possuírem características de ambos (hibridismo), não se enquadram, com exclusividade, em nenhum dos citados regimes (propriedade industrial e direitos autorais), permitindo, assim, violações aos Direitos de Propriedade Intelectual, principalmente, causados por atos de pirataria, o que impulsionou a criação de novos mecanismos de proteção.

Nesse contexto, a interoperabilidade destaca-se como mecanismo imprescindível ao combate à pirataria, no intuito de permitir o adequado uso privado destes Direitos, e como meio viável de superação dos conflitos relacionados, principalmente, na utilização das obras digitais.

Isto porque, a referida proteção ao uso privado dos Direitos da Propriedade Intelectual, busca permitir a implementação do desenvolvimento tecnológico no país, correlacionando-o com o incentivo da criação intelectual e o acesso aos bens culturais e à informação pela sociedade.

Portanto, diante dos efeitos e consequências sócio-econômicas alinhavados pela prática da pirataria na sociedade contemporânea, faz-se necessária à implementação de novos mecanismos técnicos e jurídicos de proteção aos Direitos da Propriedade Intelectual, de sua criação, através de legislações com regulamentação especificamente voltadas às novas tecnologias digitais e o desenvolvimento de mecanismos de proteção aos referidos Direitos, visando a coibir os inúmeros prejuízos advindos da pirataria.

Contudo, deve-se sempre considerar os direitos e garantias fundamentais e, portanto, os preceitos de ordem pública, esculpidos na Constituição da República de 1988, devendo prevalecer o interesse público e o resguardo ao uso privado da obra, como direito que integra o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil***.* 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARANHA, Bruno Caldas. O combate à "pirataria" e a proteção nacional aos direitos autorais. In: PIMENTA, Eduardo Salles (Coord.). **Direitos autorais:** estudos em homenagem a Otávio Afonso dos Santos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.23-34.

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.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Estudos sobre direito da internet e da sociedade da informação.** Coimbra: Almedina, 2001.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor.** 4. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BORGES, Lisieux Nidimar Dias. **Obra multimídia e a era digital**. Belo Horizonte: PUC Minas, 2006. Notas de aula.

BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. **Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARBONI, Guilherme Capinzaiki. **O direito de autor na multimídia**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

COSTA NETTO, Jose Carlos. **Direito autoral no Brasil.** São Paulo: FTD, 1998.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil:** teoria geral*.* 6.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das obrigações.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FIUZA, César. Crise e interpretação no direito civil*:* da escola da exegese às teorias da argumentação. In: FIUZA, César*;* NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). **Direito civil**: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 23-59.

GANDELMAN, Henrique. **De gutenberg à internet**: direitos autorais na era digital. Rio de Janeiro: Record, 2001.

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.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do direito civil no século XXI. In: FIUZA, César*;* NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coord.). **Direito civil:** atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 93-114.

LEAL. Augusto Cesar de Carvalho. A multiplicidade de credenciamentos e a falta de interoperabilidade dos softwares dos tribunais como ameaça ao sucesso do processo judicial telemático no modelo

dogmático brasileiro. Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site /index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1644. Acesso em 06 de maio de 2008.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 2000.

MARCACINI. Augusto Tavares Rosa; COSTA. Marcos da.**Questões sobre a vigência do parágrafo "único" do artigo 154 do CPC.** Março de 2007**.** Disponível em:http://augustomarcacini.cjb.net/index.php/DireitoInformatica/Artigo154CPC. Acesso em: 06 de maio de 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado:** sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MENKE, Fabiano. **Assinatura eletrônica**: aspectos jurídicos no direito brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MENEZES, Elisângela Dias. **Curso de direito autoral.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HAMMES, Bruno Jorge. **O direito de propriedade intelectual.** 3.ed., Rio Grande do Sul: Unisinos, 2002.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria dos contratos.** 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PAESINI, Liliana Minardi. **Direito de Informática:** comercialização e desenvolvimento internacional do software. 6. ed., São Paulo: Atlas, 2007.

PEREIRA, Alexandre Dias. **Informática, direito de autor e propriedade tecnodigital**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

POLI, Leonardo Macedo. **A tripartição da propriedade intelectual e o princípio da funcionalidade como pressuposto de sua legitimidade**. 2006. 167f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte.

ROHRMANN, Carlos Alberto. **Curso de Direito Virtual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos. O direito autoral na internet. In: GRECO, Marco Aurelio; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coords.). **Direito e internet:** relações jurídicas na sociedade informatizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.137-162.

4.6.3 Plágio nas Obras Lítero-Musicais na Sociedade da Informação

Daniela Camara Colla[446]

RESUMO
A Autora aborda o plágio nas obras lítero-musicais na Sociedade da Informação, as características de tal violação ao Direito Autoral, sua identificação a partir da análise comparativa entre duas canções além de exemplificá-lo com casos jurisprudenciais.

PALAVRAS CHAVES: PLÁGIO; OBRA MUSICAL; SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO VIOLAÇÃO; DIREITO MORAL DE AUTOR; DIREITO PATRIMONIAL DE AUTOR; PROPRIEDADE INTELECTUAL

ABSTRACT
The Author discusses plagiarism in literary-musical works in the Information Society, details of such Copyright violation, and their identification based on the comparative analysis of two songs, besides exemplifying it using case-law.

KEYWORDS: PLAGIARISM; SONG; INFORMATION SOCIETY; MUSICAL WORK; VIOLATION; AUTHOR RIGHTS; COPYRIGHT LAW; INTELLECTUAL PROPERTY.

INTRODUÇÃO

O escopo do presente trabalho é dar uma visão geral sobre o plágio enfatizando-o especificamente nas obras lítero-musicais na Sociedade da Informação. Abordaremos separadamente os elementos constitutivos desta modalidade de obra e como identificar o plágio a partir da presença de alguns destes na análise comparativa entre duas canções. Por fim, ilustraremos com alguns casos jurisprudenciais.

1. O Cenário Atual

No cenário atual da Sociedade da Informação, a matéria prima chama-se conteúdo. É o oxigênio do mundo globalizado. A informação precisa estar disponível ao alcance de um clique, o acesso tem que ser fácil, rápido e, preferencialmente, gratuito.

Neste ambiente onde a cópia é a regra e o direito autoral se tornou o vilão do direito de acesso à cultura, surgem as violações à propriedade intelectual, em especial às obras lítero-musicais e audiovisuais. A contrafação, vulgarmente conhecida como "pirataria", o plágio, dentre outros delitos, para o direito brasileiro, são práticas corriqueiras e socialmente aceitas por muitos, em especial pelas novas gerações.

O lema é "copie e cole". Sem citação, sem fonte, sem data. É comum a apropriação indébita de frases, textos, trechos de trabalhos acadêmicos, de livros, de obras musicais, lítero-musicais, audiovisuais, programas de computador (softwares), etc. Mas não basta copiar e colar, é preciso reproduzir, postar, compartilhar, e, em questão de segundos, uma "mentira" se propaga na velocidade da luz na rede mundial de computadores e se torna verdade aos olhos menos diligentes.

A internet se tornou a enciclopédia da Era Digital. Atualizadas constantemente as informações se disseminam de forma viral. Neste contexto de superexposição de vidas, sentimentos, talentos amadores ou profissionais, todo mundo é ou quer ser autor de alguma obra. Créditos autorais equivocados, omitidos, obras plagiadas, usurpadas, geram problemas de difícil solução à curto prazo. A privacidade se tornou pública, o anonimato é quase impossível.

Por outro lado, há quem diga que se a obra é plagiada ou largamente contrafeita é sinal de sucesso.

[446] Advogada Especializanda em Propriedade Intelectual pela PUC/RJ, com atuação voltada para a área de Direito Autoral. Cantora e compositora.

Enfim, neste cenário globalizado, compartilhado e convergentemente digital, como provar que um plagiador não teve, de fato, acesso à obra violada?

2. Do Conceito

Plágio é a cópia intencional de parte ou totalidade de obra intelectual por um terceiro que a apresenta de forma fraudulenta, dissimulada, como se de sua autoria fosse.

Segundo a definição do dicionário Aurélio[1], plagiar é "*apresentar como seu (trabalho intelectual de outrem). 2. Imitar obra alheia".*

Para o mestre Antônio Chaves [2], é apresentar:

> *"...o trabalho alheio como próprio mediante o aproveitamento disfarçado, mascarado, diluído, oblíquo, de frases, idéias, personagens, situações, roteiros e demais elementos das criações alheias".*

No entendimento do renomado autoralista José Carlos Costa Netto [3]:

> *"Assim, certamente, o crime de plágio representa o tipo de usurpação intelectual mais repudiado por todos: por sua malícia, sua dissimulação, por sua consciente e intencional má-fé em se apropriar como se de sua autoria fosse - de obra intelectual (normalmente já consagrada) que sabe não ser sua."*

3. Dos Dispositivos Legais Brasileiros Aplicáveis

A Constituição Federal do Brasil elenca o direito autoral no rol dos direitos e garantias fundamentais em seu artigo 5º, inciso XXVII, senão vejamos:

> *"XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;"*

Indiscutivelmente, o plágio, para o direito brasileiro, tem natureza de ato ilícito nas esferas cível e penal, vez que se trata de clara violação à propriedade intelectual, ao direito autoral propriamente dito, seja no âmbito do direito moral (à paternidade, à integridade, ao inédito, à modificação, à retirada de circulação da obra, ao acesso a exemplar único e raro da obra, etc.), conforme prescrevem os incisos do artigo 24 da Lei 9.610/98, e/ou no âmbito do direito patrimonial (à utilização, à fruição e à disposição) sendo, portanto, passível de sanções dispostas, respectivamente, nos artigos 101 a 110 da Lei 9.610/1998 e nos artigos 184 a 186 do Código Penal.

Ressalte-se que a ofensa aos direitos morais do autor tem natureza de ilícito cometido contra a própria personalidade do criador.

O crime de plágio contém em si vários elementos comuns ao crime de estelionato, previsto no artigo 171 do Código Penal, senão vejamos:

> *"Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento."*

É crime contra o patrimônio, já que as obras lítero-musicais são bens intelectuais (ainda que intangíveis) de valor artístico e econômico.

O plagiador se intitula autor de obra lítero-musical alheia e preexistente, reproduzindo-a parcialmente ou na íntegra, através de meio fraudulento, obtendo para si vantagem ilícita, quer seja o reconhecimento artístico indevido, em detrimento do verdadeiro autor que tem sua paternidade usurpada (dano moral), quer seja o aproveitamento econômico, em detrimento do prejuízo financeiro (dano material) deste último, além de induzir a erro a indústria fonográfica e o público em geral.

E mais, há casos em que o plagiador é tão ardiloso que registra a obra junto aos órgãos competentes, seja a Biblioteca Nacional ou a Escola de Música, e/ou edita-a, com a finalidade de se documentar contra possível e futura demanda judicial, hipóteses em que se constatam similaridades com o delito de falsidade ideológica, previsto no artigo 299 do Código Penal, senão vejamos:

"Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante."

É crime contra a fé pública, pois o plagiador omite em documento público ou particular a verdadeira paternidade da obra, atribuindo falsamente a si mesmo a autoria da mesma, alterando a verdade dos fatos, prejudicando, inexoravelmente, os direitos do criador original e induzindo a erro a sociedade.

Em última análise, o plagiador incide na hipótese de enriquecimento sem causa, prevista nos artigos 884 a 886 do Código Civil, gerando o dever de restituição e, por último, a indenização por perdas e danos, nos termos dos artigos 927, 944 do mesmo Diploma Legal.

Embora configure prática delituosa repudiável, a Lei 9.610/98 não contemplou o conceito de plágio, o que leva a uma judicialização excessiva das demandas. Resta aos doutrinadores definirem parâmetros para caracterizá-lo. O anteprojeto de reforma da referida legislação autoral, cuja consulta pública se encerrou recentemente, também não supriu tal omissão, até o momento.

Assim, sugerimos a explicitação do conceito de plágio e a criação de nortes objetivos de análise a fim de facilitar a sua detecção, o que contribuiria para a celeridade na prestação jurisdicional em casos que envolvem tais questões, hoje comprometida pela inexorável necessidade da realização de perícia.

4. Da Obra Lítero-Musical

Uma obra musical, em sentido genérico, pode ser musical (instrumental) ou lítero-musical, quando é composta de letra (texto) e música (artigo 7º, inciso V da Lei 9.610/98).

Segundo as sábias definições do mestre Almir Chediak[447], ora transcritas, a música e seus elementos constitutivos são respectivamente:

" I - Música
É a arte dos sons. É constituída de melodia, ritmo e harmonia.
a) Melodia
É a sucessão de sons musicais combinados.
b) Ritmo
É a duração e acentuação dos sons e das pausas.
c) Harmonia
É a combinação de sons simultâneos."

A obra lítero-musical possui além dos elementos constitutivos supramencionados a letra, ou seja, o texto.

A canção é como um filho para o seu criador, por isso, o plágio representa uma odiosa, antiética, abominável e grave forma de usurpação intelectual, atingindo, como um tiro à queima-roupa, o direito moral fundamental do autor à paternidade da obra. É como se na certidão de nascimento de seu filho constasse como pai o nome de outro

A obra é para o autor parte de si mesmo, um extravasamento da sua própria personalidade, a expressão de sua alma.

5. Do Plágio e Da Coincidência Criativa

Inicialmente, cabe-nos ressaltar a diferença entre plágio e a mera coincidência criativa. A coincidência é a semelhança inconsciente e involuntária existente entre parte de uma obra lítero-musical e outra preexistente, seja no âmbito do título, da letra, da melodia, etc. Neste caso não há o

[447] CHEDIAK, Almir - Harmonia & Improvisação - 70 Músicas Harmonizadas e Analisadas - Violão - Guitarra - Baixo - Teclado, Volume I, Lumiar Editora, 26ª Edição, 1986, p. 41.

dolo específico, a má-fé propriamente considerada. Já na hipótese de plágio, há a cópia intencional de parte ou totalidade de obra lítero-musical preexistente por terceiro que, apropriando-se indevidamente de criação intelectual alheia, apresenta-a como se fosse de sua autoria. É imprescindível o dolo, o propósito específico de usurpação intelectual.

Em nosso entendimento, poder-se-ia considerar como coincidência criativa a equivalência temática ou argumentativa ou de títulos ou harmônica (no caso de obra lítero-musical) desde que de forma isolada e quando correspondam a no máximo ¼ da obra original.

Considerar-se-ia como plágio a reprodução literal de frases, títulos, trechos de melodias (desde que as notas sejam sucessivas) de forma isolada ou conjunta desde que excedam um ¼ da obra original ou a coincidência criativa de forma conjunta ou que exceda o percentual supramencionado. Na análise da existência de plágio o registro anterior de uma das obras não deverá ser considerado como presunção absoluta da ocorrência do mesmo, já que é ato meramente declaratório.

Já dizia Abelardo Barbosa, o "Chacrinha", que "nada se cria, tudo se copia". Tal célebre frase continua atualíssima, mormente na Sociedade da Informação, onde a globalização e o uso crescente, desenfreado e descontrolado da rede mundial de computadores (internet) e as novas tecnologias permitiram o acesso fácil e a rápida circulação das obras intelectuais e a disponibilização de conteúdos protegidos, gerando, conseqüentemente, a cópia (sentido amplo), o plágio, a contrafação.

Aliás, vale à pena salientar a diferença entre plágio e a contrafação. O primeiro é a cópia, a imitação de parte ou totalidade ("clonagem") de obra intelectual mediante a dissimulação, a fraude de terceiro que se apropria indevidamente da criação de outrem e se intitula falsamente como autor. Já a contrafação, popularmente conhecida como "pirataria", nada mais é do que a reprodução (física ou eletrônica) não autorizada de obra, ainda que com a atribuição do crédito moral dos autores.

O que se observa é que determinadas obras sofrem nítida influência/inspiração de outra preexistente. Seria o caso, por exemplo, de alguma música popular de sucesso que possui um refrão tão intuitivo e marcante que se fixa na memória musical do compositor a ponto deste, inconscientemente, incorporar parte desta obra no momento da concepção criativa de outra.

Outro fato que não pode ser desconsiderado é que em certos gêneros musicais como, por exemplo, o blues, o rock, o sertanejo, o samba/pagode, o axé, o gospel, por suas características peculiares, usam-se determinados clichês melódicos ou poéticos que se repetem comumente.

A obra lítero-musical é composta de letra e melodia. A obra pode ser criada por um único autor que, neste caso, compõe a letra e a música, detendo o percentual de cem por cento de autoria sobre a mesma, ou pode ser criada em regime de co-autoria, ou seja, por vários compositores, onde, na maioria dos casos, não se consegue individualizar qual a contribuição exata de cada um, e, nesta hipótese, os percentuais podem ser divididos de forma igual entre todos ou livremente convencionados entre as partes. O plágio, inexoravelmente, pressupõe a má-fé do terceiro, que conhecedor da obra anterior, seja famosa ou não, se aproveita do talento criativo do autor original, com o nítido propósito de auferir vantagem, seja na esfera do prestígio intelectual, reconhecimento público e/ou na esfera do aproveitamento econômico.

6. Da Originalidade e da Responsabilidade

Responde civil e criminalmente o plagiador por seus atos. Assim é que na maioria dos contratos de cessão de direitos patrimoniais, edição, fixação e distribuição de fonogramas e/ou videofonogramas existe uma cláusula específica isentando os cessionários, titulares de direitos (editoras, selos, gravadoras, distribuidoras, etc.) de quaisquer responsabilidades oriundas de litígios que versem sobre a originalidade da obra fixada.

7. Do Registro

Os simples registros anteriores da letra (texto) da obra no Escritório de Direitos Autorais da Biblioteca Nacional ou da partitura (com a melodia|) e da letra na Escola de Música, por exemplo, não asseguram a absoluta originalidade da obra, pois tais atos são declaratórios, não são constitutivos de direitos, gerando uma presunção relativa de autoria, passível de contraprova. O sistema jurídico brasileiro não exige o registro como condição imprescindível ao reconhecimento da autoria, apenas faculta, conforme o disposto nos artigos 18 e 19 da Lei 9.610/98.

Segundo informa o sítio oficial da Escola de Música da UFRJ[448]:

> *"Diferentemente do que ocorre com marcas e patentes, no INPI, ou com nomes de empresas, nas juntas comerciais, o* ***registro de propriedade intelectual*** *não implica qualquer exame de substância ou de anterioridade. Explica-se: à* ***Escola de Música da UFRJ*** *não compete analisar o conteúdo de uma obra musical levada a registro, ou recusá-lo por ser a obra supostamente semelhante à outra anteriormente registrada. Cabe ainda ressaltar que o registro autoral é mera medida de cautela, com a finalidade de declarar o direito do autor, exclusivamente quanto ao que ele registrou e do modo como registrou ..."*

Foi o caso, por exemplo, do padeiro que registrou grande parte todas as obras do renomado cantor e compositor Roberto Carlos, e que, mesmo assim, não teve sua suposta autoria reconhecida. Posteriormente, o mesmo artista foi alvo de novo processo movido pelo maestro Sebastião Braga, acusando-o de plágio da obra "Loucuras de Amor", gravada por este com o título de "O Careta".

Neste caso houve a procedência da ação indenizatória condenando o cantor e compositor ao pagamento de vultosa quantia além da publicação de errata por três vezes consecutivas em periódico de circulação nacional.

8. Do Título da Obra

Segundo dispõe o artigo 10 da Lei 9.610/98:

> *"Art. 10. A proteção à obra intelectual abrange o seu título, se original e inconfundível com o de obra do mesmo gênero, divulgada anteriormente por outro autor."*

Ocorre que, na prática, a simples coincidência de títulos obras lítero-musicais isoladamente não configura plágio. É preciso que haja concomitantemente a cópia de outros elementos materiais significativos tais como a essência criativa da obra (substância), a letra, a melodia, o ritmo, etc. Basta uma simples pesquisa no sistema de cadastro de obras do Ecad para que se constatem as inúmeras obras homônimas existentes, o que acaba por gerar a duplicidade, o bloqueio e a retenção dos créditos autorais relativos à execução pública, enquanto não se esclareça a homonímia. Títulos como "Meu Amor", "Volta Pra Mim", "Sem Você", por serem expressões de uso comum e sem força distintiva, não tem originalidade suficiente para validarem de forma isolada a tese de plágio.

9. Do Tema e da Essência Criativa

A similaridade do tema abordado na letra de obra lítero-musical com outra preexistente, isoladamente, também não é suficiente para caracterizar o plágio.

A tendência mundial da música é a segmentação por gêneros, estilos. Se a mera semelhança temática fosse considerada plágio seriam inúmeros os litígios judiciais. No segmento romântico, repetidamente se abordam temas de amores frustrados, desencontros, traição, felicidade, etc.; no segmento sertanejo, comumente se desenvolvem temas relacionados à natureza e, no segmento gospel, por exemplo, exalta-se o amor a Deus.

Já a essência criativa da obra pode ser elemento decisivo para a tipificação do plágio. Essência esta que representa o modo de expressão singular, a "marca registrada", o traço característico de cada autor. Ao analisar a obra completa de um criador nota-se que sempre existem peculiaridades de estilo, uma espécie de "DNA" criativo, que imprime identidade, personalidade às suas canções.

Conforme a lição de João Henrique da Rocha Fragoso[449]:

---

[448] O QUE É REGISTRO AUTORAL - Sítio da Escola de Música da UFRJ - Endereço: http://www.musica.ufrj.br/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=71&Itemid=141 - Acessado em 06/08/2009.

[449] 6. Rocha Fragoso, João Henrique da. **Direito Autoral**: Da Antiguidade à Internet, Editora Quartier Latin do Brasil, SP, 2009, p. 299.

"A obra original, ou melhor dizendo, um modo de expressão original, é único e individual, et pour cause, representando a exposição da personalidade de seu autor e o selo de seu estilo."

10. Da Letra

No caso da letra, como quantificar quantos versos coincidentes seriam necessários para se caracterizar o plágio? Somente a coincidência do refrão entre duas obras seria suficiente, já que é a parte da obra mais relevante, tratando-se da música popular? Parece-nos razoável que a simples repetição de frases ou expressões comumente utilizadas na linguagem coloquial em uma, duas ou três frases, sem que haja outros elementos significativos de similitude, não seja prova inequívoca, irrefutável, de plágio.

11. Da Harmonia e da Melodia

Inicialmente cumpre-nos ressaltar a diferença entre a melodia e a harmonia de uma obra musical. A harmonia é uma seqüência de acordes, em escala maior ou menor, representados por suas cifras ou grupos de notas em uma partitura e que serve de suporte para a melodia. Já esta é a seqüência de notas cantada (se for obra lítero-musical) ou instrumentalizada (se for obra puramente musical).

É comum na música popular a utilização de certas seqüências harmônicas intuitivas em determinados estilos, ou seja, clichês, de forma que a coincidência não configura plágio.

No caso da melodia, parte indiscutivelmente relevante da obra, como mensurar quantas notas ou compassos seriam necessários para se caracterizar o plágio? Durante muito tempo, acreditava-se e apregoava-se que oito compassos bastavam para configurá-lo, mas sabemos que esta não é uma regra positivada em nosso ordenamento jurídico ou no âmbito internacional. O fato é que, dependendo do caso, havendo outros indícios probatórios, três ou quatro compassos podem ser suficientes para a caracterização.

12. Do Arranjo

O arranjo é a vestimenta, a ornamentação da obra, através da definição e distribuição do comportamento de cada instrumento no decorrer da canção, o lhe confere uma identidade e tem tamanha importância que pode ser um dos responsáveis pelo sucesso ou não da mesma no mercado fonográfico. Às vezes o arranjo é tão marcante que em casos de regravações quando este é modificado o público rejeita-o, pois acaba por se incorporar de tal forma à obra que passa a fazer parte da mesma. No Brasil e no mundo são inúmeros os casos de regravações onde os arranjos "novos" são literalmente cópias fiéis das fixações originais e tal prática mercadológica reprovável não configura plágio, apesar de entendermos que devesse. O mesmo ocorre nos casos de versões de obras estrangeiras onde, na maioria dos casos, copia-se integralmente o arranjo original sem que sejam pagos direitos autorais ou conexos e sequer se mencione o crédito moral do primeiro arranjador.

Segundo dispõe o artigo 14 da Lei 9610/98:

"Art. 14. É titular de direitos de autor quem adapta, traduz, arranja ou orquestra obra caída no domínio público, não podendo opor-se a outra adaptação, arranjo, orquestração ou tradução, salvo se for cópia da sua."

Pela interpretação do referido Diploma Legal, o arranjador só é considerado titular de direitos de autor quando se trata de obra caída em domínio público. Entendemos que também devesse ser considerado como tal nos demais casos. Por outro lado, não cremos que devesse ser considerado como titular de direitos autorais em sentido estrito, equiparando-se ao criador ou se tornando parceiro da obra, mas sim como titular de direitos conexos, pois hoje o que ocorre é que só faz jus ao cachê e ao crédito moral pelo arranjo criado.

13. Da Caracterização e da Perícia

Na legislação brasileira não há critérios objetivos que permitam se verificar a existência de plágio. Portanto, a caracterização do mesmo depende, indiscutivelmente, da produção de prova pericial, ou seja, da realização do teste de "DNA" criativo, cujo resultado depende da análise combinatória dos elementos constitutivos das obras em questão pela expertise de técnicos no assunto.

Vale ressaltar que a citação de passagens, a reprodução de pequenos trechos, a paráfrase e a paródia de obras preexistentes, conforme o disposto, respectivamente, nos artigos 46, incisos III, VIII e 47 da Lei de Direitos Autorais não configuram hipóteses de plágio.

As obras anônimas, cujos autores não são identificados, e as obras em domínio público também podem ser alvo da ação nefasta dos plagiadores e, nestas hipóteses, mais complexa será a caracterização e a defesa das mesmas em juízo.

13. Casos Jurisprudenciais

Colacionam-se a seguir alguns casos jurisprudenciais oriundos do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro a fim de ilustrar o presente trabalho.

> ***2007.001.32162*** *- APELAÇÃO -* ***1ª Ementa*** *DES. CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA - Julgamento: 10/07/2007 - QUINTA CÂMARA CÍVEL (TJ/RJ)*
>
> *AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DECORRENTE DA VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS. CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE. PROVA PERICIAL CONTUNDENTE NO SENTIDO DA INEXISTÊNCIA DE* ***PLÁGIO.*** *AUSÊNCIA DE SIMETRIA ENTRE AS MÚSICAS. AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES AUTORAIS. DESPROVIMENTO DO RECURSO. Tendo em vista que a autora constituiu quatro advogados para representá-la nos presentes autos, não se verifica qualquer prejuízo para a defesa se sobrevém a apenas um deles algum impedimento. Ainda, a sentença encontra-se fundada em argumento exclusivamente técnico e o autor não indicou assistente técnico que pudesse elaborar laudo apto a infirmar as conclusões do perito do juízo. - A prova pericial é categórica ao afirmar a inexistência de* ***plágio,*** *por não se vislumbrar simetria entre as músicas Escuta aqui rapaz e Nossa amizade, com exceção do tema abordado sendo que um mesmo tema pode ser tratado de diferentes maneiras, além de serem considerados diversos outros elementos na verificação de eventual plágio. - Mesmo a alegada remessa da fita ao preposto da ré não restou esclarecida, uma vez que a autora sequer possuía o comprovante do SEDEX através do qual teria remetido suas composições.- Desprovimento do recurso.*
>
> ***2002.001.23281*** *- APELAÇÃO -* ***1ª Ementa*** *DES. JOSÉ DE SAMUEL MARQUES - Julgamento: 27/05/2003 - SÉTIMA CÂMARA CÍVEL - TJ/RJ*
>
> ***REPRODUÇÃO FONOGRÁFICA***
>
> ***PLÁGIO***
>
> ***NAO CONFIGURAÇÃO***
>
> *Reprodução de obra fonográfica - não configura* ***plágio*** *a ínfima coincidência circunstancial entre duas composições* ***musicais*** *RECURSO NÃO PROVIDO.*
>
> ***1994.001.04864*** *- APELAÇÃO -* ***1ª Ementa*** *DES. CELSO GUEDES - Julgamento: 29/11/1994 - SÉTIMA CÂMARA CÍVEL*
>
> ***DIREITO AUTORAL***
>
> ***OBRA MUSICAL***
>
> ***PLÁGIO***
>
> ***INDENIZAÇÃO***
>
> *Apelação Cível. Ordinária. Indenização em virtude de* ***"plágio"*** *na obra* ***musical*** *"Anos Dourados" que teria sido praticado por TOM JOBIM. Valoração da prova pericial. Afigura-se que todo o desenvolvimento das duas músicas é distinto, ressalvadas as coincidências decorrentes de uma formula estrutural comum, característica de um tipo de composição* ***musical*** *popular que faz parte do inconsciente* ***musical*** *coletivo que não é propriedade de ninguém. Caráter meramente coincidente de utilização comum de um arpejo, que é', sem dúvida, matéria prima da linguagem* ***musical.*** *Pedido improcedente. Sentença confirmada. Recurso desprovido. (CLH)*
>
> ***(Ementário****: 09/1995 - N. 8 - 01/06/1995* ***REV. DIREITO DO T.J.E.R.J.****, volume 28, p. 215).*

1993.005.00201 *- EMBARGOS INFRINGENTES -* ***1ª Ementa*** *DES. GABRIEL CURCIO - Julgamento: 23/03/1994 - III GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS*

DIREITO AUTORAL
OBRA MUSICAL
PLÁGIO
Embargos infringentes. Direito de autor. Obra ***musical. Plágio.*** *Composição* ***musical*** *cujos dez primeiros compassos são idênticos aos da outra. Configuração de* ***plágio*** *independentemente de prova da intenção de copiar ou de se apropriar da criação anterior. Recurso provido. (JRC) Declaração de voto do Des. Darcy Lizardo de Lima. Obs.: Apelação Cível nº. 2.676/92.*

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cenário atual da Sociedade da Informação aliado à falta de definição de critérios objetivos na legislação brasileira sobre o tema em questão geram um ambiente propício a tal modalidade de violação ao direito autoral. A ausência de um órgão consultivo especializado em Direito Autoral, que pudesse dar suporte aos magistrados em casos de plágio, obstaculiza a celeridade na prestação da tutela jurisdicional vez que torna a perícia imprescindível à solução da lide, e, conseqüentemente onera o autor, e dá margem a decisões, por vezes, equivocadas.

Diante do exposto, é imperiosa a inclusão na legislação autoral brasileira de parâmetros objetivos mínimos a fim de preencher a lacuna existente no campo da caracterização do plágio de obras lítero-musicais, mormente na Sociedade da Informação, onde música é um insumo dos mais valiosos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CHAVES, Antônio - Plágio, artigo publicado na revista de Informação Legislativa do Senado Federal a 20 nº. 77, janeiro/março de 1983, p.406.

CHEDIAK, Almir - Harmonia & Improvisação - 70 Músicas Harmonizadas e Analisadas - Violão - Guitarra - Baixo - Teclado, Volume I, Lumiar Editora, 26ª Edição, 1986, p. 41.

COSTA NETTO, José Carlos - Direito Autoral no Brasil - 2ª Edição Revista, Ampliada e Atualizada - FTD, 2008 (Coleção Juristas da Atualidade), p. 320.

HOLANDA FERREIRA, Aurélio Buarque de - Mini Aurélio, O Dicionário da Língua Portuguesa, 7ª Edição, fevereiro de 2009, Editora Positivo, p.634.

O QUE É REGISTRO AUTORAL - Sítio da Escola de Música da UFRJ Endereço: http://www.musica.ufrj.br/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=71&Itemid=141 - Acessado em 06/08/2009.

ROCHA FRAGOSO, João Henrique da - Direito Autoral: Da Antiguidade à Internet, Editora Quartier Latin do Brasil, SP, 2009, p. 299.

4.7 Direito Autoral no Âmbito Internacional

4.7.1 ACTA e os Direitos Fundamentais: Uma análise crítica do Anti-Counterfeiting Trade Agreement

André Rocha Muniz[*]
Mateus Marconi Rodrigues[**]

RESUMO

O presente artigo pretende analisar o *Anti-Counterfeiting Trade Agreement*, tratado internacional sobre propriedade intelectual que está sendo negociado em reuniões privadas entre um grupo de países, liderados pelos Estados Unidos da América, às margens da OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual) e da aquiescência do público em geral. Avaliaremos criticamente o histórico que levou às negociações do diploma internacional, o controverso procedimento de negociações, a substância das disposições presentes no texto do tratado e as críticas mais contundentes levantadas contra o mesmo. Buscaremos provar argumentativamente que o tratado falha na sua premissa básica de combater a prática de contrafação, servindo em realidade ao propósito subterrâneo de engessar as legislações de propriedade intelectual em um âmbito global, privilegiando interesses econômicos de alguns grupos que em nada adequam-se ao interesse público e à realidade de um mundo cada vez mais globalizado, conectado e dinâmico. Usaremos como principal marco teórico, dentre outros, as reflexões do professor canadense Michael Geist[450], um dos primeiros particulares a divulgar o conteúdo do ACTA para o grande público, por meio de seu *website*, após o "vazamento" do texto na internet.

PALAVRAS-CHAVE: ANTI-COUNTERFEITING TRADE AGREEMENT. ACTA. NOVO MODELO ECONÔMICO. DIREITOS FUNDAMENTAIS. PROPRIEDADE INTELECTUAL. DIREITO AUTORAL.

ABSTRACT

This article analyzes the Anti-Counterfeiting Trade Agreement, an international treaty on intellectual property currently being negotiated in private meetings between a group of countries led by the United States of America, as well as being conducted in secrecy towards the general public and outside of WIPO's forums. What follows is a critical evaluation of the procedures behind the treaty's negotiation, the legal substance of the dispositions therein and the most relevant criticisms directed towards them. This article aims to prove, by force of argumentation, that ACTA not only fails in its most basic premise - being to combat the practice of counterfeiting - but in reality aims to create strict regulations on intellectual property on a global environment, protecting specific economic groups in prejudice of the public interest, albeit springing from an increasingly dynamic and connected reality. The authors' theoric framework are the reflexions of the canadian professor Michael Geist[451], one of the first individuals to raise the public awareness towards ACTA by means of his website, after the first leaks of the treaty's negotiation texts came upon the internet.

KEYWORDS: ANTI-COUNTERFEITING TRADE AGREEMENT. ACTA. NEW ECONOMIC MODEL. FUNDAMENTAL RIGHTS. INTELLECTUAL PROPERTY. COPYRIGHTS.

[*] Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos, Técnico em Administração pela Fundação Torino, foi pesquisador da FAPEMIG e Secretário e Membro do Conselho Científico da Revista Acadêmica Milton Campos.
[**] Bacharelando em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos e Editor-associado da Revista Acadêmica Milton Campos.
450 Dr. Michael Geist é professor de direito na Universidade de Ottawa onde ocupa a mesa de pesquisador em direito da internet e do comércio eletrônico.
451 Dr. Michael Geist is a law professor at the University of Ottawa where he holds the Canada Research Chair in Internet and E-commerce Law.

INTRODUÇÃO

A profunda e acelerada evolução dos direitos autorais e outros campos da propriedade intelectual na contemporaneidade é um fenômeno que ocupa o palco central das mudanças sociais de nossa época. A origem da matéria remonta ao século XVIII na Inglaterra, com a aprovação do *Statute of Anne*, limitando os privilégios de editores de livros da *Stationer's Guild*, que gozavam de direito perpétuo à reprodução das obras. Surgia o copyright (direito à cópia), e com ele, a noção de domínio público. A idéia por trás do diploma inglês era fomentar a criação de novas obras mediante a concessão de um privilégio, que deveria ser limitado para evitar a formação de monopólios permanentes.

Poucos anos após a aprovação do estatuto inglês, a França veio a desenvolver o *droit d'auteur*. Embora distinto do *approach* inglês (na medida em que no *Statute of Anne* o maior destaque recaía sobre o escopo da limitação de privilégios dos editores, enquanto no *droit d'auteur* se observava uma maior proteção da figura do autor) ambos tinham como fim mediato o fomento da cultura. O chamado "século das luzes" foi então palco de um crescimento inédito na distribuição de obras escritas, indubitavelmente importante para a derrubada dos antigos regimes monárquicos e formação dos Estados modernos. Não há dúvida de que a contribuição do "*copy right*" foi essencial para que tais mudanças tomassem forma.

A História, no entanto, flui incessantemente como um rio. A consolidação do modelo capitalista monopolista pós-industrial, em meados do século XX, desencadeou uma tendência à formação de consórcios e grupos de vasto poderio econômico, em particular no domínio da indústria cultural. Na virada do século, segundo Schiffrin (2006), cinco grandes conglomerados ou *majors* (Time Warner, Disney, Viacom/CBS, Bartelsmann e *News Corporation*) controlavam mais de 80% da venda de livros nos Estados Unidos, faturando juntas mais de 100 bilhões de dólares. Esse é o quadro também em vários países da Europa, como nos relata Benhamou (2007), mostrando que na França, em 2002, duas editoras detinham 50% do faturamento na edição e 75% na distribuição e, na Itália, o grupo Mondadori (comprado por Silvio Berlusconi) possuía sozinho na década de noventa um quarto do mercado. O mesmo quadro (ainda mais concentrado) ocorria no domínio da indústria fonográfica e cinematográfica.

O mundo observou a uma gradual expansão do direito autoral, por meio de várias mudanças introduzidas nos ordenamentos e tratados no decorrer do século XX. Algumas tendências legislativas desse período incluem a supressão de formalidades, aumento dos prazos de concessão de direitos, alargamento do conceito de autoria para um sem número de envolvidos no processo criativo, dentre outras.

Não obstante o viés protecionista do direito autoral contemporâneo, herdado da tradição francesa do *droit d'auteur*, ter representado conquistas relevantes para os criadores de obras artísticas e literárias, tais conquistas foram rapidamente apropriadas por uma economia de mercado cada vez mais ansiosa em consumir bens culturais. A negociação de direitos e garantias tornou-se um fato no cenário liberal, e no fim das contas, artistas e criadores precisaram se conformar a um cenário de barganha pelos meios adequados de divulgação de suas obras. Mais uma vez, era como se todas as conquistas históricas no ramo tivessem retornado ao ponto inicial, garantindo privilégios praticamente eternos e absolutos a um grupo reduzido de indivíduos, em detrimento dos criadores e da coletividade.

A virada do século representou mudanças profundas no modelo acima descrito. A evolução da internet vislumbrou o surgimento das redes sociais e do *peer-to-peer*. Os computadores também evoluíram e se tornaram ferramentas eficientes e adequadas para a produção e armazenamento de conteúdo, a custos cada vez mais reduzidos para os seus usuários. Tal alteração paradigmática no *status quo ante* feriu de modo significativo o domínio imposto pelos *cultural gatekeepers*, e o que sobreveio nos anos seguintes foi o enrigecimento dos tratados e leis sobre propriedade intelectual, assim como a perseguição incansável aos seus "violadores". Notórios são os casos de processos milionários movidos contra pessoas físicas por grandes estúdios de cinema ou gravadoras musicais, em razão, por exemplo, de vídeos ou fotografias na internet que apresentam, direta ou incidentalmente, conteúdo protegido.

O *Anti-Counterfeiting Trade Agreement*, acordo internacional tema deste artigo, representa mais um capítulo nesta história que se escreve perante nossos olhos. Seu suposto objetivo é o de combater a falsificação (contrafação) de bens em um âmbito global. Após analisarmos criticamente o seu conteúdo, provaremos que não só tal objetivo é falacioso, como o verdadeiro escopo do tratado representa uma das mais perigosas ameaças aos direitos fundamentais de todos os cidadãos, sejam dos

países que o negociam agora, como dos demais que seriam invariavelmente afetados por suas políticas.

1. Antecedentes e Cronologia do ACTA

Os tratados internacionais sobre direitos autorais emanam historicamente de uma agência da ONU (Organização das Nações Unidas) chamada OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual). Tal agência passou a integrar a ONU no ano de 1974, mas já existia e administrava as questões de propriedade intelectual dos países até então signatários da Convenção de sua Instituição, datada de 26 de abril de 1970.

A inserção da OMPI na sistemática da Organização das Nações Unidas implicou em algumas mudanças substanciais no modo como as discussões eram conduzidas e as decisões tomadas em seu âmbito. Agora, não mais uma agência subjugada a consórcios entre indústrias da iniciativa privada, a OMPI precisava seguir as regras estabelecidas pela ONU para gozar da legitimidade conferida por esta. Isto significou a abertura das audiências à organizações não governamentais, como a *Knowledge Ecology International* (KEI)[452] e a *Electronic Frontier Foundation* (EFF)[453] - ambas proeminentes na vigilância dos direitos de propriedade intelectual - e aos órgãos de imprensa, inclusive e em determinadas circunstâncias conferindo a estas lugares nas negociações. Não apenas isso, mas nos fóruns de negociações da OMPI cada país tem direito a apenas um voto, independentemente da sua população ou contribuição para os fundos da organização.

Tal paradigma não favorecia aos interesses de alguns países, notoriamente àqueles com indústrias detentoras de vasto número de bens intelectuais. Em 20 de Dezembro de 1996, a OMPI encerrou a negociação de dois tratados especialmente relevantes para o cenário das novas tecnologias, o WCT (*WIPO Copyright Treaty*) e o WPPT (*WIPO Performances and Phonograms Treaty*). Dentre as provisões destes tratados incluía-se a discussão das chamadas *digital-locks,* tecnologias que, aplicadas a bens digitais, impediam a cópia de seu conteúdo. Na negociação destes tratados, os Estados Unidos não conseguiram atingir um consenso pleno acerca de suas provisões ideais sobre o assunto no âmbito da OMPI. Em face da sua insatisfação, o país implementou a sua visão específica na lei interna conhecida como *Digital Millenium Copyright Act*.

A partir de 2006, narra Geist (2010)[454], os Estados Unidos começam a convidar países, de modo ainda discreto e à parte de reuniões da OMPI, para integrarem as negociações do que viria a se tornar o ACTA. As discussões preliminares sobre o acordo aconteciam em reuniões particulares após os compromissos da OMPI e da OMC. Em 2007 as negociações oficiais se iniciam. Os países negociadores incluem Estados Unidos, Japão, Coréia do Sul, México, Nova Zelândia, Suíça, Canadá, Austrália e os integrantes da União Européia. Quatro reuniões tomam parte no ano de 2008, em Genebra, Washington D.C. (nesta reunião Singapura se junta aos negociadores), Tóquio e Paris.

Em 2009, com o fim do governo Bush nos EUA e a mudança para a Administração de Barack Obama, as negociações do ACTA tornam-se mais sobrestadas. Houve duas reuniões neste ano, uma em Marrocos, no mês de Julho, e outra na Coréia em Novembro. A transição no governo americano representou uma chance para a alteração no rumo das negociações do tratado. A administração anterior contava com a aprovação do ACTA em 2008 como uma forma de "presente de despedidas". Não obstante o cenário de transição, as políticas acerca da propriedade intelectual e do ACTA permaneceram as mesmas no governo de Barack Obama, e em 2010, ano corrente, as rodadas de negociações vêm se intensificando, sendo que já houve quatro novas reuniões neste ano - México em janeiro, Nova Zelândia em abril, Suíça em junho, e Washington D.C. em agosto. Existe uma vontade por parte dos negociadores de concluírem as negociações ainda em 2010. As reuniões vêm se tornando mais frequentes e mais longas (O encontro na Nova Zelândia bateu a marca de cinco dias, e a da Suíça durou quatro dias).

2. As Ameaças Representadas pelo ACTA aos Direitos Fundamentais

452 Knowledge Ecology Internacional. Disponível em: <http://keionline.org> Acesso em: 02 set. 2010.

453 Eletronic Frontier Foundation. Disponível em: <http://www.eff.org> Acesso em: 02 set. 2010.

454 GEIST, Michael. Keynote - Dr Michael Geist. **The PublicACTA Conference Webcast**. Wellington, 10 abr. 2010. Disponível em: <http://2009.r2.co.nz/20100410/michael-g.mp4> Acesso em 02 set. 2010.

2.1 Transparência

Muitas são as questões polêmicas e preocupantes que envolvem o *Anti-Counterfeiting Trade Agreement*, mas poucas delas tornaram-se tão evidentes para a mídia e os estudiosos da matéria quanto a falta de transparência nas suas negociações.

O conteúdo do tratado, até então mantido em sigilo, tornou-se popular depois de um "vazamento" clandestino dos documentos na internet. Muito embora a origem destes vazamentos seja incerta, os negociadores relutantemente, em abril de 2010, divulgaram um rascunho oficial do tratado conforme os termos até então estabelecidos. Contudo, depois de outras rodadas de negociações a transparência voltou a ser um problema, não sendo mais divulgada qualquer informação dos desdobramentos das negociações posteriores. Conforme Geist (2010), Stan McCoy, representante dos EUA no departamento de comércio (*trade representative*), encarregado de propriedade intelectual e inovação, e o criador do acordo de confidencialidade do ACTA, confirmou que "os vazamentos são, em sua maior parte, exatos". Ademais, o professor narra que em dezembro de 2009, um representante do Congresso canadense perguntou ao Ministro da Indústria de seu país sobre o andamento das negociações, e o mesmo respondeu que ele poderia se inteirar sobre o tratado "no site de Michael Geist".

A evolução da discussão sobre a transparência nas negociações do ACTA se deu de forma gradual em favor de uma maior abertura, mas ainda encontra entraves. No período de 2005 a 2007 o tratado era negociado em um regime de absoluto segredo. Em 2008 ocorreu a divulgação dos locais das negociações e de alguns pronunciamentos. Em 2009, alguns cidadãos e ativistas obtiveram permissão para assistir às negociações, conquanto assinassem documentos garantindo a não divulgação do que ocorresse em seu âmbito (*non-disclosure agreements*).

A reunião de Guadalajara no México, em janeiro de 2010, foi o palco para uma cena inusitada e vergonhosa. Em uma audiência aberta ao público, prévia ao início das negociações, os cidadãos presentes foram obrigados a assinar os supracitados *non-disclosure agreements*, não obstante se tratar de uma audiência aberta ao público. Uma ativista presente no local se utilizou do *Twitter* para divulgar os acontecimentos, e por isso foi expulsa, acompanhada de vaias dos lobistas e representantes dos setores interessados ali presentes[455-456].

Muitos dos países negociantes do ACTA se manifestaram no sentido de serem à favor da transparência, mas que decisões acerca da abertura do procedimento das negociações e divulgação dos textos deveria se dar por consenso absoluto de todos os países envolvidos. Quando indagados sobre que países se manifestaram contra a transparência, a resposta obtida é que eles não poderiam revelar esta informação. Luc Devigne, a época Chefe da delegação européia que negocia o ACTA, confirmou recentemente que um dos países negociadores ainda se opõe nesta questão[457]. No dia 02 de setembro de 2010 foi divulgado que os negociadores americanos são os responsáveis pela imposição do silêncio a respeito do ACTA, impedindo que membros do parlamento europeu divulgassem o conteúdo das negociações da rodada de Washington.[458]

Não obstante a existência dos textos publicados de modo extra-oficial na internet, cujo teor foi confirmado pelas partes negociadoras como sendo praticamente idêntico ao texto original, as negociações prosseguem e o público em geral continua alheio às mudanças nas provisões já conhecidas. Muitas das autoridades que negociam o ACTA também se negam a responder perguntas que versem sobre documentos oficiais obtidos de modo clandestino, praticamente invalidando qualquer tipo de debate com os governos na esfera pública sobre o assunto.

Por fim, resta apontar o fato de que o ACTA vem sendo negociado como um tratado sobre comércio, quando na verdade suas provisões são eminentemente sobre propriedade intelectual.

455 DOCTOROW, Cory. Copyright Undercover: ACTA & the Web - What Happened in Mexico & Why You Should Care. **Internet Evolution**. 17 fev. 2010. Disponível em: <http://www.internetevolution.com/document.asp?doc_id=188055&page_number=4> Acesso em: 02 set. 2010.

[456] DOCTOROW, Cory. Activist ejected from "public" meeting on secret copyright treaty for tweeting. **Boing Boing**. 22 jan. 2010. Disponível em: <http://boingboing.net/2010/01/22/activist-ejected-fro.html> Acesso em: 02 set. 2010.

*457 ERMERT, Monika. ACTA Negotiators Vow To Mesh With National-Level Rights; Withhold New Text. **Intellectual Property Watch**. 02 jul. 2010. Disponível em: <http://www.ip-watch.org/weblog/2010/07/02/acta-negotiators-vow-to-mesh-with-national-level-rights-withhold-new-text/> Acesso em: 02 set. 2010.*

[458] US told EU to hide ACTA from public. **EurActiv**. 02 set. 2010. Disponível em: <http://www.euractiv.com/en/infosociety/us-told-eu-hide-acta-public-news-497373> Acesso em: 02 set. 2010.

Tratados em matéria comercial comportam a possibilidade de segredo, tratados sobre propriedade intelectual, por sua vez, sempre se pautaram por um procedimento de transparência. Absurdamente, a justificativa que vem sendo apresentada ao grande público para tanto segredo, ao menos por parte dos Estados Unidos, é o risco à segurança nacional[459]. As partes negociadoras também alegam reiteradamente que o ACTA não tem como objetivo inovar na esfera jurídica, e que versa em boa parte sobre normas de aplicação de poder de polícia (*enforcement*). Os textos aos quais temos acesso, no entanto, apontam que o tratado vai muito além da aplicação de poder de polícia para incluir também mudanças substanciais nos direitos materiais. O próprio nome do tratado denota a má fé de seus idealizadores, ao indicar se tratar primariamente sobre contrafação, quando em realidade busca implantar substanciais mudanças na sistemática da propriedade intelectual em um âmbito global. Importante detalhe neste aspecto é o fato de que os principais países responsáveis pela prática de contrafação não fazem sequer parte do ACTA.

2.2 Reflexos no Direito Material

Analisaremos neste tópico algumas das mudanças substanciais direcionadas aos direitos dos países negociantes do tratado. Neste tópico em especial, faremos diversas remissões aos artigos presentes no texto do ACTA que se encontra disponível na internet, de modo extra-oficial[460].

No capítulo 1, analisamos os antecedentes ao diploma normativo americano conhecido como DMCA (*Digital Millenium Copyright Act*). Perceberemos no decorrer desta argumentação que o ACTA busca, em realidade, estender provisões semelhantes às já existentes no DMCA como padrão na esfera internacional, tornando-as mais severas. O tratado em quase nada versa sobre contrafação comercial, ou assuntos relacionados à esta esfera, *v.g*. produtos farmacêuticos ou brinquedos falsificados. O que podemos observar, de fato, é uma considerável e danosa regulamentação da internet e do cenário das mídias digitais.

2.2.1 Criminalização em virtude de violação à Direitos Autorais

Uma das questões polêmicas do ACTA é a da criminalização de práticas do dia a dia, exercidas pela quase unanimidade dos usuários de tecnologias digitais. O tratado, no artigo 2.14, que trata sobre ofensas criminais, fala em "violação significativa de direitos autorais ou conexos" com intenção (direta ou indireta) ou não, de se obter ganho financeiro ou vantagem comercial, dentro de um contexto de pirataria em "escala comercial".

O problema nesta análise reside no fato do ACTA não fazer nenhuma distinção acerca do uso dessas cópias, se para uso doméstico ou voltado para modelos de negócio em larga escala que almejam auferir lucro com as cópias. Expressões como "ganho financeiro" podem incluir o ato de uma pessoa física copiar um DVD, evitando, desta forma, prejuízo financeiro que adviria com a compra do produto original, e em escala comercial" pode representar a distribuição do conteúdo copiado em uma rede *Peer-to-Peer*. Criminaliza-se tanto o indivíduo que faz uma cópia do arquivo para uso pessoal quanto o contrabandista comercial. O tratado deveria, no mínimo, estabelecer uma definição menos abrangente de "escala comercial" e "ganho financeiro", excluindo desta forma o usuário doméstico de uma persecução penal.

2.2.2 Danos Estatutários e a monetização da Justiça

Os chamados "Danos Estatutários" (*Statutory Damages*) sobreveem quando a lei especifica valores a serem pagos à parte cujos direitos foram violados independentemente das circunstâncias do caso concreto, prescindindo de arbitramento do montante nas vias judiciais.

A definição acerca da presença de danos estatutários no ACTA ainda é incerta, ela se insere na sistemática do artigo 2.2, mas a matéria ainda se encontra em negociação, e provavelmente não saberemos os detalhes acerca de sua adoção ou não até que o texto final do tratado seja aberto à

[459] KRAVETS, David. Obama Administration Declares Proposed IP Treaty a 'National Security' Secret. **Wired**. 12 mar. 2009. Disponível em: <http://www.wired.com/threatlevel/2009/03/obama-declares> Acesso em: 02 set. 2010.

460 **Anti-Counterfeiting Trade Agreement Consolidated Text Prepared for Public Release**. Abril. 2010. Disponível em: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/april/tradoc_146029.pdf> Acesso em: 02 set. 2010.

consulta pública.

A presença de danos estatutários no tratado seria de todo prejudicial, e poderia conduzir a situações nas quais as penalidades impostas ao violador são manifestamente injustas em comparação ao dano causado. A fixação de um valor pré-estimado de indenização também incentivaria o ajuizamento de ações meramente baseadas no potencial de lucro, e por fim, ensejaria situações de extorsão legal, nas quais os detentores de direitos estariam em posição para negociar indenizações vultuosas com os violadores, quando a indenização legal atingisse patamares ainda mais exorbitantes do que os valores negociados extra-judicialmente.

A balança da justiça exige uma análise pormenorizada dos casos concretos, pautadas nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sob pena de se criar injustiça. É recomendável que os danos sejam baseados em uma análise das perdas reais, e não em potencial, e que não seja tolhido do juiz a prerrogativa de discricionariedade na estimação do valor a ser objeto de indenização.

2.2.3 A responsabilização de terceiros, as cláusulas de "*Safe Harbour*" e a medida de "*Three-Strikes*"

O ACTA, em seu artigo 2.18.3, prevê que servidores de internet sejam responsabilizados pela violação de direitos de propriedade intelectual, levada a cabo pelos usuários de seus serviços. Entretanto, ele estabelece um conjunto de proteções aos servidores que implementarem procedimentos para contornar estas práticas. A estas proteções contra um acionamento na justiça, por meio da implementação de medidas estabelecidas em lei, a doutrina internacional denomina "*safe harbour*", expressão inglesa que significa "porto seguro".

O texto do ACTA não dispõe especificamente sobre que medidas os servidores de internet em questão deveriam adotar para se tornarem elegíveis à obtenção do safe harbour. O caráter vago do texto, embora não estabeleça de modo compulsório, acomoda e promove a infame medida dos *three strikes*, também conhecida como resposta gradual, já presente nas legislações de diversos países, como a França, Inglaterra, Coréia do Sul e Taiwan. A medida da resposta gradual prevê que servidores de internet providenciem o desligamento da conexão de usuários que promovam violação de direitos autorais na internet a partir de suas redes. Usualmente esse desligamento não ocorre em um primeiro momento de violação, mas o usuário é alertado anteriormente por um número específico de vezes, daí o nome *three strikes*, derivado da expressão inglesa "*three strikes and you're out*", nativa do beisebol.

Embora a supracitada medida não seja um reflexo do ACTA nos ordenamentos internos destes países, o tratado acomoda perfeitamente o polêmico instituto, e pouco faz para sugerir medidas alternativas e menos gravosas. Com base na resposta gradual, uma família inteira poderia se encontrar privada do acesso à rede mundial de computadores simplesmente pelo fato de um dos seus membros ter promovido *downloads* ilegais.

Também afigura-se suspeito o fato de tantos países estarem implementando a medida da resposta gradual em seus ordenamentos internos, e que boa parte destes mesmos países estejam também negociando o ACTA. A França e a Inglaterra recentemente aprovaram suas leis sobre internet, HADOPI[461] e *Digital Economy Act*[462], respectivamente. No momento da redação deste artigo, o Congresso Canadense encontra-se discutindo a sua nova lei, também versando sobre a questão, e no mês de junho deste ano, o Congresso dos Estados Unidos vislumbrou a apresentação de um projeto de lei que atribui ao Presidente o poder de "desligar a internet" no país sob o vago pretexto de "proteger as redes e os seus bens e proteger o país e o povo".[463]

Por fim, não acreditamos que se afigure razoável a responsabilização do servidor pelas atividades dos seus usuários, da mesma forma que, analogamente, não acreditamos que a companhia elétrica, que fornece energia para o funcionamento dos computadores, deveria ser responsável pela mesma violação. A implementação de medidas capazes de promover a fiscalização eficaz das atividades

461 Lei antipirataria na França está pronta para ser aplicada; infrator será notificado por e-mail. **UOL Tecnologia**. 28 jun. 2010. Disponível em: <http://tecnologia.uol.com.br/ultimas-noticias/redacao/2010/06/28/lei-antipirataria-na-franca-esta-tecnica-e-juridicamente-pronta-para-ser-aplicada.jhtm> Acesso em: 02 set. 2010.

462 BARNETT, Emma. Digital Economy Act: what happens next?. **Telegraph**. 09 abr. 2010. Disponível em: <http://www.telegraph.co.uk/technology/news/7571532/Digital-Economy-Act-what-happens-next.html> Acesso em: 02 set. 2010.

463 Projeto de lei dos EUA quer dar ao Presidente poder de "desligar" a internet. ***Olhar Digital***. 15 jun. 2010. Disponível em: <http://olhardigital.uol.com.br/negocios/digital_news/projeto-de-lei-dos-eua-quer-dar-ao-presidente-poder-de-desligar-a-internet/12298> Acesso em: 02 set. 2010.

de cada um dos usuários seria dispendiosa demais para os servidores de internet, e o ônus econômico final seria suportado por todos os consumidores de seus serviços.

2.2.4 Imposição de entrega das informações pessoais dos usuários pelos servidores de internet - violação à privacidade e ao devido processo legal

O ACTA inclui, em seu artigo 2.18.3, uma opção aos países signatários de adotar uma disposição que garanta ao detentor de direitos violados a possibilidade de requerer frente ao servidor de internet informações acerca da identidade do pretenso violador.

Em outras palavras, caso o detentor de direitos sobre determinada obra acuse alguém de pirateá-la, o servidor de internet deve revelar àquele a identidade do responsável pela conta em que se originou a violação, mesmo que o detentor da conta não tenha sido o responsável pela violação em si.

Acreditamos que tal disposição representa uma invasão grave da privacidade dos usuários e uma indevida extensão de poderes investigativos que, no fim das contas, será exercido primariamente por grupos comerciais para a prática de intimidação de particulares. A liberação de informações sobre indivíduos deveria ser vinculada exclusivamente à uma ordem judicial pregressa, que obedeça aos ditames do devido processo legal.

2.2.5 Medidas de Proteção Tecnológica - limitações ao direito de propriedade

Medidas de proteção tecnológica, popularmente conhecidas como "*digital locks*" são artifícios tecnológicos empregados com a finalidade de prevenir a criação de cópias de determinado bem digital, como um CD ou DVD. Na prática, tais medidas são utilizadas pelo detentor de direitos para impedir que usuários que adquiriram o produto original copiem o seu conteúdo para outro substrato físico. A remoção ou contorno dessas tecnologias por parte de pessoas físicas, na intenção, por exemplo, de transferir o conteúdo das obras armazenadas em um CD legalmente adquirido para os seus *laptops* ou MP3 *Players*, configura crime na maioria dos ordenamentos contemporâneos, representando um verdadeiro descompasso do direito com a realidade, e é alvo de duras críticas pela quase unanimidade de usuários de tecnologias digitais.

O artigo 2.18.4 do ACTA proíbe a remoção das *digital locks*, assim como a distribuição de produtos que promovam essas remoções. Ele explicitamente dispõe que tal prática será considerada uma ofensa em si mesma, independentemente do fato do indivíduo que tenha promovido a ação o tenha feito com o intuito ou não de infringir o direito de autor.

Somos da opinião de que essas tecnologias de proteção à cópias configuram uma limitação aos direitos dos cidadãos de usarem os produtos que adquiriram legalmente. A violação dessas tecnologias por motivos legítimos ou razoáveis deveria ser assegurada a todos, inclusive com a previsão da possibilidade do detentor dos direitos autorizar a quebra da proteção nas circunstâncias que determine.

2.2.6 Medidas de Segurança nas Fronteiras

A análise das *border measures*, ou medidas de segurança a serem adotadas nas fronteiras dos países signatários (como em aeroportos ou portos marítimos) é provavelmente um dos pontos mais controversos no ACTA, suas disposições encontram-se espalhadas pela "*section* 2" do tratado, que cobre especificamente a questão.

O texto contém uma provisão conhecida como *de minimis*, dispondo que as partes poderão excluir das disposições dessa sessão pequenas quantidades de bens falsificados, de natureza não comercial, carregados na bagagem de viajantes (pares de tênis "Adidos", um CD pirata, entre outros). Tal provisão, no entanto, não assegura se bens como *laptops* ou MP3 *players* carregando diversas músicas e/ou vídeos pirateados constituem ou não natureza não comercial. Em agosto de 2009, já sob a Administração de Barack Obama, a secretária do *U.S. Department of Homeland Security*, Janet Napolitano, responsável pela atividade alfandegária nos EUA, anunciou novas diretrizes para as fiscalizações de mídias eletrônicas, ressaltando que "a busca em mídias eletrônicas nas fronteiras é vital para detectar informações que apresentem sérios riscos aos Estados Unidos, incluindo planos terroristas, ou constituam atividade criminosa - como a posse de pornografia infantil e violações à marcas ou direito

autoral".[464-465] Se tomarmos como base a política do Poder Executivo nos EUA, país este que conduz as negociações do ACTA, como uma possível pista acerca da provisão *de minimis* no tratado, então devemos esperar por políticas agressivas contra equipamentos eletrônicos nos portos e aeroportos dos países signatários.

Os negociadores da União Européia também inseriram na redação do artigo 2.2 que as provisões de *border measures* deveriam ser estendidas a todos os tipos de propriedade intelectual presentes no TRIPS. Alguns países, como Singapura, Canadá e Nova Zelândia, se opõem ao cenário de inclusão das patentes. Caso a provisão defendida pela União Européia vingue no texto final do tratado, poderemos vislumbrar um cenário em que medicamentos genéricos produzidos legalmente no país de origem e encaminhados a outros, sejam retidos durante seu trânsito pela alfândega dos países signatários do ACTA.

O artigo 2.10 prevê que os países negociantes estabeleçam procedimentos pelos quais agentes alfandegários possam determinar, dentro de um período razoável de tempo, se o bem suspeito e retido infringe ou não propriedade intelectual. Acreditamos que, pelo menos no caso de medicamentos, esse tipo de análise seria de difícil aplicação, considerando que seria necessário saber sobre o estado da patente, sua validade, a possibilidade da existência de uma licença compulsória atrelada a ela e se aquela patente de fato é aplicável àquele tipo de medicamento. Se este tipo de análise é dificultoso até mesmo no âmbito judicial, que vislumbra procedimento de contraditório, não acreditamos que seja de fácil solução por meio de medidas *ex officio* tomadas por agentes alfandegários.

3. ACTA Oversight Committee – Um Golpe de Misericórdia à OMPI

O capítulo 5 do texto do ACTA dispõe sobre a criação de uma instituição para administrar, implementar e modificar o tratado. O ACTA *Oversight Committee* também teria poderes para criar comitês internos e grupos de trabalhos, monitorar e identificar técnicas de pirataria e contrafação, dentre outras várias atribuições presentes no capítulo institucional do tratado. Trata-se, para os escritores deste artigo, de um golpe de misericórdia à Organização Mundial de Propriedade Intelectual - OMPI, vista por alguns dos países membros como fraca para administrar os seus interesses, e confirma a tendência dos Estados Unidos de mudar de fóruns de discussão quando não logram êxito na implementação de suas políticas internacionais sobre propriedade intelectual, como bem ressaltado por Michael Geist em uma das palestras que proferiu sobre o ACTA[466].

A ilustre professora Maristela Basso, em obra intitulada "Propriedade intelectual na era pós-OMC"[467] discorre sobre a prática do *forum shifting* por parte dos países desenvolvidos:

> "Nos bilateralismo e regionalismo recentes percebe-se a estratégia articulada dos países desenvolvidos interessados em aumentar os níveis de proteção dos direitos de propriedade intelectual, baseado em três premissas básicas: (a) buscar o fórum shifting, isto é, outras alternativas fora do sistema OMC/OMPI, por meio das quais possa ser desenvolvida e implementada nova agenda e fixados novos padrões de proteção dos direitos de propriedade intelectual, sem enfrentar as restrições e regulamentações da OMC (...)"

A criação de um órgão nos moldes estabelecidos pelo tratado representaria uma mudança nas negociações abertas e multilaterais da ONU, para uma realidade em que a propriedade intelectual seria objeto de acordos plurilaterais e fechados. A mudança de fóruns por parte de países ricos e desenvolvidos forçaria os países em desenvolvimento, como os BRICs, a se adaptarem ao novo cenário, efetivamente abandonando as conquistas na agenda de desenvolvimento da OMPI para um cenário cada

464 "Searches of electronic media, permitted by law and carried out at borders and ports of entry, are vital to detecting information that poses serious harm to the United States, including terrorist plans, or constitutes criminal activity—such as possession of child pornography and trademark or copyright infringement."

[465] Secretary Napolitano Announces New Directives on Border Searches of Electronic Media. Homeland Security. 27 ago. 2009. Disponível em: <http://www.dhs.gov/ynews/releases/pr_1251393255852.shtm> Acesso em: 02 set. 2010.

466 GEIST, Michael. Keynote - Dr Michael Geist. **The PublicACTA Conference Webcast**. Wellington, 10 abr. 2010. Disponível em: <http://2009.r2.co.nz/20100410/michael-g.mp4> Acesso em 02 set. 2010.

[467] BASSO, Maristela. **Propriedade intelectual na era pós-OMC: Especial referência aos países Latino-Americanos**. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2005. p. 12-13.

vez mais privatista nas negociações em propriedade intelectual. No período da nona rodada de negociação a respeito do ACTA, realizada em Genebra, na Suíça, um workshop sobre o ACTA foi organizado e representantes do governo de países como a China, Paquistão e Brasil expressaram suas preocupações.[468] Acreditamos que esse é um primeiro passo importante para impedir que os efeitos nefastos deste tratado se tornem realidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A próxima rodada de negociações está sendo planejada para o fim de setembro de 2010, a ser realizada em Tóquio no Japão. Segundo informações da imprensa malasiana,[469] esta pode ser a negociação derradeira, culminando talvez com a assinatura do texto final. Espera-se que o tratado vigore a partir do ano de 2011, após a conclusão dos procedimentos de internalização próprios de cada um dos país signatários.

Se aprovado, O ACTA trará profundos reflexos em todas as esferas de nossas vidas, desde o uso da internet até o acesso a medicamentos. A elevação de padrões de qualidade, eficiência e cidadania nas legislações de propriedade intelectual somente ocorrerá em decorrência de processos de cooperação multilaterais que obedeçam ditames democráticos. Para tanto é necessário maior grau de transparência, acesso simétrico às informações e diálogo sem ingerências coercitivas, sempre resguardado o interesse público.

Cabe a todos nós zelar por nossos direitos fundamentais, de modo a evitar um novo período de trevas e ignorância.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Anti-Counterfeiting Trade Agreement Consolidated Text Prepared for Public Release. Abril. 2010. Disponível em: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2010/april/tradoc_146029.pdf> Acesso em: 02 set. 2010.

BASSO, Maristela. ***Propriedade intelectual na era pós-OMC: Especial referência aos países Latino-Americanos***. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2005.

BENHAMOU, Françoise. ***A economia da cultura***. Tradução de Geraldo Gerson de Souza. Cotia, SP: Ateliê Editorial, 2007.

BENHAMOU, Françoise; FARCHY, Joëlle. ***Droit d´auteur et copyright***. Paris: La Découverte, 2007.

BRIDY, Annemarie. ***ACTA and the specter of Graduated Response***. Disponível em <http://digital-scholarship.org/digitalkoans/2010/06/08/acta-and-the-specter-of-graduated-response/>. Acesso em: 02 set. 2010.

GEIST, Michael. Keynote - Dr Michael Geist. ***The PublicACTA Conference Webcast***. Wellington, 10 abr. 2010. Disponível em: <http://2009.r2.co.nz/20100410/michael-g.mp4> Acesso em 02 set. 2010.

SCHIFFRIN, André. ***O negócio dos livros: como as grandes corporações decidem o que você lê***. Tradução de Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2006.

WEATHERALL, Kimberlee. ***ACTA - Australian Section by Section Analysis***. Disponível em: <http://works.bepress.com/kimweatherall/21> Acesso em: 02 set. 2010.

468 GEIST, Michael. ACTA Workshop: China, Pakistan, Brazil Express Significant Concerns. ***Michael Geist Blog***. *29 jun. 2010. Disponível em: <http://www.michaelgeist.ca/content/view/5154/125> Acesso em: 02 set. 2010.*

469 Anti-Counterfeiting Trade Accord likely to be signed in september. **Malaysian National News Agency**. 24 ago. 2010. Disponível em: <http://www.bernama.com/bernama/v5/newsindex.php?id=523458> Acesso em: 02 set. 2010.

4.7.2 O Direito Autoral e a Proteção Jurídica de Expressões Culturais de Povos Indígenas

Victor Lúcio Pimenta de Faria[470]

RESUMO

Este trabalho se propõe a analisar e discutir a proteção jurídica de expressões culturais de povos indígenas em duas distintas perspectivas. A primeira, na perspectiva dos direitos de propriedade intelectual, corporificada no direito autoral, que é a forma de propriedade intelectual mais afeta às expressões culturais. A segunda, na perspectiva de *novos* direitos que asseguram a diversidade cultural, especialmente a diversidade das expressões culturais. Direitos que estão sendo sistematizados no plano internacional pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO). Tal sistematização culmina na Convenção sobre Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais que a UNESCO aprovou em 2005 durante a sua 33º Conferência Geral. A análise procura compreender os povos indígenas como sujeitos criadores de expressões culturais. Expressões culturais que consubstanciam obras intelectuais protegidas pelo direito autoral, tais como histórias baseadas na tradição oral, grafismos e padrões gráficos, rituais, músicas, ritmos, danças, símbolos e sinais que distinguem e expressam identidades. Além da proteção contra usos inadequados ou interpretações equivocadas por terceiros, o reconhecimento da titularidade coletiva sobre expressões culturais indígenas passa a ser importante no momento em que tais expressões encontram as novas mídias que caracterizam os tempos atuais. A análise procura evidenciar a complexidade do tema e busca elementos que possam forjar a construção de instrumentos de proteção que induzam relações interculturais equitativas e equivalentes em forças e interesses entre os povos indígenas e os usuários e consumidores dessas expressões.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO AUTORAL; EXPRESSÕES CULTURAIS; POVOS INDÍGENAS; DIVERSIDADE CULTURAL; PROPRIEDADE INTELECTUAL.

RÉSUMÉ

Cet article a pour propos d´analiser et discuter la protection juridique des expressions culturelles des peuples indigènes selon deux perspectives distinctes. La première, dans la perspective des droits de la propriété intellectuelle, consubstantielle au droit d´auteur, qui est la forme de propriété intellectuelle la plus dédiée aux expressions culturelles. La seconde, dans la perspective des nouveaux droits qui assurent la diversité culturelle, spécialement la diversité des expressions culturelles. Ces droits qui sont en phase constante de systématisation au plan international par l´Organisation des Nations Unies pour l´Éducation, la Science et la Culture (UNESCO). Cette entreprise de systématisation connut son apogée lors de la Convention sur la Protection et la Promotion de la Diversité des Expressions Culturelles que l´UNESCO a approuvée en 2005 durant sa 33° Conférence Générale. L´analyse cherche à comprendre les peuples indigènes comme des sujets créateurs d´expressions culturelles. Des expressions culturelles qui s´établissent en oeuvres intellectuelles protégées par le droit d´auteur, comme les histoires basées sur la tradition orale, les graphismes et les modèles graphiques, les rituels, les musiques, les rythmes, les danses, les symboles et les signes qui distinguent et expriment des identités. Au-delà de la protection contre des usages non appropriés ou des interprétations erronées, la reconnaissance d´une autorité collective pour les expressions culturelles indigènes devient importante au moment où ces expressions rencontrent les nouveaux médias qui caractérisent les temps actuels. L´analyse tente de démontrer la complexité du thème et cherche à définir les éléments qui puissent servir à l´élaboration d´instruments

[470] Victor Lúcio Pimenta de Faria é servidor público federal e mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA).

de protection qui permettraient d´établir des relations équitables et équivalentes en force et en intérêts entre les peuples indigènes et les consommateurs de ces expressions.

MOTS-CLES: DROIT D`AUTEUR ; EXPRESSION CULTURELLE; PEUPLES INDIGENES; DIVERSITE CULTURELLE ; PROPRIETE INTELLECTUELLE .

INTRODUÇÃO

Dentre os diversos instrumentos do arcabouço jurídico da modernidade, duas importantes e distintas perspectivas serão utilizadas neste trabalho, que se propõe a analisar e discutir a proteção jurídica de expressões culturais de povos indígenas.

A primeira é a perspectiva dos direitos de propriedade intelectual, consubstanciada no direito autoral, a qual afeta às expressões culturais. Desta perspectiva, a proteção representa, na sua essência, o controle do "direito de acesso" às expressões culturais. Em outras palavras, proteção aqui representa o controle sobre a disponibilidade das expressões culturais. O princípio desta proteção são os procedimentos de locação, anuência, licenciamento, concessão, cessão (direito de transferência[471]), admissão, adesão, assinatura, etc. A lógica desta proteção é a da barreira e a do nicho, que se por um lado protege as expressões contra usos equivocados ou indevidos de terceiros, por outro, facilita a sua reificação. A proteção pelo viés do direito autoral contribui para transformar expressões culturais indígenas em insumo e mercadoria. Esta é a essência dos direitos de propriedade intelectual que será inevitavelmente impressa nas expressões culturais protegidas por esse sistema.

A segunda perspectiva de proteção pode ser empreendida sobre *novos* direitos que asseguram a diversidade cultural. Tais direitos estão sendo sistematizados no plano internacional pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO). Tal sistematização culmina na Convenção sobre Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais que a UNESCO aprovou em 2005 durante a sua 33º Conferência Geral[472]. De acordo com a terminologia da Convenção, o termo "proteção" significa a adoção de medidas direcionadas à preservação, salvaguarda e valorização das expressões culturais, uma vez que toda criação tem suas origens nas tradições culturais[473]:

> É importante apontar para o fato de que, na terminologia da UNESCO, o termo "proteção" significa a adoção de medidas direcionadas à preservação, salvaguarda e valorização. (...). Nesse contexto, o termo "proteção" não adquire as conotações que ele poderia sugerir na linguagem comercial. Quando usado em conjunto com o termo "promoção", implica o desejo de manter vivas expressões culturais ameaçadas pelo crescente ritmo de globalização. A palavra "promoção" expressa o chamado à contínua regeneração das expressões culturais, de modo a assegurar que elas não sejam confinadas em museus, folclorizadas ou reificadas.

[471] Sobre a transferência dos direitos de autor a legislação brasileira dispõe: art. 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, 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.

[472] Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais: texto oficial ratificado pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo 485/2006; 2007. **UNESCO Office Brasilia**: BR/2007/PI/H/1. Dez Chaves para entender a Convenção. P. 23. <http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001502/150224por.pdf> Último acesso em 3 de setembro de 2010.

[473] A Declaração Universal sobre Diversidade Cultural da UNESCO de 2002 declara no artigo 7 que "Toda criação tem suas origens nas tradições culturais, porém se desenvolve plenamente em contato com outras. Essa é a razão pela qual o patrimônio, em todas suas formas, deve ser preservado, valorizado e transmitido às gerações futuras como testemunho da experiência e das aspirações humanas, a fim de nutrir a criatividade em toda sua diversidade e estabelecer um verdadeiro diálogo entre as culturas".

Referida Convenção é relevante para a proteção das expressões culturais indígenas por dois motivos fundamentais. Primeiro, porque os seus conceitos e princípios diretores são constituídos para elevar as expressões culturais da categoria de meras mercadorias ou bens de consumo. O sistema jurídico originado dos citados documentos da UNESCO reconhecem que tanto as expressões quanto os bens e serviços culturais comunicam identidades, valores e significados e, por isso, não podem ser considerados apenas como meros objetos de negociações comerciais. O segundo motivo é um desdobramento do primeiro. No sistema da UNESCO há o reconhecimento da dupla natureza econômica e cultural das expressões culturais na indústria. Assim, no caso da Convenção para a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, quando os Estados signatários adotarem as políticas e medidas que julgarem adequadas nos seus territórios, deverão levar em conta essa dupla natureza (econômica e cultural), inclusive em complementaridade a outros tratados internacionais, mesmo os que regulamentam intercâmbios comerciais.

A Convenção alude a populações, povos ou indivíduos indígenas em quatro momentos: duas vezes no preâmbulo, reconhecendo a importância dos conhecimentos tradicionais como fonte de riqueza material e imaterial, e, em particular, dos sistemas de conhecimento das populações indígenas e sua contribuição positiva para o desenvolvimento sustentável; e ao levar em consideração a importância da vitalidade das culturas para todos, incluindo as pessoas que pertencem a minorias e povos indígenas. Uma vez no artigo 2, dos Princípios Diretores (Princípio da igual dignidade e do respeito por todas as culturas), quando inclui as culturas dos povos indígenas. E, finalmente, no artigo 7, sobre as medidas para a promoção das expressões culturais, onde consta a obrigação das Partes em criar condições para indivíduos e grupos sociais a criar, produzir, difundir, distribuir suas próprias expressões culturais, e a elas ter acesso, conferindo a devida atenção às circunstâncias e necessidades especiais dos diversos grupos sociais, incluindo os povos indígenas.

Assim, as Partes da Convenção assumem algumas obrigações para com os povos indígenas, uma vez que o acordo os considera atores fundamentais para a diversidade cultural. Nesse sentido, as Partes são conclamadas a prestar a devida atenção às condições e necessidades especiais desses indivíduos e grupos no campo da criação cultural, garantindo um ambiente propício à criação, produção, disseminação e usufruto das suas expressões culturais. Sem embargo, o elemento central da Convenção para a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais da UNESCO é a cooperação internacional. No entanto, não faz parte da lógica desta convenção controlar ou mesmo restringir o acesso às expressões culturais. A lógica é a de não limitar o fluxo dessas expressões com base em protecionismos ou "isolacionismos identitários" [474].

A estratégia adotada pela UNESCO parece ter sido a possível diante dos interesses comerciais tão mais prementes no jogo de forças internacional. A estratégia também é útil para permitir o livre trânsito e o compartilhamento de repertórios, sentidos, adaptações e versões de expressões e obras pertencentes a uma matriz cultural específica. Esse livre trânsito e o compartilhamento são fundamentais para a manutenção daqueles universos criativos, nos quais podem se inserir os povos indígenas. Entretanto, ainda que, por exemplo, a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais reconheça "a importância dos direitos da propriedade intelectual para a manutenção das pessoas que participam da criatividade cultural", ela não segue no sentido de reconhecer uma propriedade intelectual coletiva. Assim, quando expressões culturais coletivas ultrapassam as fronteiras do seu próprio universo criativo de inspiração, do seu contexto cultural de origem, em usos inadequados ou interpretações equivocadas por terceiros de fora do *circuito*, continua inexistindo previsões taxativas de proteção. Ao menos naquela proteção que segue a lógica de um direito real de propriedade.

DESENVOLVIMENTO

Proteger, no sentido de restringir o acesso, vem sendo historicamente uma das funções da Propriedade Intelectual. Contudo, essa proteção se confere a um sujeito individualmente determinado e não a um sujeito coletivo como nos moldes característicos dos povos indígenas.

[474] Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais: texto oficial ratificado pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo 485/2006; 2007. **UNESCO Office Brasília**: BR/2007/PI/H/1. Dez Chaves para entender a Convenção. P.30.

Verifique-se a lei autoral brasileira vigente[475]. Ela dispõe um conjunto de regras destinadas a regular a produção e a circulação de obras intelectuais (artísticas, científicas e literárias). É uma legislação voltada para a proteção individual do autor, das participações individuais em obras coletivas e do mercado de obras intelectuais. Regula as relações que envolvem negócios entre autores e aqueles que comercializam, por qualquer meio ou forma, as criações do espírito protegidas, sejam elas obras de engenho ou arte.

Para a legislação vigente, que toma por pressuposto único a pessoa física como sujeito da criação (art. 11), obra coletiva é aquela "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" (art. 5º, VII, h). A legislação atual desconhece a dimensão coletiva que acontece em torno das expressões culturais indígenas.

Povos indígenas são efetivamente sujeitos criadores de expressões culturais. Expressões culturais que consubstanciam obras intelectuais protegidas pelo direito autoral, tais como histórias baseadas na tradição oral, grafismos e padrões gráficos, rituais, músicas, ritmos, danças, símbolos e sinais que distinguem e expressam identidades. Tomar os povos indígenas como sujeitos criadores de expressões culturais significa reconhecer a dimensão coletiva sobre a titularidade dessas expressões. Entretanto, a titularidade conferida sobre essas expressões não deve ser compreendida como genericamente coletiva. Em alguns contextos indígenas, tais expressões são compartilhadas e recriadas por intermédio de unidades sociais específicas. Em outros contextos, determinadas expressões vão pertencer a um grupo familiar específico, ou sua exteriorização será consentida somente por intermédio de uma liderança espiritual. O fato é que pode haver uma miríade de possibilidades concernentes às formas de manifestação e disposição coletiva das expressões culturais.

O fato de haver uma miríade de possibilidades para a titularidade coletiva de expressões culturais indígenas não pode redundar em ausência legal de proteção contra usos equivocados ou culturalmente prejudiciais ao contexto de inspiração. A legislação autoral vigente não toca no tema e quando reconhece algum aspecto é justamente para lançá-lo para fora de sua competência, como atesta o seu artigo 45:

> Art. 45. 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**. (grifos nossos)

Os fundamentos insculpidos na sistemática da UNESCO para a diversidade cultural podem ajudar a corrigir esse vácuo legal, especialmente os que sustentam a Convenção para a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais. Tais fundamentos podem ajudar a organizar normas (regras e princípios) de proteção, ainda que a restrição de acesso não faça parte do nexo axiológico daquela Convenção, que toma por valor supremo o livre intercâmbio e a circulação de idéias e expressões culturais.

A Convenção para a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais da UNESCO compreende as expressões culturais como resultado da criatividade de indivíduos, grupos e sociedades. Ao mesmo tempo, reconhece a importância dos conhecimentos das populações indígenas como fonte de riqueza material e imaterial e determina a obrigação das Partes em criar condições para indivíduos e grupos sociais a criar, produzir, difundir e distribuir suas próprias expressões culturais, e a elas ter acesso, conferindo a devida atenção às circunstâncias e necessidades especiais dos diversos grupos sociais, incluindo os povos indígenas. Indiretamente a Convenção reconhece os povos indígenas como sujeitos criadores de expressões culturais.

Além da proteção contra usos inadequados ou interpretações equivocadas por terceiros, o reconhecimento da titularidade coletiva sobre expressões culturais indígenas passa a ser importante no momento em que tais expressões encontram as novas mídias que caracterizam os tempos atuais. E elas se encontram com muita freqüência. Dois casos ajudarão a compreender esse encontro.

[475] BRASIL. **Lei Ordinária n.º 9.610**, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Publicada no DOU de 20 de fevereiro de 1998.

Em 2006, uma grande produção levou a modelo Gisele Bündchen até uma aldeia do povo Kisêdjê no Parque Indígena do Xingu, localizado no nordeste do estado do Mato Grosso. A modelo *estrelou* uma campanha publicitária para sandálias de borracha. A campanha associava a imagem da modelo à de uma grande iniciativa ambiental do Instituto Socioambiental (ISA) para a conservação das cabeceiras do rio Xingu, o projeto Y Ikatu Xingu ("Salve a Água Boa do Xingu"). Essa associação de imagens e interesses comerciais e ambientais se estabeleceu mediante o uso publicitário de grafismos, pinturas corporais, danças, trajes, arquitetura, utensílios, música e rituais do povo Kisêdjê. Segundo os idealizadores da campanha:

> [...] Dentre as tribos afetadas, os Kisêdjê foram os escolhidos para este projeto. Eles são conhecidos pelas suas músicas, aprendidas com os seres e espíritos que, segundo suas tradições, habitam aquelas terras, por suas manifestações de ideais de beleza, pela sua vida harmoniosa em comunidade e pela integração dos dois mundos que os cercam: o humano e o não humano. Além disso, lutam pela integridade do seu território e contra a ocupação desordenada das cabeceiras do Rio Xingu. A escolha dos Kisêdjê foi o segundo passo.
> Em abril, começou a terceira etapa: o produto da Grendene começava a ser desenhado. Durante três dias, oficinas de grafismos em plena tribo Kisêdjê, envolvendo os próprios índios, começavam a definir os padrões que seriam usados nas sandálias. Anhi ro roptxi ("[fiz] uma onça em mim mesmo"), tepsôk nhõ sôgô ("pintura do botoque") e anhi ro küntêmtêm ("[fiz] uma espiral em mim mesmo) foram os selecionados.
> Projeto escolhido, tribo selecionada, sandálias em produção...hora de levar Gisele Bündchen até a aldeia Kisêdjê. A produção do filme consumiu 3 meses e ele foi rodado em 5 dias.
> Priorizando a veracidade do filme, não há atores ou figurinos preparados. Os atores são os índios da própria aldeia usando unicamente trajes característicos de festas e rituais. A trilha também é autêntica, composta e tocada por eles. Até a Ipanema que aparece nos pés da Gisele tem um toque Kisêdjê: os 3 grafismos obtidos na tribo dominam toda a superfície da sandália [...][476].

Na aldeia São Pedro, do povo Xavante, em Mato Grosso do Sul, seis canções típicas da etnia[477] estão disponíveis na forma de toques de celular (*ringtones*) para clientes de diversas operadoras deste tipo de telefonia[478]. As canções podem ser escutadas no site http://g1.globo.com/Noticias/0,,lIF1341-6174,00.html [479].

---

[476] <http://www.sitedaw.com.br/campanhas/content/ikatu_xingu.wbr>. Último acesso em 11.02.2009.

[477] ***"Animação para os velhos", "Canto de Caça", "Dança da Cura", "Darini", "Festa das Mulheres" e "Segredo dos Homens". Autoria atribuída à Associação Abadzinhorodzé.*** **<**http://www.cidade.usp.br/blog/catalogo-xavante> Último acesso em 14 de agosto de 2009.

[478] "A iniciativa parte de um projeto chamado de Cidade Móvel e foi desenvolvida pela Cidade do Conhecimento, instituição ligada à Universidade de São Paulo (USP) e o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (ITI). Segundo os responsáveis, o conteúdo digital seria utilizado para a geração de renda e de ocupação para os membros da comunidade indígena. O projeto, que teve investimento de R$ 930 mil do ITI, prevê o usuário baixando um desses arquivos por cerca de três reais. A comunidade Xavante receberia uma porcentagem. Segundo a reportagem, geralmente as operadoras ficam com cinqüenta por cento do valor do conteúdo oferecido. Schwartz, um dos responsáveis pelo projeto, admitiu que a experiência na aldeia São Pedro foi marcada pelo choque cultural. Eles tinham que explicar e demonstrar aos índios, como os *ringtones* funcionavam e como poderiam ajudá-los financeiramente. "Levamos um telefone até a aldeia para mostrar exatamente como seria o projeto. Ensinamos os participantes das oficinas a produzir o conteúdo no computador e, como eles são curiosos, tiveram facilidade para aprender a mexer com os programas". Cerca de 20 dos 300 membros da tribo assistiram às aulas, realizadas em 2005, durante três visitas dos paulistanos à aldeia. A tribo também escolheu um índio para liderar o projeto, que visitou a USP em 2005. A comunidade autora de seis *ringtones* tem um PC que funciona com gerador elétrico, pois não há luz no local – essa mesma fonte de energia é utilizada para a TV durante os jogos do Flamengo, time oficial da comunidade. Em breve, quando também tiverem acesso à internet, os índios poderão também acessar a biblioteca de sons, com arquivos gratuitos para aqueles que querem produzir conteúdo digital." <http://g1.globo.com/Noticias/Tecnologia/0,,AA1359166-6174,00.html acesso em 22.11.2006> Último acesso em 14 de agosto de 2009.

[479] Último acesso em 14 de agosto de 2009.

A iniciativa é do grupo de pesquisa Cidade do Conhecimento da USP, em convênio e colaboração com outros órgãos e instituições[480]. Em 2005, quando ainda gozava de boa saúde, o falecido antropólogo francês Claude Lévi-Strauss ganhou dos idealizadores do projeto um celular que toca um dos cantos Xavante e exibe o *wallpaper* de um ritual[481]. A homenagem se deveu ao fato de Lévi-Strauss ter estudado aquela comunidade Xavante na década de 1930 e de ter sido um dos fundadores da universidade que encampa o projeto de "Emancipação Digital". Sobre esta última, os idealizadores explicam o conceito:

1. Inclusão e Emancipação Digital

> De acordo com a enciclopédia virtual Wikipedia, Inclusão Digital (ID) é a universalização do acesso aos meios, ferramentas, conteúdos e saberes da Sociedade da Informação e Comunicação, através das Tecnologias da Informação e Comunicação [...]
>
> Desde a sua fundação em 2001 o projeto "Cidade do Conhecimento" tem feito a crítica a esses modelos de inclusão digital que focam exclusiva ou excessivamente no desafio do acesso, sublinhando a importância do novo paradigma de "Economia da Informação" e não apenas de acesso à sociedade da informação. Em 2005, as pesquisas e projetos-piloto conduziram a Cidade do Conhecimento ao conceito de **"Emancipação Digital"**, em oposição às noções mais comezinhas de "inclusão" excessivamente focadas na questão do acesso. [...]
>
> Neste modelo, capaz de organizar a produção e a demanda por bens e serviços produzidos digitalmente pelas comunidades atendidas por programas de inclusão digital, as populações menos favorecidas passam a ter não apenas acesso, mas os meios de conhecimento (software, hardware e conhecimento) para o controle dos processos produtivos de conteúdo digital (os meios de produção de valor na sociedade do conhecimento, do entretenimento e das artes audiovisuais). Neste contexto, os cidadãos conseguem emancipar-se, ou seja, agir individual e coletivamente em função de projetos de desenvolvimento humano[482].

Nos dois casos expressões culturais indígenas foram transacionadas e extrapolaram a esfera individual dos seus autores e o circuito cultural de origem para atingir novas dimensões. Nos dois casos há um evidente interesse do coletivo indígena no sentido de autorizar ou restringir o acesso daquelas expressões. E, no entanto, não há no ordenamento jurídico instrumentos específicos que orientem essa espécie de relação. Proteger as expressões culturais coletivas tanto de usos inadequados quanto nas relações comerciais é uma forma de salvaguardar a própria comunidade cultural[483], que guarda a sua razão de ser na dinâmica recriação da sua identidade e simbologias.

Em 2004 o Instituto Socioambiental[484] publicou um livro sobre direitos autorais indígenas[485]. Nos dizeres do prefácio, "os autores, advogados do ISA, tomam por base a experiência de anos da organização, que tem se dedicado, na análise de casos concretos, a pensar e a construir um novo entendimento do direito autoral e de imagem".

---

[480] "A cidade do Conhecimento é um grupo de pesquisa que desenha e implementa iniciativas de emancipação digital conectando a USP e centros de pesquisa, empresas, instituições públicas e organizações da sociedade civil. O projeto é associado ao Núcleo de Política e Gestão Tecnológica (PGT) da USP e liderado no Dept. de Cinema, Rádio e TV pelo Prof. Gilson Schwartz". <http://www.cidade.usp.br/blog/missao-2/> Último acesso em 14 de agosto de 2009.

[481] Informações sobre a homenagem à Lévi-Strauss podem ser obtidas em: <http://www.cidade.usp.br/blog/oficina-de-emancipacao-digital-xavante-2/> e em < http://idgnow.uol.com.br/telecom/2005/09/19/idgnoticia.2006-03-12.2572543562/> Último acesso em 14 de agosto de 2009.

[482] <http://www.cidade.usp.br/blog/inclusao-e-emancipacao-digital-2/> Último acesso em 14 de agosto de 2009.

[483] A Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais da UNESCO fala de comunidades culturais no artigo 7 quando dispõe que "as Partes buscarão também reconhecer a importante contribuição dos artistas, de todos aqueles envolvidos no processo criativo, das **comunidades culturais** e das organizações que os apóiam em seu trabalho, bem como o papel central que desempenham ao nutrir a diversidade das expressões culturais". (grifo nosso).

[484] O Instituto Socioambiental (ISA) é uma associação sem fins lucrativos, qualificada como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip), fundada em 22 de abril de 1994. Tem como objetivo a defesa de bens e direitos sociais, coletivos e difusos, relativos ao meio ambiente, ao patrimônio cultural, aos direitos humanos e dos povos.

[485] BAPTISTA, Fernando Mathias; VALLE, Raul Silva Telles do. **Os povos indígenas frente ao direito autoral e de imagem**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004. 99p.

Nas considerações finais da publicação, os autores concluem que o direito de autor e de imagem apresentam lacunas legais que precisam ser preenchidas pelos intérpretes do Direito. Mas que tais lacunas não significam que o patrimônio imaterial coletivo indígena esteja desprotegido no ordenamento jurídico brasileiro. Segundo os autores, os princípios jurídicos que regem o direito autoral e de imagem se aplicam ao caso das criações coletivas indígenas, "sendo necessário apenas aplicar adequadamente algumas regras hoje existentes na legislação às características específicas da realidade cultural indígena".

No início de 2006, buscando a proteção do patrimônio material e imaterial indígenas relacionados à imagem, criações artísticas e culturais, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) editou a Portaria n° 177 numa tentativa de regulamentar administrativamente tais questões. No que diz respeito à hierarquia das fontes legais, a portaria não parece ser o instrumento mais adequado, já que o seu conteúdo inova o direito autoral brasileiro com a noção do direito autoral coletivo. Segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr., "uma portaria serve ao Ministro para disciplinar o comportamento orgânico no seu âmbito ministerial. Mas não serve para baixar o regulamento de uma lei" [486].

Para examinar a aplicação do direito autoral indígena - tal qual o concebeu a FUNAI – conjeturamos uma hipótese sobre um caso concreto. O caso escolhido procurará evidenciar a complexidade do problema jurídico do exercício de um direito coletivo sobre expressões culturais.

Em julho de 2008 o governo do Estado do Amazonas realizou em Manaus o Terceiro Festival Amazonas Jazz. O evento contou com apresentações de artistas como Hermeto Pascoal, Frank Sinatra Jr, Celso Pixinga, Vincent Herring, Marcel Powell, Thomas Clausen, Daniel D'alcântara, Mike Moreno, dentre outros. O Corpo de Dança do Amazonas abriu o festival com uma coreografia inspirada no ritual da moça nova, dos índios Ticuna (também denominados Tukuna ou Maguta). O ritual Ticuna teria sido escolhido por suas semelhanças conceituais com o tema musical da montagem, a obra "Ritos de Passagem", do compositor estadunidense Ed Sarath[487].

As expressões do ritual Ticuna da moça nova, tomadas no seu conjunto, inspiraram a coreografia do Corpo de Dança do Amazonas. O ritual da moça nova é um acontecimento onde expressões como a dança e a música se associam a crenças, conhecimentos, gastronomia, vestimentas, relações parentais e outros elementos da vida social Ticuna:

> A festa da moça nova representa uma ocasião social e ritual de máxima importância na vida Tikuna, quando a menina púbere Tikuna, depois de uma reclusão de poucos meses é reintegrada como moça na comunidade. (...) Quando a menina tem sua primeira menstruação, seus parentes dão início aos preparativos, convidando seus aparentados clânicos e providenciando material e alimentos para os três longos dias festivos. A mandioca e o peixe são preparados com antecedência, assumindo "valor de uso ritual", notadamente na bebida 'Pajauarú' (fermentado alcoólico da mandioca) e na carne moqueada que é distribuída entre os presentes. Fibras extraídas de espécies vegetais, como o tururí e o buriti, são usadas na confecção das roupas e adereços cerimoniais[488].

Coreografia é uma criação intelectual protegida pelo direito autoral. É compreendida pela doutrina autoralista como "a arte de compor, de dirigir bailados e descrevê-los através de um sistema ideográfico convencional. Baseia-se na capacidade de movimentos do próprio corpo humano, incluindo tanto passos cadenciados e saltos, como gestos. Interliga-se freqüentemente com a mímica, subordinando-se a um determinado ritmo". [489]

Discorrendo sobre o balé, Tarnec (*apud*. Chaves), invoca abundantemente a jurisprudência e sustenta que a proteção autoral pode-se aplicar separadamente aos elementos que o constituem. [490]

---

[486] FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito – técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1988. p. 213.
[487] FARIAS, Elaíze. Ritual Tikuna inspira novo espetáculo do CDA. **Amazonas em Tempo**. Manaus, 13 junho 2008. Platéia, E/3.
[488] MENDONÇA, João Martinho. A imagem dos Tükúna no contexto de um trabalho antropológico: fotografias de Roberto Cardoso de Oliveira.
[489] CHAVES, Antônio. **Direito de Autor. Princípios Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. 538p.
[490] Idem. p. 205.

Para os fins almejados, supomos que a expressão cultural Ticuna, o conjunto simbólico e expressivo do ritual da moça nova, teria sido parte integrante da obra coreográfica em estudo. Assim, conjeturamos que a expressão cultural Ticuna, em combinação com os outros elementos distintos, como a seqüência de passos, suas relações com a música, constituíram a obra coreográfica do Corpo de Dança do Amazonas.

Se a proteção autoral pode ser aplicada separadamente aos elementos que constituem a obra, não seria razoável que, para o uso de tal *argumento* indígena pelo Corpo de Dança, fosse antes necessária a anuência do povo Ticuna? Não se trataria, então, de um direito autoral coletivo?

Concordando-se com isso, seria necessária a anuência Ticuna para a utilização daquela expressão cultural pelo balé. Entretanto, o ritual da moça nova é uma expressão cultural pertencente à totalidade do povo Ticuna. Se esta afirmação é correta, quem teria legitimidade para anuir ou desaprovar a uso da expressão cultural na obra coreográfica de terceiros?

Entre o povo Ticuna não parece haver uma delegação de poderes a uma autoridade central, que fale por todos os membros. Igualmente, não há uma representação formal, uma pessoa jurídica que reúna a todos, nem uma liderança tradicional que represente toda a etnia.

De acordo com a Fundação dos Povos Indígenas do Amazonas[491], o povo Ticuna ocupa tradicionalmente a região fronteiriça entre Brasil, Colômbia e Peru. Sua população encontra maior densidade no território brasileiro, estando estimada em 33 mil indivíduos, distribuídos em 18 terras indígenas na região do alto Solimões (SDS, 2005). O povo Ticuna é considerado atualmente o maior grupo étnico do país, possuindo forte organização social, além de ter constituído pessoas jurídicas de direito privado como a Federação das Organizações, Comunidades e Caciques da Tribo Ticuna (FOCCITT), o Conselho Geral da Tribo Ticuna (CGTT) e a Associação de Mulheres Indígenas da Tribo Ticuna (AMITT).

A organização social Ticuna, suas lideranças tradicionais, bem como as pessoas jurídicas de direito privado citadas configuram um aparato civil legítimo para promover uma gestão pró-ativa e reativa sobre suas expressões culturais. No entanto, como se trata de uma expressão cultural compartilhada, a anuência de uma liderança poderia ser contradita pela negativa de outra liderança igualmente legítima. O que fazer neste caso?

A representação ainda é um problema a ser equacionado na prática. No plano administrativo, a Portaria nº 177 da FUNAI dispõe que a representação da comunidade indígena, titular do direito coletivo, deverá ser feita de acordo com seus costumes e tradições. E na ausência da representação, de acordo com os costumes e tradições, seria admitida a representação por pessoas jurídicas ou por associações de fato. Finalmente, na falta de identificação clara da representação tradicional, dever-se-ia ouvir outras formas de representação que porventura existirem. Nenhuma luz, portanto, é lançada para dirimir uma possível desavença ou controvérsia entre representantes legítimos para anuir ou discordar sobre o uso da expressão cultural Ticuna em obra coreográfica.

Souza Filho diz que o direito coletivo indígena "é um direito onde todos são sujeitos. Se todos são sujeitos do mesmo direito, todos têm dele disponibilidade, mas, ao mesmo tempo, ninguém pode dele dispor, contrariando-o, porque a disposição de um seria violar o direito de todos[492]". Souza Filho fala de um direito coletivo dos povos e das minorias, que não pertencem a todos, mas apenas àquele povo. Um direito cuja titularidade pertence aos membros de uma comunidade. Seria um direito indivisível entre seus titulares, pois uma eventual divisão do objeto faria com que todos os titulares do todo continuassem titulares das partes. Um direito que não é passível de alienação, imprescritível, inembargável, impenhorável e intransferível. Uma categoria dessa espécie, segundo Souza Filho é formada pelos direitos culturais, que refletem a própria essência do povo:

> A língua, os mitos de origem, a arte, os saberes e a religião são a roupagem com que um povo se diferencia dos outros. Estes direitos [culturais] também têm a dupla perspectiva de ser um direito de todos, incluindo os alheios ao grupo, de que a cultura

[491] Catálogo de Artesanatos Indígenas da Região do Alto Solimões. 2004/2007. Projeto de Apoio à Comercialização de Artesanatos dos Povos do Alto Solimões – Convênio n.º 0071/2004 – MIN (Ministério da Integração Nacional). Fundação Estadual dos Povos Indígenas (FEPI) Amazonas.

[492] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. 1º Ed., (ano 1998), 5ª tir. Curitiba: Juruá, 2006. p. 176

seja preservada, e o direito de cada membro de grupo de manifestá-la individualmente.[493]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da complexidade do tema acreditamos que as bases de uma efetiva proteção aos povos indígenas, na qualidade de sujeitos criadores de expressões culturais e titulares de direitos respectivos, estão esboçadas no sistema criado pela UNESCO para a proteção da diversidade das expressões culturais. Seriam as bases de uma proteção que induz a relações equitativas e equivalentes em forças e interesses, entre os povos indígenas e os usuários e consumidores dessas expressões.

Uma proteção dessa espécie deverá ter dois sentidos. Isso significa uma proteção que sirva para além da segurança jurídica do usuário de expressões culturais indígenas. Uma proteção que faculte aos povos indígenas a possibilidade de dizer "não" à apropriação, ao uso indevido ou à adaptação inadequada ou vexatória de suas expressões. Uma proteção que não faça tabula rasa das profundas diferenças sociais e culturais de cada um dos povos indígenas. Uma proteção que, prevendo a diversidade cultural, evite a busca por traços comuns a todos os povos. Uma proteção que não considere as expressões culturais coletivas como genericamente coletivas e que respeite a titularidade de algumas expressões, mesmo quando os co-titulares sejam o Gavião-Espírito ou o Morcego-Espírito[494].

Esta proteção ainda não existe.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAPTISTA, Fernando Mathias; DO VALLE, Raul Silva Telles. **Os povos indígenas frente ao direito autoral e de imagem**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004. 99p.

BRASIL. Lei Ordinária n.º 5.988, de 14 de dezembro de 1973. Regula os direitos autorais e dá outras providências. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 dezembro, 1973. Seção 1.

_____. Lei Ordinária n.º 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. In: Diário Oficial da União, Brasília, 15 maio, 1996. Seção 1.

_____. Lei n.º 9.456, de 25 de abril de 1997. Institui a Lei de Proteção de Cultivares e dá outras providências. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, 8 abril, 1997. Seção 1.

_____. Lei Ordinária n.º 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, n.º 36, 20 fevereiro, 1998, Seção 1.

CHAVES, Antônio. **Direito de Autor. Princípios Fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. 538p.

FARIAS, Elaíze. Ritual Tikuna inspira novo espetáculo do CDA. Amazonas em Tempo. Manaus, 13 junho 2008. Platéia, E/3.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito – técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1988. 335 p.

MENDONÇA, João Martinho. A imagem dos Tukúna no contexto de um trabalho antropológico: fotografias de Roberto Cardoso de Oliveira. **Rev. Antropol**. [online]. 2000, vol.43, n.1, pp. 239-246.

[493] SOUZA FILHO. **Op. Cit.** p. 184

[494] Os cantos e histórias do Gavião-Espírito e do Morcego-Espírito são expressões culturais coletivas do povo Maxakali de Minas Gerais, que foram celebrados para o projeto "Imagem Corpo Verdade: trânsito de Saberes Maxakali" com a ajuda do Laboratório de Etnomusicologia da UFMG e da ONG Filmes de Quintal. O projeto busca resgatar tais expressões e com ela a estima de um povo que ainda sobrevive em meio à luta contra o alcoolismo, a miséria e a indiferença.

MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL. **Projeto de Apoio à Comercialização de Artesanatos dos Povos do Alto Solimões.** Manaus, 2004/2007. CATÁLOGO.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 2006. 212 p.

TUGNY, Rosângela Pereira de (org.). **Cantos e Histórias do Gavião-Espírito**. Rio de Janeiro: Azougue, 2009. 540p.

_____. 2009. **Cantos e Histórias do Morcego-Espírito e do Hemex**. Rio de janeiro: Azougue. 556p.

Sites Consultados

www.unesco.org

www.sitedaw.com.br

www.cidade.usp.br

http://g1.globo.com/Noticias

http://idgnow.uol.com.br

4.7.3 Direitos de Transmissão de Eventos Esportivos, Direito Autoral e Aspectos Concorrenciais: o Caso das Fan Fests Organizadas pela FIFA

Sérgio L. B. F. Reis[495]

Resumo
O autor analisa aspectos legais das transmissões esportivas e das Fan Fests, eventos organizados pela FIFA nos quais há a veiculação dos jogos da Copa do Mundo de futebol. O trabalho estuda os direitos de transmissão no sistema jurídico brasileiro, e, em um segundo momento, aborda aspectos da estrutura contratual adotada pela FIFA para a exibição pública dos jogos da Copa do Mundo, principalmente as execuções que tem por finalidade atrair público e ocorrem sob a forma de um evento público. A eventual restrição de acesso ao conteúdo audiovisual, e, conseqüente, exclusão de terceiros do segmento de organização de eventos tendo como tema a Copa do Mundo pode vir a ter efeitos negativos sobre o direito de acesso da coletividade ao conteúdo audiovisual e ser considerado um uso abusivo de tal direito. A importância desta questão cresce tendo em vista que o Brasil será a sede da Copa do Mundo de 2014. Este trabalho tem como foco questões ligadas a propriedade intelectual e ao direito econômico tendo como parâmetro o ordenamento brasileiro.

Palavras-chave: Transmissão televisiva, Esportes, Direito Autoral, Poder de Mercado

Abstract
The author analyzes legal aspects related to sports broadcasting and the Fan Fests, events organized by FIFA in which it is broadcasted the football matches of the World Cup. The article studies broadcasting rights in the Brazilian legal system and, in a second moment, analyses aspects of the contractual structure adopted by FIFA regarding the public exhibition of the World Cup games, specifically the exhibition which aims to attract a significant amount of attendance to a public event. A prospective restriction of access to the audiovisual content, and, consequently, exclusion of third parties can have negative effects on the society right of access to the audiovisual content and depending on the scenario, it could even be considered an abusive use of its intellectual property rights. The importance of this discussion is connected to the upcoming 2014 World Cup which is going to be hosted by Brazil. This work is focused on intellectual property and competition law considering the Brazilian legal system as a parameter.

Key-words: Broadcasting, Sports, Copyright, Market Power

[495] Especialista em Regulação da ANCINE. Assistente e Pesquisador da FGV Direito Rio. Mestre em Direito pela Universidade Cândido Mendes. Participante do Grupo de Pesquisa em Propriedade Intelectual do PMD-UCAM. Contato: sergio.reis@ancine.gov.br

INTRODUÇÃO

Com a realização em 2010 de mais uma Copa de Mundo e com a expectativa brasileira de sediar novamente o evento maior do futebol mundial em 2014, surgem algumas discussões sobre a legalidade de certas práticas adotadas pelas empresas e pela Fédération Internationale de Football Association, FIFA, entidade organizadora do evento. Faz-se necessário compreender que cada ordenamento jurídico goza de peculiaridades e princípios, de forma que um determinado comportamento adotado em uma jurisdição pode ser caracterizado como um ilegal ou abusivo em outra.

Neste trabalho iremos analisar alguns aspectos das Fan Fests perante o ordenamento brasileiro, mais especificamente relacionados a este tipo de promoção sob a ótica da propriedade intelectual e da defesa da concorrência. A principal pergunta que será respondida neste trabalho diz respeito à possibilidade das Fan Fests excluírem terceiros de organizarem eventos semelhantes, ou seja, festas e eventos tendo como tema a Copa do Mundo e utilizando sons e imagens da concessionária de radiodifusão que adquiriu perante a FIFA os direitos de transmissão deste evento para o Brasil.

1. As Fan Fests

Inicialmente, precisamos esclarecer o que são as Fan Fests. O sítio da FIFA explicita que este evento, surgido na Copa da Alemanha em 2006 e ampliado agora na Copa de 2010, é uma grande festa realizada em diversas cidades com a transmissão dos jogos de futebol ao vivo, assim como show de bandas e apresentação de personalidades. Os eventos tentam transmitir a sensação de se estar em uma partida de futebol com grandes telões e moderno sistema de som. Gozam de ampla infra-estrutura característica de grandes espetáculos e festividades, e, ainda possuem alguns grandes patrocinadores corporativos que vinculam as suas marcas à imagem do evento e da FIFA[496]. Em sua origem e sob uma ótica econômica, as Fan Fests tinham por função lidar com a escassez de ingressos típica dos grandes eventos esportivos, i.e., jogos da Copa do Mundo, já que estes espetáculos que atraem pessoas do mundo inteiro, tem acesso limitado a algo em torno de 50 mil espectadores, conforme a capacidade do estádio. Era uma questão delicada no âmbito das relações públicas sediar um evento de porte mundial e restringir o acesso a população local que diretamente, ou indiretamente, havia contribuído para o evento. Logo em seu lançamento este evento foi considerado um sucesso, sendo posteriormente ampliado para outras cidades em diversos continentes.

Esta modalidade de evento é atraente pois busca reproduzir parcialmente a experiência social inerente a uma partida de futebol. O espectador não está sozinho, mas acompanhado de outras pessoas que também compartilham a mesma paixão. E a tecnologia de som e imagem cria um cenário envolvente. Para os patrocinadores existem ganhos associados à veiculação de sua marca associada ao evento, algo próximo ao denominado marketing de experiência. Por sua vez, para as autoridades locais este evento é positivo por criar entretenimento para a população e eventuais turistas, além de prover atividade social e econômica. É uma atividade onde diversos grupos ganham.

2. Proteção ao Formato do Evento

Uma primeira discussão diz respeito a qual momento e de que forma pode incidir a proteção através da propriedade intelectual, como modalidade de tutela do investimento, neste tipo de atividade, a Fan Fest. Inicialmente, podemos discutir se o ordenamento brasileiro admite proteção sobre formato, ou seja, se pode haver algum tipo de proteção através da propriedade intelectual em relação ao formato do evento, *i.e.*, um grande espaço providos de telões que veiculam jogos de futebol.

[496] Informações obtidas no sítio da FIFA, no link: "http://www.fifa.com/worldcup/organisation/fanfest/", acesso em 16.12.2009 e em artigo dos jornalistas Renata Agostini e Úrsula Alonso Manso publicado na edição da Revista Exame em 16.12.2009 com o título "A Festa da Galera".

Neste ponto, tratamos de uma idéia basilar da propriedade intelectual que diz respeito à ausência de proteção das idéias em abstrato[497]. Conforme a lição do Professor José Oliveira Ascensão:

> (...) não há propriedade ou exclusividade de idéias. As idéias, uma vez concebidas, são patrimônio comum da humanidade. É inimaginável um sistema em que as idéias de alguém fossem restritas na sua utilização.[498]

Neste caminho, segue o professor, até abordar o que seria o princípio da liberdade das idéias. Ao tratar da proteção conferida aos processos na propriedade intelectual, se posiciona o acima mencionado professor:

> A obra não é uma idéia de ação. (...) esta proteção, ou cabe em qualquer dos quadros da propriedade industrial, ou não se admite. A idéia, em si, quer seja ou não reitora da atividade humana de execução, não é objeto de proteção em termos de direito de autor.[499]

Seguindo a linha adotada pelo professor Ascensão, pode-se afirmar que pode ser objeto de registro um signo marcário para identificar um evento deste tipo, em que pese o fato de que as expressões "fan" (fã) e "fest" (festa) são relativamente fracas no que diz respeito a esta espécie de atividade e que é necessário realizar a adequada pesquisa na base de dados do INPI. Eventuais outras proteções admitidas pela propriedade industrial poderiam ser utilizadas também, como, por exemplo, uma proteção patentária ao projetores utilizados no evento ou ao material utilizado nos telões.

Desta forma, observamos que a proteção ao formato de um evento não goza de proteção no âmbito da propriedade intelectual no ordenamento pátreo. A idéia de uma festa envolvendo a transmissão de jogos de futebol não é protegida, pois não possui os requisitos previstos no ordenamento, além de que isto seria um cerceamento da livre iniciativa. Este fato não exclui uma eventual proteção jurídica a certos aspectos da exteriorização deste formato. Portanto, podem coexistir num mesmo país ou região diversos eventos com objeto semelhante posto que não há um monopólio legal conferido a este formato.

Em que pese a inexistência de uma proteção específica, observa-se que quando esta idéia é exteriorizada e ganha concretude, passa a haver uma proteção genérica, proteção esta associada à tutela aos bens imateriais[500] que compõem o fundo de empresa. Esta proteção está limitada a disposições jurídicas abstratas, tais como a responsabilidade civil, na hipótese de dano sofrido por uma parte, ou a concorrência desleal. Tendo como exemplo uma feira de produtos esportivos, um segundo evento, no mesmo mercado geográfico, com nome e identidade visuais semelhantes ao primeiro, ou em que haja a captação de clientes da primeira através de meios desidiosos, estaria infringindo aspectos imateriais associados ao fundo de empresa da primeira. A infração de direitos afins ao fundo de empresa, antigamente denominado de fundo de comércio ou de aviamento, poderia, eventualmente, caracterizar um ato de concorrência desleal. No entanto, nada impede que uma segunda empresa monte o projeto de uma feira de produtos esportivos, construa um modelo de negócio para explorar este serviço e conquiste significativa clientela através de seus próprios esforços.

Concluí-se este ponto destacando que a função do direito de propriedade intelectual neste caso está ligada à idéia de coibir situações nas quais ocorra eventual distorção da livre iniciativa e da

---

[497] No Brasil as idéias são expressamente excluídas das obras protegidas pelo direito de autor, na forma do artigo 8º da Lei de Direitos Autorais, Lei No 9.610/98. Cabe menção ao Recurso Especial 906.269 – BA, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, julgamento em 16 de outubro de 2007. Nos mais diversos ordenamentos há farta discussão sobre a dicotomia entre idéias e expressões e sua eventual proteção. Dada a sua didática reproduzimos parte do artigo de Edward Samuels: "There is hardly a single principle of copyright law that is more basic or more often repeated than the so-called idea-expression dichotomy. The doctrine is followed dutifully as an unquestioned principle in hundreds of cases: the "ideas" that are the fruit of an author's labors go into the public domain, while only the author's particular expression remains the author's to control. This principle, sometimes described as having constitutional origins, was developed by the common law, and has now been incorporated into the copyright act itself." SAMUELS, Edward. "**The Idea-Expression Dichotomy in Copyright Law**". 56 Tennesse Law Review 321. Winter, 1989.

[498] ASCENSÃO, José de Oliveira. "**Direito Autoral**". 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 28.

[499] ASCENSÃO, José de Oliveira. Ob. Cit. p. 29.

[500] Neste sentido, cabe menção ao artigo 1.142 do Código Civil. Cabe interpretação deste dispositivo no sentido de que como complexo de bens organizados existem bens materiais e imateriais. Desta forma, a proteção a alguns bens imateriais que não possuem uma proteção específica estaria relacionada à proteção ao estabelecimento.

liberdade de concorrência. Não há a criação de monopólios legais, mas uma tutela jurídica a bens imateriais voltada à concorrência justa e leal. Portanto, a idéia de uma festa com telões passando os jogos da Copa do Mundo não é por si só original ou gera uma exclusividade, de forma que podem ocorrer diversas outras festas veiculando jogos da Copa do Mundo nos mais variados lugares ao mesmo tempo. O que poderá ser protegido será a concretização das Fan Fests, ou seja, elementos originais e específicos relacionados ao fundo de empresa da FIFA como, por exemplo, os patrocinadores e certos elementos visuais associados ao evento.

3. A Titularidade Dos Direitos de Transmissão

Um elemento que gera uma certa preocupação diz respeito à possibilidade da FIFA utilizar instrumentos contratuais para limitar a existência de eventos que concorram com suas Fan Fests. Em outras palavras, a possibilidade de ser estipulada obrigação contratual para a empresa radiodifusora brasileira que adquiriu a licença de transmissão da Copa do Mundo, que objetive limitar contratualmente o acesso ao sinal que retransmite a Copa do Mundo por outras empresas que não estejam vinculadas ou autorizadas pela FIFA. Neste momento torna-se necessário discutir quais são as relações e proteções jurídicas existentes nos contratos de transmissão televisiva de eventos esportivos[501]. Por uma questão metodológica, limitaremos este trabalho a análise da TV aberta.

É necessário em um primeiro momento estabelecer que as jogadas realizadas durante uma partida ou, ainda, os movimentos feitos pelos atletas não são considerados expressões protegidas por direito autoral, por não envolverem expressões artísticas na acepção técnica do termo[502] [503]. Desta forma, diferente de outras formas de expressão nas quais a lei confere um monopólio legal à exploração econômica, isso não acontecerá em relação a uma partida de futebol. Em outros aspectos afetos ao evento esportivo poderá se discutir a existência de direitos de autor e direitos conexos em relação a outros pontos da transmissão, mas estes não existem em relação à partida propriamente dita.

Passando a análise da natureza dos direitos de transmissão para, em seguida, discutir a forma como tal direito tem sido comercializado, cabe menção a lição dos professores Landes e Posner[504], ao analisarem o caso *National Basketball Association v. Motorola*[505] os professores mencionam que poderia haver a hipótese de uma apropriação indevida, *misappropriation*, dos direitos de transmissão. Em que pese o fato de a lei não ter conferido o monopólio sobre aquele conteúdo, por exemplo, através do direito autoral, entender que este direito estaria na esfera do domínio público, acessível e utilizável por qualquer um, não estabeleceria incentivos para que o agente criasse os fatos. Conseqüentemente, estes eventos esportivos, tendo seu conteúdo livremente utilizado, teriam significativa limitação ao crescimento econômico e organização numa forma profissional, e outros tenderiam a deixar de ser transmitidos. Desta forma, sem deixar muito claro qual é o direito envolvido, mas entendendo que este direito poderia ser objeto de apropriação indevida por terceiros, os professores comungam do mesmo entendimento adotado na decisão do caso, no sentido de que o serviço "SportsTrax" da Motorola não infringia os direitos sobre a transmissão de titularidade da NBA, por considerar quer era um serviço meramente informacional e não visava competir ou se apropriar dos direitos da NBA.

Uma visão bastante interessante e com fundamentação muito pertinente é a do professor José Oliveira Ascensão. Em sua obra, ao abordar o direito de arena ele a insere dentro de uma noção maior

[501] Complementarmente, cabe menção as informações relativas a autorização para exibição pública constante no sítio da FIFA. Tais documentos dizem respeito a Copa do Mundo de 2010. <http://pt.fifa.com/worldcup/organisation/publicviewing/info.html>. Acesso em 09 de agosto de 2010.

[502] Esta observação é relevante, considerando que existem obras artísticas, como coreografias ou atuações teatrais em que os movimentos coordenados são uma expressão artística, e, consequentemente, são protegidos pelo direito de autor.

[503] Neste sentido também é a opinião dos professores Landes e Posner. Em sua obra, os professores apontam situação em que há a possibilidade de infração, mas apontam solução diversa do direito autoral.
LANDES, William M., POSNER, Richard A.. "**The Economic Structure of Intellectual Property Law**". Cambridge, EUA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003. p. 106-107.
Cabe menção também a posição do professor Ascensão: "Vamos deixar desde logo o direito de autor. Este não poderia estar em causa, porque o espetáculo desportivo não implica a criação ou a execução de obra artística ou literária". (...) "No domínio dos bens intelectuais, o princípio não é o da universalidade, mas sim o da tipicidade da proteção."
ASCENSÃO, José de Oliveira. Ob. Cit. p. 506.

[504] LANDES, William M., POSNER, Richard A.. Ob. Cit. p. 106-108.

[505] Referência da decisão norte-americana: 105 F.3d 841 (2d Cir. 1997).

denominada de "direito ao espetáculo", que teria uma natureza consuetudinária, costumeira e não legal, tendo por fundamento a proteção ao investimento e o risco assumido pelo agente que organizou o evento. Em relação a todos os espetáculos haveria um princípio da inadmissibilidade da sua transmissão sem autorização de quem organizou o espetáculo. Segue o professor observando que o titular do direito não seria, por exemplo, os clubes participantes de uma partida de futebol, mas sim o organizador do espetáculo, aquele que tem domínio do conjunto dos agentes envolvidos. E a este empresário deveria ser reconhecido o direito de exclusão em relação às transmissões do evento, que se justificaria no fato de a atividade organizativa necessitar de tutela, não podendo ficar sujeita ao aproveitamento parasitário de terceiros. Por fim, cabe reproduzir uma parte da explicação do professor Ascensão neste ponto:

> "Quanto a nós, não temos dúvida nenhuma em afirmar que esse fundamento é o costume. Para quem, como nós, considera o costume uma fonte de direito autônoma, que não depende de reconhecimento legal, o direito do empresário ao espetáculo é um exemplo acabado de costume *praeter legem* vigente genericamente em todas as ordens jurídicas".[506]

Em vista do exposto, consideramos que a titularidade dos direitos sobre o espetáculo, *i.e.*, Copa do Mundo, é da FIFA por se esta a organizadora. Como titular deste direito, dentre outras coisas, ela poderá dispor para terceiros os direitos de transmissão por televisão das partidas de futebol. No Brasil este direitos de transmissão são adquiridos pela TV Globo[507], que veicula este evento para todo o Brasil em conjunto com outros canais de TV aberta. Infelizmente, não temos maiores informações sobre o conteúdo destes contratos[508].

4. Poder de Mercado e Direitos de Transmissão

Uma vez que foi realizada uma análise da questão sob o prisma da propriedade intelectual, no qual abordamos aspectos da proteção ao formato e da forma de surgimento e titularidade relativa aos direitos de transmissão, passamos às questões na esfera do direito antitruste associadas ao objeto deste trabalho. Observa-se inicialmente, que o fato de ser titular dos direitos de transmissão da Copa do Mundo confere à FIFA um significativo poder de mercado, mais especificamente, um monopólio[509], no que diz respeito ao mercado de direito de transmissão da Copa do Mundo. Este fato ganha relevância quando se constata que este é o maior evento do futebol mundial e um dos maiores eventos esportivos do mundo, o que propicia a FIFA uma grande capacidade de atrair patrocinadores[510] e cobrar valores pelas licenças de retransmissão do evento um tanto quanto elevadas. Ressaltamos que utilizamos uma definição de mercado relevante que pode soar restritiva em uma primeira análise. No entanto, é preciso observar que não se vislumbra a substituição deste tipo de evento esportivo por outro dentro do segmento de transmissões televisivas esportivas. Não é plausível a substituição de uma partida de futebol do campeonato brasileiro por uma do campeonato húngaro, assim como não se vislumbra a

[506] ASCENSÃO, José de Oliveira. Ob. Cit. p. 507

[507] Utilizamos a menção a TV Globo sabendo que a estrutura societária do sistema Globo de comunicações é bastante complexa e que possivelmente a contratante é uma outra pessoa jurídica. Para este trabalho o importante é a idéia de que o grupo Globo adquire os direitos de transmissão supra-mencionados.

[508] Não obstante a natureza de direito privado presente na relação entre as empresas de televisão e a FIFA há que se registrar que as redes de televisão são concessões de serviços públicos, ou seja, prestam um serviço público, e, desta forma a transparência é inerente à sua atividade, dada a natureza e relevância social do serviço. Associado a isto, em um Estado Democrático de Direito, ao cidadão é assegurado direito de acesso a certas informações relativas aos serviços públicos que lhe são prestados ou colocados à disposição. Neste contexto, o sigilo é a exceção, que deve ser legitimamente justificado e restrito às questões afetas ao planejamento estratégico da empresa. Cabe ainda mencionar em relação a transparência, o inciso I, do parágrafo único, do artigo 2º do Estatuto do Desporto (Lei No. 9.615/98).

[509] Diversos autores do direito antitruste possuem definições próprias de Poder de Mercado e de Monopólio. Neste trabalho, optamos por uma definição bastante didática do Professor Herbert Hovenkamp: "Poder de Mercado é o poder de reduzir a produção e aumentar preços acima do custo marginal, e lucrar com tais medidas. Poder de Monopólio é simplesmente uma grande quantidade de poder de mercado (tradução livre). HOVENKAMP, Herbert. "**Antitrust**". 4ª edição. Thomson/West, 2005.

[510] Sobre as formas de patrocínio, devido a sua clareza e didática cabe menção ao artigo "Propriedade Intelectual Frente ao *Ambush Marketing* e *Broadcasting* da Copa do Mundo". VIERI, José Eduardo V., **Revista da ABPI** No. 96, set/out de 2008. p. 11-26.

possibilidade de substituição de um jogo da Copa do Mundo por uma partida do Campeonato Carioca. A impossibilidade de substituição nos leva a uma definição de mercado relevante bastante restritiva.

Todavia, possuir poder de mercado não é por si só um ilícito antitruste, o problema estará em um eventual abuso deste poder. Neste sentido, cabe reproduzir a lição da professora Patrícia Sampaio:

> "Sobre o abuso de posição dominante, não se pode deixar de mencionar a disciplina desenvolvida pela jurisprudência da Corte Européia de Justiça relativamente a atuação das empresas que se encontram nesta situação. (...) [a Corte] expressamente declarou que agentes com posição dominante possuem um dever adicional, acrescido àqueles de lealdade e lisura nas relações comerciais, de não praticarem qualquer ato tendente a reduzir a concorrência no mercado em que atuam. Ou seja, sobre a empresa dominante pesa a responsabilidade especial de não contribuir para piorar as condições competitivas observadas no mercado em que opera." [511]

Seguindo, cabe destacar que este poder de mercado, esta posição dominante[512], originalmente detida pela FIFA acaba repercutindo também em relação a eventuais adquirentes dos direitos de retransmissão em suas respectivas jurisdições. As adquirentes tendem a deter uma vantagem concorrencial significativa associada a estas licenças cabendo as respectivas autoridades antitruste e reguladoras do setor um monitoramento atento dessas questões para evitar eventuais abusos.

De forma simples, vislumbra-se a seguinte relação; o titular dos direitos, a FIFA, licencia a retransmissão da Copa do Mundo para diversos agentes, em diversas jurisdições, para explorar de variadas formas tais direitos, por exemplo, transmissão para TV aberta, TV à cabo, por internet, etc. Cada um desses agentes é submetido, em suas jurisdições a regras relativas a exploração de sua atividade, no caso específico deste trabalho, a TV aberta, e suas respectivas regras sobre a concessão de radiodifusão de sons e imagens. Este sinal será retransmitido para consumidores/usuários dos serviços de radiodifusão. Quanto maior a expectativa de audiência, maior será a remuneração relativa ao mercado publicitário das empresas de radiodifusão de sons e imagens.

Neste contexto, cabe observar que as normas relativas à radiodifusão de sons e imagens são ultrapassadas e esparsas em nosso país tratam apenas de aspectos técnicos relacionados ao uso do espectro, sem adentrar nas questões concorrenciais e de conteúdo. No âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, conjunto de órgãos que tutelam a concorrência, houve discussão sobre a natureza do sinal de TV aberta da TV Globo no caso TVA *vs* TV Globo[513]. Em casos recentes houve pareceres em sentido diverso da parte da Secretaria de Direito Econômico, envolvendo direitos de transmissão do Campeonato Brasileiro[514]. No Judiciário também existem poucas decisões[515] relacionadas à radiodifusão de sons e imagens. Desta forma, não é possível afirmar que existe uma jurisprudência consolidada ou uma tendência, tanto na esfera administrativa como na judicial, em relação a questões de abuso de poder de mercado neste segmento específico.

---

[511] SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. "**Direito da Concorrência e a Obrigação de Contratar**". Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 73-74.

[512] A Lei No. 8.884/94 traz as seguintes definições legais de posição dominante:
Art. 20 (...)
§ 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.
§ 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia. (grifos nossos)

[513] Processo Administrativo No. 53500-000359/99. Representante: TVA Sistema de Televisão S.A. Representada TV Globo Ltda. e TV Globo São Paulo. Conselheiro Relator: João Fonseca.

[514] Processo Administrativo No. 08012.006504/97-11 (SDE/MJ)

[515] Nesta questão, cabe reproduzir parte do entendimento exposto pelo Ministro Demócrito Reinaldo em julgado afeto à matéria em discussão: "os serviços de radiodifusão sonora e de imagens e demais serviços de telecomunicações constituem, por definição constitucional, serviços públicos (...)".
STJ - Mandado de Segurança No. 5.307/DF (97.0054287-4) – Relator Ministro Demócrito Reinaldo. Publicado no Diário Oficial de 02 de agosto de 1999.

Agregado ao poder de mercado acima exposto, ressalta-se que o serviço de radiodifusão de sons e imagens, qual seja, a transmissão de conteúdos audiovisuais a partir de um ponto determinado para diversos outros pontos, é um serviço público, conforme disposto na Constituição Brasileira. Este serviço público é disponibilizado diretamente pelo Estado, ou, na prática brasileira, prestado predominantemente sob o regime de concessão de serviço público. Sob o regime de concessão esta transmissão é feita de forma "aberta", buscando alcançar um público indeterminado, de forma que qualquer pessoa com um terminal receptor adequado e dentro de uma determinada área de transmissão pode ter acesso a este sinal[516]. A concessão de televisão aberta cumpre alcançar certos objetivos delineados constitucionalmente, e neste contexto entendemos que a transmissão de um sinal de televisão é algo que tende a ser incorporado ao patrimônio coletivo de uma determinada sociedade[517]. Este é um viés da função social desta concessão. Temos um sinal de TV aberta com significativa penetração em território nacional que alcança praticamente toda a população brasileira. Em eventuais jogos, este sinal chega a casa de um bucólico e solitário torcedor, assim como alcança locais onde uma grande coletividade se aglomera para assistir a seleção canarinha entrar em campo.

Tamanha é a relevância das transmissões esportivas envolvendo jogos das seleções brasileiras de futebol que no Estatuto do Desporto o legislador caracterizou uma obrigação das concessionárias de serviços de televisão a transmissão deste jogos, como afeto ao interesse coletivo. Conforme o artigo 84-A, abaixo reproduzido:

> Art. 84-A. Todos os jogos das seleções brasileiras de futebol, em competições oficiais, deverão ser exibidos, pelo menos, em uma rede nacional de televisão aberta, com transmissão ao vivo, inclusive para as cidades brasileiras nas quais os mesmos estejam sendo realizados.
>
> Parágrafo único. As empresas de televisão de comum acordo, ou por rodízio, ou por arbitramento, resolverão como cumprir o disposto neste artigo, caso nenhuma delas se interesse pela transmissão. O órgão competente fará o arbitramento.

Resta evidente a intenção do legislador de assegurar a todos os cidadãos, em diversas localidades do país, a possibilidade de assistir aos jogos da seleção brasileira em competições oficiais. Veda indiretamente também eventual possibilidade de uso abusivo do direito de retransmissão, como, por exemplo, uma adquirente dos direitos de transmissão não exibir as partidas, e, por ser titular do direito, não permitir que outra empresa radiodifusora exiba.

5. Abuso de Posição Dominante

Até este momento foi observada uma situação legitima, qual seja, o titular dos direitos sobre um evento detém uma posição dominante, que reverbera para outros setores e segmentos de mercado, dentre os quais, a licença para retransmissão do evento através da TV aberta. Por variados motivos nunca houve um questionamento concorrencial da forma como tais direitos são adquiridos e utilizados. No entanto, neste momento chamamos a atenção para um possível problema concorrencial que consta em reportagem jornalística que informou sobre as Fan Fests, qual seja, a possibilidade da FIFA vedar a adquirente dos direitos de retransmissão, a TV Globo, de permitir a utilização do sinal televisivo para outras celebrações coletivas, que não sejam a Fan Fest, sem a anuência da FIFA. Ou seja, nesta restrição estaria embutida a possibilidade da FIFA adotar uma medida contratual que restringiria a concorrência no segmento de festas/celebrações que tivessem relação com a Copa do Mundo. Levada a extremos poderia estabelecer uma exclusividade das Fan Fests como únicos eventos coletivos com acesso a transmissão dos jogos da Copa do Mundo. Aprofundando este raciocínio, a FIFA transferiria o seu poder

[516] Fazemos menção ao disposto no Regulamento dos Serviços de Radiodifusão, Decreto 52.795/63 e as lições do professor Alexandre Ditzel Faraco. FARACO, Alexandre Ditzel. "**Democracia e Regulação das Redes Eletrônicas de Comunicação – Rádio, Televisão e Internet**". Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 80 e segs.

[517] Neste sentido, cabe menção a lição do Professor e Ministro Eros Grau: "A Constituição, como se vê, confere tratamento especial a essa atividade [radiodifusão sonora e de sons e imagens], que, entre nós, é atividade de serviço público".
GRAU, Eros Roberto. "**A Ordem Econômica na Constituição de 1988**". 9ª. edição, São Paulo: Malheiros, 2004. p. 124.

de mercado, monopólio, em um segmento, para um outro segmento na qual existe uma diversidade de agentes de forma a excluí-los, pois estes não teriam acesso a um bem essencial para sua atividade, que é o sinal televisivo, transmitido através de uma concessionário de serviço público.

Um monopólio servindo como base para a criação de um monopólio em outro setor. A tentativa de criação de um monopólio que traga prejuízos para a concorrência é parametrizado pelo Professor Herbert Hovenkamp da seguinte forma:

> A serviceable working definition of the monopolization offense is that, first, the firm must have monopoly power. Second, it must commit at least one exclusionary act, which we define as something that
>
> 1. is reasonably capable of creating, enlarging, or prolonging monopoly power by limiting the opportunities of rivals; and
> 2. either does not benefit consumers at all, or is unnecessary for the particular consumer benefits produced, or produces harms seriously disproportionate to the resulting benefits.[518]

Dentro da definição exposta acima, eventual contrato prevendo a exclusão do sinal televisivo para eventos coletivos que não a Fan Fest seria uma forma de concretização do poder de monopólio em outro segmento de mercado e limitaria a atuação de concorrentes, efetivos ou potenciais. E não haveria benefícios para os consumidores, que ficariam restritos a um único evento, ou em certas situações ficariam excluídos, como na hipótese de a Fan Fest não vir a ser realizada em sua respectiva cidade.

Desta forma, entendemos não ser recomendável para a FIFA e para a adquirente dos direitos de retransmissão no Brasil estipular cláusulas contratuais que estabeleçam limitações à recepção do sinal de TV aberta, assim como adotar eventuais condutas que possam ser caracterizadas como excludentes, pois estas atitudes poderiam acarretar sanções na esfera do direito econômico. A Lei de Defesa da Concorrência, Lei No. 8.884/94, estabelece em seu artigo 20 as condutas que não são admitidas no ordenamento brasileiro por serem prejudiciais à livre concorrência. Complementarmente, o artigo 21 da referida lei traz um rol exemplificativo de condutas que podem ser caracterizadas como anticoncorrenciais na medida em que venham acarretar distorções competitivas ou um desequilíbrio de mercado associado a uma conduta abusiva. Dado o significativo poder de mercado da FIFA, outras relações que esta venha a estabelecer com terceiros também devem ser devidamente avaliadas sob a ótica exposta.

CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, que não pretende exaurir o tema, procuramos analisar algumas questões relacionadas as Fan Fests da FIFA em relação ao ordenamento brasileiro, mais especificamente nos ramos do direito da propriedade intelectual e no direito antitruste, segmentos estes que gozam de ampla afinidade e que aos poucos vão sendo mais estudados no Brasil de forma conjunta. Enquanto em diversos momentos a propriedade intelectual estabelece proteções as mais diversas criações do espírito humano que se instrumentalizam em um monopólio legal. De outro lado está o direito antitruste voltado a proteção e defesa da concorrência, entre nós um direito difuso, que tende a observar com uma grande atenção situações que envolvam monopólios, sejam monopólios naturais, legais ou ainda aqueles conquistados de forma legítima pelas empresas. O ponto de afinidade entre essas duas áreas do direito está na idéia de desenvolvimento posto que são dois instrumentos diferentes mas voltados a busca de um desenvolvimento social e econômico de uma determinada jurisdição. Países com políticas claras e maduras de propriedade intelectual e de defesa da concorrência tendem a crescer mais, e de forma mais democrática, do que países que ignoram estas áreas do direito.

Ademais, resta claro que um evento como a Fan Fest realizado em uma, ou em diversas cidades brasileiras, em 2010, 2014 ou em 2018, tende a trazer diversos benefícios diretos e indiretos para a coletividade, algo que tende a complementar o clima de festa vivido no Brasil nos períodos de Copa do Mundo. A proteção deste tipo de evento no âmbito da propriedade intelectual goza de diversas

[518] HOVENKAMP, Herbert. "**The Antitrust Enterprise – Principle and Execution**". Cambrige, MA, EUA: Harvard University Press, 2005. p. 152.

peculiaridades sendo necessária a construção de uma estratégia complexa para uma devida proteção. Sob o prisma do direito econômico, as relações devem ser traçadas com o devido cuidado posto que existe o risco de que certas condutas podem ser consideradas anticoncorrenciais frente ao ordenamento brasileiro dado o poder de mercado detido pela organizadora, FIFA, em outros segmentos de mercado e sua titularidade sobre os mais diversos direitos relacionados a Copa do Mundo.

Por fim, deve ficar clara a busca por estabelecer regras e interpretações destas normas que equilibrem os diversos interesses presentes na questão: o interesse da FIFA, titular dos direitos de transmissão da Copa do Mundo, dos diversos adquirentes das licenças de retransmissão, para a TV aberta, fechada, internet, rádio, entre outros, dos torcedores brasileiros, de outras empresas envolvidas diretamente ou indiretamente, e, por fim, o interesse público. Trata-se de uma questão complexa, dada a variedade e diversidade dos interesses envolvidos, mas vislumbra-se uma solução onde todos ganhem e em que seja privilegiada a Copa do Mundo como um espetáculo e celebração mundial do futebol.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BLUMENTHAL, Howard J., GOODENOUGH, Oliver R. **This Business of Television**. 3a. edição. Nova Iorque: Billboard Books, 2006.

CROTEAU, David; HOYNES, William. **The Business of Media – Corporate Media and the Public Interest**. 2ª. Edição. Califórnia, EUA: Pine Forge Press, 2006.

FARACO, Alexandre Ditzel. **Democracia e Regulação das Redes Eletrônicas de Comunicação – Rádio, Televisão e Internet**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

GOMES, Eduardo, REIS, Tarcísio (organizadores). **Desafios do Direito Internacional no Século XXI**. Ijuí, RS: Editora Unijuí, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 9ª. edição, São Paulo: Malheiros, 2004.

HOVENKAMP, Herbert. "Antitrust". 4a. edição. Estados Unidos: Thomson/West, 2005.

LANDES, William M., POSNER, Richard A.. **The Economic Structure of Intellectual Property Law**. Cambridge, EUA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003.

MONTI, Mario. **Sport and Competition**. Excerpts of a speech given by the European Comissioner for Competition Policy at a Comission-organised conference on sports. Bruxelas, 17 de abril de 2000.

MOTTA, Massimo; POLO, Michele. **Beyond the Spectrum Constraint**: Concentration and Entry in the Broadcasting Industry. In Antitrust, Regulation and Competition – Central Issues in Contemporary Economic Theory and Policy. (org. Mario Baldassari). Palgrave Macmillan: Nova Iorque, EUA, 2003.

OCDE, Policy Roundtables. **Competition Issues Related to Sports**, 1996

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004

PONS, Jean-François. **Sport and Europeans Competition Policy**. Fordham Corporate Law Institute, Twenty-sixth Annual Conference on International Antitrust Law & Policy. Nova Iorque: Outubro, 1999

PORTELA, Vinícius Alves. **Fundamentos da Atividade Cinematográfica e Audiovisual**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Direito da Concorrência e a Obrigação de Contratar**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SAMUELS, Edward. **The Idea-Expression Dichotomy in Copyright Law**. 56 Tennesse Law Review 321. Winter, 1989.

SCHAUB, Alexander. **Sports and Competition: Broadcasting Rights of Sports Events**. Jornada día de la competencia. Madrid, 26 de fevereiro de 2002.

SCHUARTZ, Luis Fernando. **Quando o Bom é o Melhor Amigo do Ótimo**: A Autonomia do Direito perante a Economia e a Política da Concorrência". Revista de Direito Administrativo No. 245, maio/agosto de 2007. p. 96-127

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Concessões**. 5ª. edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004

SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. **Direito Autoral**. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1998

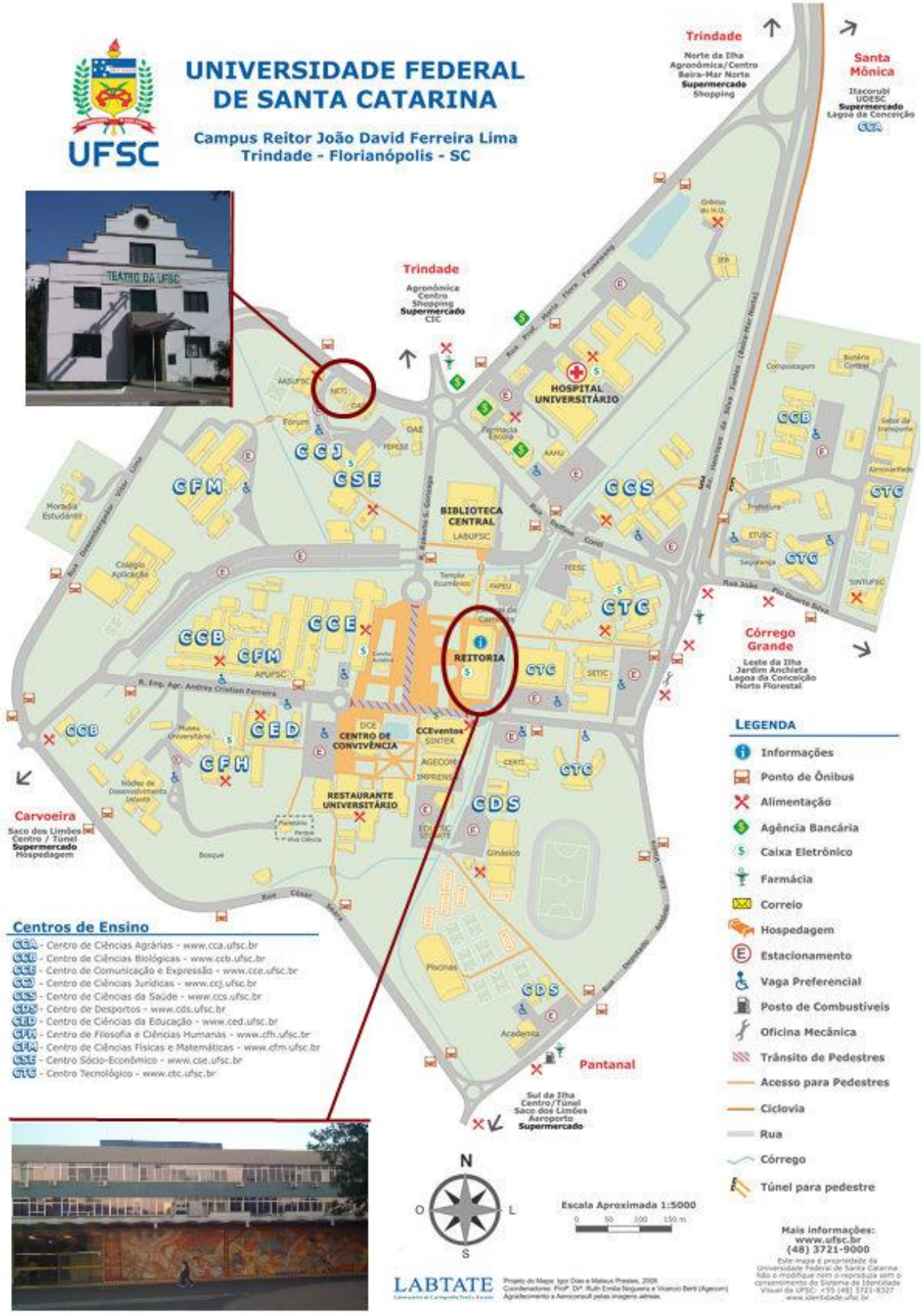
SULLIVAN, Lawrence A., GRIMES, Warren S. **The Law of Antitrust**: An Integrated Handbook". Estados Unidos: Thomson/West, 2006

TOFT, Torben. **Sport and Competition Law**. Broadcasting Competition Law. Londres, 23 de fevereiro de 2005. European Comission, referência – Comp/C.2/TT/hvds D(2005).

UNGERER, Herbert. **Commercialising Sport**. Understanding the TV Rights debate. Barcelona, 2 de outubro de 2003. European Comission, referência – COMP/C/2/HU/rdu

WACHTMEISTER, A.-M. **Broadcasting of Sport Events and Competition Law**. Competition Policy Newsletter, 1998 – número 2, junho.

5. Local do Evento



6. Informações Úteis

6.1 Hospedagem

Hotel conveniado para o evento: **Hotel Torre das Cachoeiras**
Endereço: Rua Luiz Boiteux Piazza, 3991
Reservas: (48) 3231-9800
E-mail: reservas@torresdacachoeira.com.br
Site: http://www.torresdacachoeira.com.br

Observações:
* preços promocionais diferenciados para os participantes do congresso.
* A organização do evento estará disponibilizado serviços de Transfers (ida e volta) durante os dias do evento para todos os participantes no trecho entre o hotel e a UFSC, em horários que serão previamente definidos pela organização e divulgados.

Outras opções hoteleiras:

Baía Norte Palace Hotel
Fone: (048) 3229 3144
e-mail: reservas@baianorte.com.br

Hotel Bica D'Agua
Fone: (048) 32331539
e-mail: hotel@hotelquintadabicadagua.com.br

Majestic Palace Hotel (convênio pela Funjab)
Fone: (048) 3231 8000
e-mail: reservas@majesticpalace.com.br

Cecontur Hotel
Fone: (048) 2107 8800
e-mail: reservas@cecomturhotel.com.br ; comercial@cecomturhotel.com.br

Hotéis Deville
Fone: (048) 3225 6002

AGÊNCIAS DE VIAGENS HABILITADAS:

Emcatur Viagens e Turismo Ltda.
Fone: (048) 3331 9327
e-mail: denise@emcatur.com.br; dayane@emcatur.com.br

Campus Viagens e Turismo Ltda.
Fone: (048) 3233 6525
e-mail: gerencia@campusturismo.com.br

Prime Tour Viagens e Turismo Ltda.
Fone: (048) 3028 5054
e-mail: comercial@primeturismo.com.br

Amplestur Viagens Ltda.
Fone: (048) 21089422
e-mail: cinara@amplestur.com.br

6.2 Telefones úteis

Grupo de Estudos em Direito Autoral e Informação
Telefone: (48) 3721-6746

Curso de Pós-Graduação em Direito – CPGD/UFSC
Telefone: (48) 3721 9287

08005700100 **Telegrama Fonado Nacional e Internacional**

0800 560159 **Correios**

(48) 3331 4000 **Aeroporto Internacional Hercílio Luz - Florianópolis**

(48) 3271 7028 **Informações Turísticas - SETUR (Secretaria Municipal de Turismo de Florianópolis)**

190 **Polícia Militar**

192 **Pronto Socorro**

193 **Corpo de Bombeiros**

(48) 3240 6009 **Rádio Táxi**

1333 **Informações Metereológicas CLIMERH**

1512 **Disque PROCON (Serviço de Defesa do Consumidor)**

(48) 3381 2100 **DETRAN (Informações)**

(48) 3234 6326 / 9982 8686 **Dentistas (24h)**

(48) 3333 2988 / 9971 5193 **Auto Guincho (24h)**